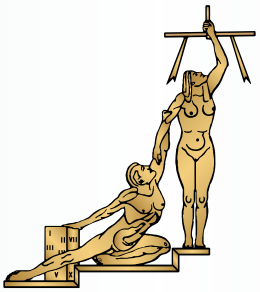


Poder Judicial

N° 138

ISSN 2215-2385

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 138

Diciembre 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 del Juzgado contra la Violencia Doméstica y Protección Cautelar de 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
Nº138
Fundada en 1976
ISSN 2215-2385

Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORA
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, original y redactado sin la intervención de la Inteligencia Artificial.

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

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN 7

II. ARTÍCULOS 9

PRISIÓN PREVENTIVA Y REFORMA AL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA
MSc. Adrián Antonio Cascante Mora 11

EL «CASO GUEVARA DÍAZ CONTRA COSTA RICA» EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LECCIONES PARA EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO COSTARRICENSE
MSc. Alfonso Chacón Mata 31

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JUZGADORAS
MSc. Daniel Jiménez Medrano 49

LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO: DIEZ APORTES PARA EL ANTEPROYECTO DE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL PARA COSTA RICA
Dr. Luis Mariano Argüello Rojas 69

LA ARQUITECTURA PENITENCIARIA Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS PENITENCIARIOS
MSc. Rafael Segura Bonilla 89

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN COSTA RICA: REFLEXIONES DE LA LEY N.° 9699 A LOS CINCO AÑOS DE SU IMPLEMENTACIÓN
MSc. Aurelia Fernández Delgado 101

FINES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEGISLACIÓN ESPECIALIZADA PENAL JUVENIL COSTARRICENSE, FRENTE A LA RESPUESTA PUNITIVA ESTATAL Y AL AUMENTO DELINCUENCIAL ACTUAL
MSc. Andrea Ortiz Hernández 121

LA APERTURA DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EN LA UTILIZACIÓN DEL REENVÍO PREJUDICIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL EUROPEO
Dr. Haideer Miranda Bonilla 135

LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONA CONSUMIDORA EN COSTA RICA. ANÁLISIS TEÓRICO- NORMATIVO DEL E COMMERCE
MSc. Greivin Steven Mora Alvarado 151

PROCESO DE PROTECCIÓN URGENTE DEL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA. ¿TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?
MSc. José Miguel Fonseca Vindas 171

EL PORQUÉ, EL CÓMO Y EL QUÉ DEL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA: LEY N.°10 558.
MSc. Eddy Rodríguez Chaves 181

ANÁLISIS SOBRE AUDITORÍA A LAS METODOLOGÍAS DE ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS Y PORTAFOLIO DEL PODER JUDICIAL, ASÍ COMO A LA UNIDAD ESTRATÉGICA DE PORTAFOLIO DE PROYECTOS INSTITUCIONAL
MSc. Alexis Hernández Gutiérrez 193

III. CONMEMORACIÓN DEL 35 ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ALGUNAS ACCIONES REALIZADAS EN COSTA RICA A FAVOR DE LA NIÑEZ
Licda. Ruth Alemán Sánchez 211

IV. ENTREVISTA A LA LICDA. MAYRA HELENA TRIGUEROS BRENES.
Jueza de Pensiones Alimentarias, facilitadora y especialista en contenido de la Escuela Judicial 231

V. RESEÑA DE LIBROS 239

VI. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO 243

VII. NORMAS DE PUBLICACIÓN 247

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial llega a su edición N.°138, marcando el cierre exitoso de un año en el que el cambio y la resiliencia fueron los protagonistas. Desde la Dirección de esta Revista, reafirmamos nuestro compromiso de ofrecer un espacio para compartir las investigaciones y las reflexiones de profesionales en derecho y de otras disciplinas afines, con el objetivo de contribuir al mejoramiento de la Administración de Justicia.

En esta edición, les presentamos temas relacionados con derecho penal, penal juvenil, civil, comercial, constitucional, familiar y de derechos humanos. Además, incluimos el análisis de una auditoría realizada a las metodologías de Administración de Proyectos y Portafolio del Poder Judicial. Aunque este análisis tiene un enfoque técnico, es importante recordar que el Departamento de Planificación es el encargado de asesorar a las instancias superiores de nuestra institución en la determinación de proyectos y la asignación de recursos para mejorar la labor jurisdiccional.

Dado que esta edición coincide con la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, hemos incluido una entrevista con la Licda. Mayra Helena Trigueros Brenes, jueza de pensiones alimentarias, quien nos comparte su experiencia durante estos meses de implementación y los retos que han enfrentado en el despacho donde ejerce.

También encontrarán un capítulo especial que conmemora el 35 aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este capítulo incluye una reseña de las acciones realizadas internacionalmente en favor de esta población, así como algunas acciones adoptadas por nuestro país para garantizar la protección de la niñez.

Finalmente, quiero agradecer profundamente a los equipos de trabajo de la Escuela Judicial y a las personas articulistas que, con su interés, han hecho posible cada edición. A quienes deseen sumarse a esta aventura, les animo a hacerlo, recordándoles que tanto las perspectivas de las personas jóvenes como la experiencia de quienes cuentan con una amplia trayectoria siempre brindarán grandes aportes.

Licda. Ruth Alemán Sánchez
Encargada de la Revista Judicial

Volver al Índice

Artículos

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 11 - 29, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

PRISIÓN PREVENTIVA Y REFORMA AL PROCEDIMIENTO PARA DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA

MSc. Adrián Cascante Mora [1]

RESUMEN

Este artículo aborda la modificación legal realizada recientemente al procedimiento de flagrancia respecto a la medida cautelar de prisión preventiva en específico. Se valoran los actos procesales necesarios para dictar esta medida, los plazos establecidos por ley, las ampliaciones y prórrogas extraordinarias, los recursos previstos, así como las competencias de los tribunales para conocer de las gestiones en los distintos momentos procesales, considerando especialmente los pronunciamientos de la Sala Constitucional del Poder Judicial respecto a los diversos temas abordados. Se concluye que, aun considerando las particularidades del procedimiento de flagrancia, la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva mantiene los mismos presupuestos y debe ser objeto de una correcta y suficiente motivación.

Palabras claves: procedimiento, flagrancia, prisión preventiva, ampliación, apelación, incompetencia.

ABSTRACT

This article addresses the legal modification recently made to the flagrante delict procedure with respect to the specific precautionary measure of preventive detention. The procedural acts necessary to dictate this measure, the deadlines established by law, the extensions and extraordinary extensions, the planned resources, as well as the powers of the courts to hear the procedures at the different procedural moments are assessed; especially considering the pronouncements of the Constitutional Chamber regarding the various issues addressed. It is concluded that the application of the precautionary measure of preventive detention, even considering the particularities of the flagrante delict procedure, maintains the same assumptions and must be subject to correct and sufficient motivation.

Keywords: procedure, flagrancy, preventive detention, extension, appeal, incompetence.

Recibido: 27 de mayo de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Es máster en Administración de Justicia, Enfoque Socio-jurídico con Énfasis Penal por la Universidad Nacional. Actualmente, se destaca como juez de juicio en el Tribunal Penal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: acascantem@Poder-Judicial.go.cr.

Volver al Índice

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2009, con la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y Demás Intervinientes en el Proceso Penal (Ley N.º 8720 del 4 de marzo de 2009), se reforma el Código Procesal Penal de Costa Rica y se adiciona el título VIII, denominado *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia.*

Si bien es cierto, ya desde el año 2008, como un plan piloto, el Tribunal de Flagrancia de San José había iniciado funciones, asentado en el II Circuito Judicial de San José con sede en Goicoechea, este fue un modelo de procedimiento para juzgar delitos en flagrancia, pero manteniendo la misma estructura del proceso ordinario, con la particularidad de que trató de instaurar un procedimiento completamente oral.

Con la reforma legal, se establece un modelo procesal específico para juzgar delitos cometidos en flagrancia. Este procedimiento elimina la etapa intermedia del procedimiento ordinario y dispone una investigación preliminar sumamente expedita por parte del Ministerio Público y un sistema caracterizado por la oralidad, todo ello con la finalidad de que el juzgamiento de este tipo de hechos pueda realizarse en un corto período de tiempo, pero a la vez brindando las garantías legales y constitucionales propias de todas las partes intervinientes en el proceso penal.

La finalidad de este artículo es abordar el tratamiento de la medida cautelar de prisión preventiva en las normas contenidas en el título VIII del Código Procesal Penal, y esto principalmente considerando la reciente reforma que se promulgó de algunos artículos de este título, valorando los cambios que se deben aplicar a partir de la publicación de la Ley N.º 10645, Ley para Fortalecer los Tribunales de Flagrancia con el fin de garantizar el enjuiciamiento oportuno de las personas imputadas, reforma vigente a partir del 10 de abril de 2024.

Debemos indicar que uno de los puntos más interesantes de esta reforma y que igualmente tiene incidencia en el eje central de este artículo es el cambio de redacción del artículo 422 del Código Procesal Penal, ya que la norma anterior permitía que la representación fiscal realizara una valoración de cada caso particular y, si consideraba que, aun siendo un delito cometido en flagrancia, su investigación impedía aplicar el procedimiento expedito y le permitía derivar la causa al procedimiento ordinario.

Esta potestad del órgano fiscal sin ningún tipo de control por parte de la autoridad jurisdiccional fue objeto de discusión principalmente porque se valoraba que muchos hechos cometidos en flagrancia eran trasladados al procedimiento ordinario por decisión del Ministerio Público, sin que en realidad se tratara de causas con algún tipo de complejidad en su investigación, generando con ello un desaprovechamiento de recursos existentes para aplicar el procedimiento en distintos lugares del territorio nacional.

Por ello, la reforma del año 2024 establece la siguiente redacción:

> *Artículo 422- Procedencia obligatoria. Este procedimiento especial, de carácter expedito, se aplicará en todos los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia conforme lo establece el artículo 236 de este Código e iniciará desde el momento en que se sorprenda y detenga a la persona sospechosa en flagrante delito.*
> *Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia del proceso penal ordinario y será totalmente oral.*
> *Los casos de delitos en flagrancia también podrán resolverse conforme al procedimiento establecido en la Ley de Justicia Restaurativa, si resulta procedente.*

Volver al Índice

> *En aquellos casos donde el hecho punible cumpla con lo establecido en el artículo 236 de este Código, el procedimiento penal deberá ser, obligatoriamente, la vía de flagrancia, desde su inicio hasta su finalización, dentro de los plazos establecidos en los artículos 430 y 435 de este Código.*

Como puede observarse, la reforma elimina la potestad discrecional del Ministerio Público para trasladar al procedimiento ordinario las causas con detenciones ocurridas en flagrancia, pues resulta obligatorio que el ente fiscal aplique las normas del título VIII y en los plazos establecidos en los artículos 430 y 435.

Lo anterior conlleva necesariamente a la discusión y análisis de los plazos que se establecen para la aplicación del procedimiento de flagrancia, ya que la normativa preveía una exigencia de realización de la audiencia en un plazo de quince días hábiles para aplicar este procedimiento especial.

Con la reforma, se estableció la posibilidad de que este plazo se ampliara para permitir que algunos elementos de prueba que podían ser indispensables para el trámite de la causa pudieran ser recabados dentro del procedimiento especial sin necesidad de remitirlo al procedimiento ordinario ante su vencimiento.

Este tema permeó las normas relacionadas con la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia, permitiendo una extensión relacionada con este último aspecto para aquellos casos en que la persona imputada se encontrara detenida y autorizó el trámite del procedimiento bajo la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA JUZGAR DELITOS COMETIDOS EN FLAGRANCIA

Bajo el diseño del procedimiento expedito para juzgar delitos en flagrancia, expresamente se omite la etapa intermedia del procedimiento ordinario, como se establece en el artículo 422 procesal. Esto trae aparejada la inexistencia en este procedimiento de la figura de la jueza y del juez penal, quienes tienen a su cargo el control jurisdiccional de la etapa preparatoria e intermedia.

El procedimiento de flagrancia se va a realizar en una sola etapa ante el tribunal de flagrancia y, con ello, el control jurisdiccional recae sobre la jueza o el juez de flagrancia, quienes tienen la misma competencia que una jueza o un juez de juicio del procedimiento ordinario. Pero, adicionalmente, por el diseño del procedimiento, tienen que conocer sobre la situación jurídica de la persona cuando se encuentra detenida y es puesta a la orden del tribunal de flagrancia, entre otras funciones, cuando asume el conocimiento de la primera parte de la audiencia.

En el procedimiento ordinario, el conocimiento de la aplicación de las medidas cautelares, incluida la medida cautelar de prisión preventiva gestionada por el Ministerio Público, es competencia de la persona juzgadora penal, usualmente de la etapa preparatoria. Al no existir esta figura ni esta etapa en el procedimiento de flagrancia, la gestión sobre la aplicación de las medidas cautelares se realiza por parte del Ministerio Público en la primera parte de la audiencia cuando se traslada la causa a conocimiento del tribunal de flagrancia, en la cual una persona juzgadora de este tribunal conoce de las diferentes gestiones que hace el Ministerio Público.

Debemos insistir en que el diseño procesal para juzgar delitos en flagrancia establece una

Volver al Índice

sola audiencia ante este tribunal, dividida en dos partes, la primera es sobre la que estamos comentando, mientras que la segunda parte corresponde a la realización del juicio, el cual se realiza con las mismas normas del juicio del procedimiento ordinario.

Ahora bien, una vez que la Policía Judicial o administrativa detiene a una persona que presuntamente ha cometido un delito bajo los presupuestos de flagrancia (artículo 236 del Código Procesal Penal), debe comunicarlo de manera inmediata al Ministerio Público (artículo 423 del Código Procesal Penal) para realizar los trámites iniciales; entre ellos, la fiscalía debe determinar si hay mérito para abrir la investigación penal correspondiente y proceder con la intervención de las partes del proceso, especialmente la defensa técnica de la persona detenida.

Es importante indicar que, en esta valoración que realiza el Ministerio Público, se puede considerar que no es necesario mantener a la persona imputada detenida, pues no se dan los presupuestos de los artículos 239 y siguientes del Código Procesal Penal para gestionar la medida cautelar de prisión preventiva o medidas cautelares alternas. Aunque no es usual, el Ministerio Público puede solicitar la aplicación del procedimiento para juzgar delitos en flagrancia con una persona en libertad. Ahora bien, bajo tales circunstancias, sí es importante solicitar la audiencia ante el tribunal dentro del plazo que prevé el artículo 435 del Código Procesal Penal para su celebración. Esto significa que debe realizarse la audiencia ante el tribunal de flagrancia dentro de los quince días hábiles siguientes al inicio del procedimiento.

Por lo anterior, el Ministerio Público puede asumir una causa con una persona detenida por hecho cometido en flagrancia, realizar la investigación preliminar correspondiente, dejar en libertad a esa persona, citarla para que se presente en una fecha cercana dentro de esos quince días hábiles y gestionar ante el tribunal de flagrancia la realización de la audiencia con una persona en libertad.

Ahora bien, en este tipo de asuntos, lo usual es que una vez que el Ministerio Público realiza esa breve investigación preliminar, pues, junto con la persona detenida, la Policía debe llevar la totalidad de la prueba con la que cuente. Esto incluye el traslado de la persona ofendida para formular la denuncia correspondiente. El oficial actuante verbalmente deberá informar de las actuaciones policiales, la prueba documental y material obtenida. Tratándose de un procedimiento oral, la fiscalía recibirá de manera oral la denuncia y el informe policial, realizando un respaldo audiovisual de ambos documentos.

Con estos elementos de prueba, el Ministerio Público puede solicitar al tribunal de flagrancia la realización de la audiencia para que se determine si debe aplicarse el procedimiento de flagrancia en el caso concreto y presenta a la persona detenida para que se resuelva su situación jurídica. Se reitera que ya para este momento, el Ministerio Público debió gestionar la instauración de la defensa técnica de la persona imputada (artículo 425 del Código Procesal Penal), otorgándole la posibilidad de contar con un defensor privado de su confianza o, bien, gestionar la asignación de un defensor público.

Realizada la solicitud de audiencia ante el tribunal de flagrancia, una persona juzgadora de este tribunal debe constituirse para conocer de esa primera parte de la audiencia.

La norma del artículo 427 del Código Procesal Penal establece la constitución del tribunal y, por la particularidad del proceso, los tribunales de flagrancia deberán laborar mediante secciones compuestas por cuatro personas juzgadoras, ya que el sistema requiere necesariamente que una de estas personas juzgadoras se haga cargo de

Volver al Índice

la primera parte de la audiencia, permitiendo que, para la etapa de juicio que corresponde a la segunda parte de la audiencia de flagrancia, existan al menos tres personas juzgadoras disponibles para realizar esta fase en caso de que el debate requiera la integración colegiada de tres personas juzgadoras.

En esta primera audiencia constituida por la persona juzgadora, así como por el o la representante del Ministerio Público y de la defensa de la persona imputada, además de otras personas intervinientes en el proceso penal que puedan apersonarse (actor civil, querellante, representación del Estado, etc.), la fiscalía debe gestionar ante el tribunal la declaratoria de competencia para aplicar este procedimiento. Luego de escuchar a las partes, la persona juzgadora resolverá de manera fundada si corresponde aplicar el procedimiento de flagrancia declarándose competente para ello.
Luego de esta decisión, debe resolverse la situación jurídica de la persona detenida, en este momento, la representación fiscal puede solicitar la aplicación de medidas cautelares entre ellas la medida cautelar de prisión preventiva. Debemos reiterar que todo este procedimiento es completamente oral; las solicitudes y decisiones se emiten oralmente y se graban en audio y video las audiencias. De esta manera, se deja el respaldo de las manifestaciones de las partes intervinientes y las decisiones jurisdiccionales.

III. APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA JUZGAR DELITOS EN FLAGRANCIA

Las normas de aplicación de la prisión preventiva para el procedimiento de flagrancia se encuentran en el artículo 430 del Código Procesal Penal. Debemos también considerar que, en este mismo artículo, se establece que, en lo que no se indique expresamente, supletoriamente pueden aplicarse las normas ordinarias de prisión preventiva establecidas en el Código Procesal Penal.

En la primera parte de la audiencia, como hemos indicado, una vez definida la competencia por parte del tribunal de flagrancia para conocer de la causa penal, pues se trata efectivamente de un hecho con una detención en flagrancia, y el tribunal tiene la competencia territorial correspondiente, es necesario resolver la situación jurídica de la persona puesta a la orden del tribunal.

En dicha audiencia, por ende, el Ministerio Público puede gestionar la imposición de medidas cautelares; entre ellas, la de interés en este artículo es la medida cautelar de prisión preventiva. El o la representante fiscal hará una solicitud fundada ante el tribunal y, luego del traslado correspondiente de la solicitud a la defensa técnica y material, deberá resolver de conformidad con lo que establece el artículo 430 del Código Procesal Penal:

> *Artículo 430- Dictado de la prisión preventiva. Cuando la persona representante del Ministerio Público considere conveniente la imposición de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar a la persona imputada, podrá solicitarla al tribunal desde el inicio o en cualquier otro momento del proceso.*

Volver al Índice

En caso de que el tribunal, conforme a los parámetros establecidos en este Código considere proporcional y razonable la solicitud de la fiscalía, establecerá la medida cautelar pertinente. La de prisión preventiva contra de la persona imputada no podrá sobrepasar un plazo ordinario de quince días hábiles, si se cuenta con toda la prueba ofrecida por las partes y admitida por el juez.

En caso de que las partes ofrezcan prueba útil, necesaria e imprescindible que deba recabarse para la realización del juicio, a solicitud de la fiscalía, el tribunal podrá prorrogar la prisión preventiva por un plazo extraordinario que no podrá sobrepasar de veinticinco días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo ordinario indicado en el párrafo anterior.

Vencido el plazo extraordinario de la prisión preventiva sin que se haya iniciado el debate, corresponderá remitir la causa al tribunal de juicio ordinario que resolverá acerca del mantenimiento, modificación o cesación de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar y para que realice el juicio oral y público, si en la causa ya se ha dispuesto la realización del juicio.

Cuando deba solicitarse un plazo superior de prisión preventiva, vencidos los plazos ordinario y extraordinario, así como en los casos donde no corresponde aplicar el procedimiento expedito por no estar ante hechos cometidos en flagrancia, procederá la prisión preventiva, si existe mérito para ello, según las reglas establecidas en este Código. En tal caso, según corresponda, el juzgado penal o el tribunal de juicio ordinario, si ya se ha dispuesto la realización del juicio, será el encargado de resolver acerca de dicha solicitud.

Con el dictado oral de la sentencia condenatoria, si el tribunal lo considera oportuno, prorrogará la prisión preventiva en contra de la persona imputada por un plazo máximo de seis meses. Cuando en la sentencia se le absuelva, se levantará toda medida cautelar impuesta contra ella.

Para todo aquello que no se indique expresamente en este artículo regirán las restantes reglas de la prisión preventiva establecidas en este Código.

Esta norma fue objeto de reforma mediante la Ley 10465 del 10 de abril de 2024, la Ley para fortalecer los tribunales de flagrancia para garantizar el enjuiciamiento oportuno de las personas imputadas, pues el texto anterior establecía que la persona juzgadora podía imponer una medida cautelar de prisión preventiva por un plazo máximo de quince días hábiles.

Este plazo se mantiene en esta reforma del año 2024. Sin embargo, se prevé la posibilidad de extender este plazo de la medida cautelar por veinticinco días hábiles más contados a partir del vencimiento de estos quince días hábiles iniciales, en caso de que las partes *"ofrezcan prueba útil, necesaria e imprescindible que deba recabarse para la realización del juicio"*. (Artículo 230 del Código Procesal Penal).

También establece la posibilidad de extender la medida cautelar de prisión preventiva por el plazo de seis meses, cuando celebrado el juicio correspondiente, se condene a la persona imputada, y el tribunal considere que es necesario mantener la medida cautelar de prisión preventiva. Es muy relevante que la decisión jurisdiccional que acuerda la medida cautelar de prisión preventiva o, bien, la extiende en aquellos casos que se requiera recabar prueba útil, necesaria e imprescindible para realizar el juicio, carece de recurso de apelación, pues el único recurso que se encuentra previsto en la normativa relacionada con el procedimiento expedito para juzgar delitos cometidos en flagrancia es el recurso de apelación a la sentencia que se dicte luego del juicio.

Volver al Índice

Por tanto, las demás decisiones que se tomen bajo la aplicación de este procedimiento carecen de recurso de apelación, y ello se deriva de la celeridad intrínseca que este tiene y los cortos plazos previstos para la medida cautelar.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto de manera reiterada que la inexistencia del recurso de apelación contra la resolución que ordena la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia no violenta el debido proceso, pues:

> *[…] Sobre el particular, debe decirse que no existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación, no violenta el debido proceso […]. Voto 2009-11099 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las doce horas con treinta y seis minutos del 10 de julio del 2009.*
>
> *Esta posición se mantuvo durante varios años, no obstante, a partir del año 2016, se varió el criterio parcialmente, al establecer que la resolución que dicta o prorroga la medida cautelar de prisión preventiva por parte del tribunal de flagrancia, cuando este se declara incompetente para seguir conociendo del proceso penal, sí debe ser objeto de conocimiento en alzada, por lo que debe permitirse el recurso de apelación. Mediante el voto n.º 2016-009525 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del ocho de julio de dos mil dieciséis, la Sala Constitucional indicó lo siguiente:*
>
> *[…] Si bien es cierto esta Sala ha avalado en su jurisprudencia que la inexistencia de recurso de apelación para las resoluciones de prisión preventiva dictadas en flagrancia -aún en casos en los que luego se dicta la incompetencia- (ver sentencias 2015-001917 de las 9:05 horas del 11 de febrero de 2015), bajo una mejor ponderación, se rectifica ese criterio y se ordena admitir el recurso de apelación de la prisión preventiva dictada por un juez de flagrancia, en aquellos casos en que esa medida se adopta luego de que éste se declare incompetente y remita la causa al juez ordinario. Lo anterior porque es lógico que, si la causa se estima "ordinaria", tenga acceso a las mismas reglas de esa instancia, incluido el recurso de apelación de la prisión preventiva. Lo contrario sería dejar al imputado en un limbo jurídico, con lo peor de los dos sistemas, es decir, sin la celeridad de la flagrancia porque su causa ya no se tramitará bajo esas reglas, y sin la amplitud de la vía recursiva de la vía ordinaria, dónde sí se reconoce una vía recursiva más amplia para las causas tramitadas bajo ese procedimiento […].*

Aunque, en este voto de manera particular, la Sala Constitucional ordenó al tribunal de juicio ordinario que conociera y resolviera dicho recurso, esto presentaba procesalmente una problemática sistémica, ya que el juez de juicio del tribunal ordinario, al igual que el juez de flagrancia son jueces de la misma categoría, situación que fue advertida en el voto salvado de los magistrados Rueda Leal y Salazar Alvarado. Esta decisión fue posteriormente modificada en otros pronunciamientos de la Sala Constitucional, la cual mantiene la necesidad de permitir el ejercicio del recurso de apelación en estos supuestos, pero fijando la competencia al tribunal de apelación de sentencia penal que corresponda[2].

2 Así el voto n.º 2019-3237 de las 9:45 horas del 22 de febrero de 2019 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Volver al Índice

IV. APLICACIÓN INICIAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Hemos indicado que, en la primera parte de la audiencia, luego de declarada la competencia del tribunal o, bien, incluso la incompetencia para conocer de la causa penal, es necesario resolver la situación jurídica de la persona que se encuentra detenida a la orden del tribunal. No es procedente que, ante la declaratoria de incompetencia, se remita el expediente a la autoridad judicial destinataria sin resolver sobre la permanencia o no de la persona imputada, ya que esto sí genera una afectación a derechos fundamentales[3].

La resolución que resuelve la solicitud de prisión preventiva que hace el Ministerio Público debe ser fundamentada, oral y, de acuerdo con la disposición del artículo 430 del Código Procesal Penal, debe ordenarse de conformidad con los parámetros establecidos en este Código, siendo proporcional y razonable.

Esto significa que esta decisión jurisdiccional debe fundamentarse bajo los criterios que establece el Código Procesal Penal a partir de los artículos 239 y siguientes. En otras palabras, la decisión de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia no se diferencia en ninguna forma de la decisión de aplicar esta medida en el procedimiento ordinario, debiendo contener los mismos requisitos señalados en los artículos 239 y 239 bis del Código Procesal Penal.

De esta forma, la persona juzgadora debe valorar que existan elementos de convicción que, con una probabilidad razonable, vinculen a la persona imputada como autora o partícipe de los hechos que el Ministerio Público le está atribuyendo para que le permita vincular a la persona imputada con los hechos investigados, al menos en grado de probabilidad para el momento procesal en el cual se está dictando oralmente dicha resolución[4].

Se requiere una adecuada fundamentación por parte de la persona juzgadora, respecto al análisis del material probatorio con el cual se cuenta en ese momento, para que de ella se derive esta vinculación probable de la persona imputada con los hechos. Esto forma parte necesaria del debido proceso y es una obligación inherente a la condición de persona juzgadora con relación a sus decisiones y su vinculación con el destinatario de estas y en general con la sociedad.

Determinada la existencia de este requisito, debe fundamentarse de manera suficiente la existencia de los peligros procesales que establece el artículo 239 del Código Procesal Penal, tales como el peligro de fuga, el peligro de obstaculización y el peligro para la víctima o, bien, los presupuestos que dispone el artículo 239 bis del Código Procesal Penal.

En cuanto al peligro procesal de fuga, el inciso b) del artículo 239 del Código Procesal Penal determina que este existe cuando se pueda presumir de manera razonable que la persona imputada no se va a someter al proceso penal, para lo cual, en el artículo 240 procesal, brinda los parámetros que pueden ser valorados por la persona juzgadora para fundamentar la existencia de este peligro procesal.

Así la persona juzgadora puede valorar el arraigo en el país de la persona imputada, relacionado con su vida familiar, domiciliar y laboral, la posibilidad o no de salir del país de manera definitiva o permanecer oculto, la falsedad de datos

3 Diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional lo han reconocido, pero además es claro que, frente a la existencia de una persona detenida, la discusión procesal sobre la autoridad competente no tiene la relevancia para retardar la decisión sobre su situación jurídica.

4 Indica el inciso a) del artículo 239 del Código Procesal Penal: "a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él".

Volver al Índice

brindados a las autoridades judiciales o policiales, la pena que se le puede llegar a imponer que lo motive a eludir el proceso penal, la magnitud del daño causado por los hechos investigados y su conducta en otros procesos penales que reflejen una conducta de no sometimiento a los procesos penales.

El peligro de obstaculización se refiere a la conducta de la persona acusada tendiente a impedir la averiguación de la verdad, ya que el ejercicio de la acción penal le incumbe al Ministerio Público. Evidentemente, su interés en el proceso es mantener los elementos de prueba puros, sin ningún tipo de acción que tienda a alterarlos, modificarlos o generar impedimento para su reproducción.

Por ello, el artículo 241 del Código Procesal Penal determina como elementos que se debe valorar la grave sospecha de que la persona imputada puede destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prueba o, bien, puede influir para que otros intervinientes en el proceso penal (coimputados, testigos, peritos) informen de manera falsa o se comporten reticente o deslealmente con la investigación y el proceso penal.

El peligro para la víctima, denunciante o testigos es otro peligro procesal que puede fundamentar la medida cautelar de prisión preventiva. Las situaciones de riesgo de estas partes intervinientes deben ser objeto de valoración especial por parte de la persona juzgadora y, principalmente, tomando en consideración el tipo de hecho que se investiga, como, por ejemplo, los delitos relacionados con violencia contra las mujeres, pero que claramente puede ser objeto de valoración en cualquier otro tipo de delito donde existan estos factores de riesgo.

No debe olvidarse que también es un requisito procesal para fundamentar la medida cautelar de prisión preventiva que el delito que se está investigando debe tener una pena de prisión prevista.

Sobre ello, podemos indicar que, si bien es cierto, la calificación jurídica siempre es provisional, la exigencia de valoración de elementos de convicción que vinculen a la persona imputada con los hechos permite establecer esta calificación jurídica al momento de emitir esta decisión y, consecuentemente, valorar que el hecho punible o delito atribuido con probabilidad tiene pena privativa de libertad.

Como puede observarse de esta rápida descripción, la decisión de la persona juzgadora en el procedimiento de flagrancia no guarda diferencia alguna respecto a la decisión que se debe tomar por una persona juzgadora en el procedimiento ordinario, salvo que, en el procedimiento expedito de flagrancia, la decisión es oral y carece de recurso de apelación. No obstante, la carencia de recurso de apelación no debe interpretarse como una oportunidad para alejarse de los requisitos procesales; al contrario, la persona juzgadora en el procedimiento de flagrancia tiene una marcada obligación para fundamentar de manera adecuada y suficiente su decisión, pues esta carece de recurso, y las partes intervinientes tienen el derecho a que sus pretensiones sean debidamente resueltas, y la debida fundamentación de la decisión forma claramente una parte integrante del debido proceso.

El Código Procesal Penal prevé otras causales adicionales para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva, la cuales están contenidas en el artículo 239 bis del texto legal, tales como la comisión de un delito contra la vida, delito sexual y contra la propiedad con violencia sobre las personas o fuerza en las cosas, delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, cuando haya detención en flagrancia.

Volver al Índice

Igualmente, procede si el hecho punible es realizado por una persona sometida al menos en dos ocasiones a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza en las cosas, donde se haya formulado acusación y solicitud de apertura a juicio, aunque estén en trámite, cuando la persona imputada es reincidente en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza en las cosas, o delitos relacionados con delincuencia organizada.

Este último supuesto resultaría muy complicado de conocer bajo las normas del procedimiento expedito de flagrancia, principalmente porque la ley especial que lo regula prevé incluso plazos ampliados que son incompatibles con la celeridad del procedimiento de flagrancia. Ahora bien, los demás supuestos pueden ser objeto de valoración por parte de la persona juzgadora y los puede considerar como causales adicionales para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva.

Si se requiere necesariamente que se realice una valoración de la existencia de probabilidad de comisión del hecho delictivo y de la participación de la persona imputada, la Sala Constitucional ha establecido que estas causales podían valorarse siempre y cuando existiera una fundamentación adecuada de probabilidad de participación de la persona imputada.

El tema no es pacífico, pues algunas personas autoras y operadores jurídicos consideran que esto se trata de una aplicación automática de la medida cautelar de prisión preventiva, pues la persona juzgadora solamente tendría que verificar la probabilidad de participación en el hecho y la existencia de alguna de las causales del artículo 239 bis, para fundamentar, desde el punto de vista legal, la medida cautelar de prisión preventiva; razón por la cual, sostienen que es necesario un análisis conjunto de estos presupuestos con los peligros señalados en el artículo 239 del Código Procesal Penal[5].

Sin embargo, sobre este tema particular, en el voto 2010-520 de las 15:32 horas del 12 de enero de 2010, la Sala Constitucional indicó:

> *[…] sí expuso con base en qué consideró que existen altas probabilidades de la participación del tutelado en los hechos que se le imputan. De igual manera, estimó que, en efecto, se trató de un delito en flagrante, contra la propiedad y en el que medió la violencia, por lo que se ajusta a los supuestos del artículo mencionado. Este Tribunal estima que no se trata, como planteó la recurrente, de la aplicación automática de la prisión preventiva. La tramitación de los procesos para conocer de los delitos flagrantes debe ser célere, de manera que se requiere de medidas cautelares expeditas que permitan asegurar la sujeción de imputado al proceso. De allí que el artículo 239 bis del Código Procesal Penal incluya algunos de los delitos flagrantes como motivo para imponer la prisión preventiva. Por consiguiente, se impone desestimar el recurso […].*

Como se indicó, el tema no es pacífico, en ese mismo voto constitucional, la magistrada Calzada y el magistrado Cruz salvaron su voto indicando:

> *[…] consideramos, que encontrándose la actuación impugnada por la recurrente fundamentada en el artículo 239 bis del*

5 En tal sentido, Javier Llobet considera que esta reforma es una expresión de lo que se conoce como populismo penal y transcribe una circular de la Defensa Pública (20-2009) que establece la obligación de los defensores públicos de controlar que estas causales sean utilizadas de manera aislada y, en caso de que se utilice de esta manera, se plantee la correspondiente acción de inconstitucionalidad. *Proceso penal comentado*. 5.ª edición, p., 408.

Volver al Índice

> *Código Procesal Penal, lo procedente es dar plazo para interponer acción de inconstitucionalidad contra dicha disposición, a fin de que sea mediante esa vía que se determine, si la normativa en cuestión contiene o no los vicios de constitucionalidad alegados por la amparada […].*

Es importante insistir que la aplicación de estas causales que, a la fecha no han sido objeto de cuestionamiento mediante acción de inconstitucionalidad, no son de aplicación automática.

Según la Sala Constitucional indicó, exige una fundamentación de parte de la persona juzgadora sobre el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales necesarios para ordenar esta medida cautelar de carácter excepcional.

Así, por ejemplo, en el voto n.º 2015-009468 de las nueve horas cinco minutos del veintiséis de junio de dos mil quince, la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de *habeas corpus* en razón de la falta de fundamentación de la persona juzgadora para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva de conformidad con lo establecido en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal:

La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva en los delitos de flagrancia, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice "podrá ordenar") de hacerlo previa valoración y resolución fundada que, en el caso que nos ocupa, implicaba –entre otros- el análisis de la existencia de flagrancia (*ver en este sentido, la sentencia número 2014-2941 de las 14:30 horas del 4 de marzo del 2014*). En el presente caso, el juez del Tribunal de Flagrancia se limita una vez finalizados los argumentos de la representación del Ministerio Público y de la Defensa Pública a indicar: "Con base en el artículo 239 bis se fija la prisión preventiva por quince días hábiles, hasta el 23 de junio del 2015". Dicha resolución carece de la debida fundamentación, pues no se hace referencia alguna motivos que al efecto dispone el artículo 239 del Código Procesal Penal. Así las cosas, el presente recurso debe ser declarado con lugar, sin ordenar la libertad del amparado, como en efecto se ordena.

Como se observa, aunque se reconoce la aplicación de estas causales establecidas en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, la Sala Constitucional exige una fundamentación suficiente por parte de la persona juzgadora que determine la necesidad y proporcionalidad de aplicación de la medida cautelar excepcional. Esto conlleva aparejada la necesidad de demostrar, en grado de probabilidad, la vinculación de la persona imputada con los hechos que le son investigados.

Esta exigencia de debida fundamentación de la decisión que ordena esta medida cautelar de prisión preventiva cobra especial relevancia en el procedimiento para juzgar delitos en flagrancia, principalmente por el hecho de que la decisión carece de recurso de apelación y, por ello, conforme a un ordenamiento penal democrático que reconoce la importancia para la persona destinataria de la decisión jurisdiccional de conocer sus motivos y alcances.

La fundamentación de la decisión de la persona juzgadora es muy importante y demanda gran responsabilidad, pues esta se emite de manera oral en presencia de todas las partes intervinientes, la persona imputada se encuentra en dicha audiencia y escucha la decisión de la autoridad jurisdiccional. La claridad de las razones y motivos de la decisión dirigidos a la persona destinataria es una garantía del debido proceso, sobre todo cuando la decisión carece de recurso de apelación y se ejecuta de manera inmediata por el plazo que la autoridad judicial disponga.

Volver al Índice

V. SOBRE EL PLAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 430 del Código Procesal Penal señala que la persona juzgadora que considere que, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Código (artículos 239 y siguientes del mismo cuerpo legal), sea procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, la puede ordenar por un plazo de quince días hábiles, en el caso de que se cuente con toda la prueba ofrecida por las partes y sea admitida por el juez o la jueza. Antes de la reforma del año 2024, el único plazo establecido en este artículo era el de los quince días hábiles, junto con la posibilidad de prorrogar por seis meses más cuando se dictara sentencia condenatoria luego de finalizado el juicio. Estos plazos eran los ordinarios de prisión preventiva en el procedimiento de flagrancia.

Esta normativa empezó a generar situaciones que en la práctica llevaron a utilizar extensiones de la medida cautelar de prisión preventiva mediante la aplicación de las normas supletorias del Código Procesal Penal; entre ellas, las disposiciones contenidas en el artículo 258 de este Código como veremos más adelante, principalmente, por la necesidad de recabar elementos de prueba necesarios e indispensables para el proceso penal que, por determinadas circunstancias, no se podían obtener dentro del plazo de quince días hábiles, cuando la persona imputada se mantenía detenida.

Con la reforma del artículo 430 del Código Procesal Penal, se abrió la posibilidad de extender o prorrogar este plazo inicial de quince días hábiles por veinticinco días hábiles adicionales, cuando las partes ofrezcan prueba útil, necesaria e imprescindible que deba recabarse para la realización del juicio.

Es claro que esta extensión del plazo inicialmente otorgado en la resolución oral fundada debe valorarse a petición del órgano acusador, pues la fiscalía como encargada de la acción penal en nuestro proceso penal debe indicar el interés en mantener la detención provisional de la persona imputada.

Esta prórroga de la medida cautelar de prisión preventiva también debe ser motivada de manera suficiente por el órgano jurisdiccional. Por ello, se requiere valorar si los motivos que determinaron la imposición inicial de esta se mantienen vigentes, han variado o han cesado, pues si se presentan algunas de las últimas dos circunstancias, se determinaría la posibilidad de cesar o modificar la medida cautelar de prisión preventiva.

En el supuesto de que estos motivos iniciales se mantienen sin variación alguna, corresponde también la obligación de fundamentación de la persona juzgadora de establecer la existencia del presupuesto legal que autorizaría la extensión de la medida cautelar; es decir, alguna de las partes intervinientes ha ofrecido prueba útil, necesaria e imprescindible para la realización del juicio y que se encuentra pendiente de recabar. Se le exige a la persona juzgadora que motive o fundamente su decisión en las razones de utilidad, necesidad y pertinencia de estos elementos de prueba ofrecidos, por lo cual debe contarse con estos para la fase de debate. Esta obligación forma parte de la correcta motivación de la decisión judicial y del debido proceso, pues recordemos que, aun en esta extensión de plazo, la decisión jurisdiccional carece de recurso de apelación previsto.

Esta decisión debe tomarse en una audiencia judicial que debe realizarse con la presencia de todas las partes, permitiendo la intervención de la fiscalía y la defensa técnica y material, para que luego, de manera oral, la persona juzgadora motive su decisión brindando los fundamentos de hecho y de derecho que le permitan prorrogar

Volver al Índice

la medida cautelar de prisión preventiva. Esta audiencia en su totalidad debe ser objeto de respaldo mediante grabación de audio y video.

Ahora bien, la normativa legal establece que, en el procedimiento de flagrancia, los plazos de prisión preventiva son días hábiles. Este cálculo no debería generar mayor inconveniente, pues de manera usual las oficinas judiciales laboran de lunes a viernes, y los fines de semana, días feriados, de asueto o cierres colectivos, permanecen cerradas.

Sin embargo, el Tribunal de Flagrancia de San José, con sede en el II Circuito Judicial de San José, se mantiene laborando todos los días del año en dos jornadas alternas. Este tribunal no cierra los fines de semana, días feriados, de asueto o cierres colectivos, por lo que brinda una labor sin interrupciones a lo largo del año. Para poder cumplir con esta modalidad de atención, cuenta con tres secciones compuestas por cuatro jueces y juezas que laboran en jornadas alternas de horario de cuatro días con dos días de descanso.

Esta situación particular provocó una discusión inicial de la forma en que debían computarse los días hábiles, si eran todos los días porque este tribunal labora sin interrupciones, si se trataba de los días en que la sección que conocía del proceso penal laboraba, o si eran los días hábiles usuales del Poder Judicial.

Inicialmente, mediante el voto n.º 2014-002467 de las catorce horas treinta minutos del veinticinco de febrero de dos mil catorce, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia determinó que el cómputo se debía realizar contabilizando únicamente los días hábiles de la sección donde se estaba conociendo la sumaria penal:

> *[…] en Flagrancia existe atención al usuario los 365 días al año y que se distribuye en tres grupos o secciones diferentes, donde cada grupo tiene su propio horario que no es 24 horas/siete días sino que, por cada cuatro días laborados, se tienen dos días libres; además, cada sección tiene sus propias causas. (…). El artículo 168 del Código Procesal Penal preceptúa como regla que en protección de la libertad del imputado, contarán los días naturales y no podrán ser prorrogados. No obstante, en materia de Flagrancia, existe norma especial que dispone, en forma expresa, lo siguiente: "Cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar, lo podrá solicitar así al tribunal de juicio, desde el inicio del proceso. En caso de que el tribunal, conforme a los parámetros establecidos en este Código, considere proporcional y razonable la solicitud del fiscal, establecerá la medida cautelar de prisión preventiva en contra del imputado, la cual no podrá sobrepasar los quince días hábiles […]". Al tutelado se le impuso prisión preventiva por 15 días hábiles y atendiendo al rol y horario de la sección que conoció esa cautela, el plazo se encuentra dentro del permitido por la norma especial, con lo queda descartada la ilegitimidad de la prisión preventiva […].*

No obstante, este criterio fue modificado después y se estableció que el cómputo del plazo de días hábiles de la medida cautelar de prisión preventiva en flagrancia debía realizarse en atención al uso general de días hábiles del Poder Judicial; es decir, de lunes a viernes, excluyendo los fines de semana, días feriados, asuetos y cierres colectivos.

> *[…] En este sentido, en los procesos penales de flagrancia existe una norma especial que determina que el plazo de la prisión preventiva no podrá exceder de 15 días y se contará en días hábiles. Nótese que la nor-*

Volver al Índice

> *ma en cuestión no hace referencia a que los días hábiles se suspenden por el hecho de que el Tribunal de Flagrancia se encuentre libre por su rol y horario, pues ello es una interpretación restrictiva contraria al principio pro homine tutelado en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En adición, al momento de dictarse la norma, los días hábiles se estimaron de acuerdo con su uso general en el Poder Judicial, no con respecto a la eventualidad de que administrativamente se dispusiera en el futuro otro rol en el caso de los tribunales de flagrancia. […]. Voto n.º 2018-012659 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas veinte minutos del siete de agosto de dos mil dieciocho.*

Ya esta interpretación venía siendo objeto de utilización respecto al cómputo de los plazos para la firmeza de los fallos emitidos en el procedimiento de flagrancia, y para el ejercicio del recurso de apelación, pues el Tribunal de Flagrancia de San José emitía sentencias los fines de semana, días feriados, asuetos o cierres colectivos, y se discutía si el plazo para impugnar la decisión corría durante estos días o se contabilizaban a partir de los días hábiles correspondientes.

Sin embargo, desde el año 2013, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia unificó los criterios que, de manera disímil, tenían los diversos tribunales de apelación de sentencia penal, incluso dentro de sus mismas integraciones.

> *[…] Se unifica el criterio que hasta el día de hoy ha sido contradictorio entre distintas resoluciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal y esta Sala, estableciendo que la única interpretación del artículo 460 del Código Procesal Penal debe ser igual para todos los despachos judiciales del país, en cuanto a considerar como hábiles para la interposición de las impugnaciones, los días comprendidos entre lunes y viernes inclusive, excluyéndose los sábados, domingos, feriados, asuetos y cierres colectivos y habilitándose hasta las veintitrés horas del día del vencimiento del plazo para recurrir en los asuntos tramitados bajo el Procedimiento Especial de Flagrancia […].Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto 2013-1364 de las dieciséis horas y treinta y tres minutos del veintidós de octubre del dos mil trece.*

De esta forma, en cuanto al tema del cómputo de los plazos, existe uniformidad, pues más allá del horario o rol de trabajo de los tribunales de flagrancia, el cómputo de los días hábiles se corresponde con la jornada usual del Poder Judicial.

El artículo 430 del Código Procesal Penal establece también la posibilidad de que se conozca la solicitud de medida cautelar de prisión preventiva, cuando el tribunal de flagrancia considere que no debe aplicarse este procedimiento especial declarando la incompetencia.

En este supuesto particular, tenemos una situación procesal en la cual una persona se encuentra detenida a la orden del tribunal, la persona juzgadora ha decretado su incompetencia, y hay una gestión de la representación fiscal para que se conozca una solicitud de medida cautelar de prisión preventiva.

La Sala Constitucional ha establecido de manera reiterada que, aun en estos supuestos donde la autoridad jurisdiccional decreta su incompetencia, tratándose de la resolución de la situación jurídica del imputado, esta autoridad debe conocer la gestión y resolverla, evitando que la persona deba esperar que la causa sea remitida a la oficina destinataria y que se convoque a

Volver al Índice

conocer la gestión fiscal. Esto implicaría, por ende, un espacio de tiempo adicional de detención que perfectamente puede evitarse resolviendo la solicitud fiscal.

Frente a esta situación, las normas que se aplican ya no se circunscriben al procedimiento de flagrancia, pues se ha determinado la necesidad de aplicar el procedimiento ordinario. Ello conlleva a la posibilidad de disponer esta medida sin la limitación del plazo establecido en el artículo 430 del Código Procesal Penal. En estos casos, la persona juzgadora del tribunal de flagrancia ordena medidas cautelares de prisión preventiva, si son procedentes, por un mes, dos o incluso tres meses.

En un artículo anterior sobre el tema, quien escribe mantuvo una posición contraria a este criterio:

> *Tema interesante de analizar en estos casos, es valorar si el Juez de Flagrancia que se ha declarado incompetente para conocer del asunto y lo ha remitido al procedimiento ordinario, puede por ende ordenar una medida cautelar de prisión preventiva por encima del plazo de los quince días hábiles, invistiéndose de las facultades que ostenta el Juez Penal ordinario que conocería del asunto; sobre este punto en concreto puede indicarse que frente a una medida cautelar que carece de recurso de apelación, lo proporcional y razonable es un plazo mínimo que permita a los jueces ordinarios imponerse del conocimiento de la causa y determinar posteriormente si procede o no la prórroga de la medida cautelar dentro de la aplicación del procedimiento ordinario*[6].

Esto se debe principalmente porque, al emitirse una medida cautelar de prisión preventiva que no tenía recurso de apelación, se podía generar un espacio importante de tiempo de detención, por encima del plazo breve previsto para el procedimiento de flagrancia, por lo que podía generar roces con derechos fundamentales de la persona imputada.

Pero, conforme se ha indicado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia varió su criterio en cuanto a este extremo, permitiendo que se gestionara el recurso de apelación contra esta resolución oral de la persona juzgadora del tribunal de flagrancia cuando declarara la incompetencia, y ordenó al tribunal de apelación de sentencia penal correspondiente que admitiera y resolviera dicho recurso de apelación. Pero esta objeción que se ha indicado desaparece, pues la decisión jurisdiccional va a ser objeto de revisión por el superior jerárquico, quien permitirá que el plazo dispuesto pueda también ser objeto de valoración.

VI. SOBRE LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA

Ya hemos indicado que, con la reforma legal del artículo 430 del año 2024, se estableció la posibilidad de que el tribunal de flagrancia dispusiera una prórroga o extensión de plazo de prisión de quince días hábiles por veinticinco días hábiles adicionales.

Parece que estos son los plazos que, de manera ordinaria, prevé la normativa del procedimiento

6 Cascante Mora, Adrián. (2014). "Prisión preventiva y procedimiento expedito de flagrancia". En *Procedimiento de flagrancia. Temas actuales*. Primera parte, pp. 144-145. San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Volver al Índice

de flagrancia para la medida cautelar de prisión preventiva, junto con los seis meses de posibilidad de prórroga de la medida cautelar cuando se dicte sentencia condenatoria.

Sin embargo, puede ocurrir que, en el trámite del procedimiento, estos plazos se agoten y sea necesario extenderlos de manera extraordinaria. Esto implica acudir a las normas que deben aplicarse supletoriamente sobre prisión preventiva.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la competencia del tribunal de apelación de sentencia penal para prorrogar de manera extraordinaria la medida cautelar de prisión preventiva dictada en el procedimiento de flagrancia, cuando se está resolviendo el recurso de apelación o casación de sentencia.

> *[…] En ese sentido, no puede desconocerse que la autoridad judicial que ha sido designada por el ordenamiento jurídico para el conocimiento de la prórroga extraordinaria de prisión preventiva para los distintos tipos de procedimientos previstos es el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, por lo que en este supuesto corresponde a esta autoridad judicial el conocimiento de los asuntos […]. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto 2013-00401 de las diez horas del veintidós de marzo de dos mil trece.*

Este tema ha sido de aplicación normal de los tribunales de apelación de sentencia penal, pero debe quedar claro que la competencia de estos tribunales se da en el supuesto del agotamiento de los plazos ordinarios por parte del tribunal de flagrancia. Ello implica que se hayan utilizado los quince días hábiles de la medida cautelar de prisión preventiva y los seis meses de extensión en caso de sentencia condenatoria. Solo, en tal supuesto, se ha considerado que el tribunal de apelación de sentencia adquiere la competencia para prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público.

Sin embargo, con la reciente reforma del artículo 430 del Código Procesal Penal, se puede abrir la discusión, si ese plazo de extensión adicional de veinticinco días hábiles debe ser contabilizado como un plazo ordinario de la medida cautelar, de forma tal que el tribunal de flagrancia también tenga que agotarlo para abrir la posibilidad de que el tribunal de apelación de sentencia penal adquiera la competencia para las prórrogas extraordinarias.

El punto es interesante de discutir, ese plazo de extensión de veinticinco días hábiles no es de aplicación automática para todos los casos que se tramiten en el procedimiento de flagrancia, solamente se puede acudir a este en los supuestos que exige la norma. Parece que si en el caso concreto no se utilizó este plazo, pues toda la prueba se recabó, el juicio se realizó y se dictó sentencia donde se prorrogó la medida cautelar por seis meses. No se le podría exigir al tribunal de flagrancia que agote un plazo adicional de veinticinco días que no utilizó porque se encontraba fuera de los requisitos de la norma.

Desde esta perspectiva, el tribunal de apelación de sentencia penal deberá valorar cada caso concreto para determinar si en este se utilizó o no la extensión del plazo previsto con la reforma del artículo 430 del Código Procesal Penal, pues, en los supuestos de que se haya utilizado, este debe ser contabilizado como parte del plazo ordinario que tiene el tribunal de flagrancia para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia estableció que, una vez vencidos estos plazos ordinarios, le corresponde al tribunal de apelación de sentencia penal conocer las prórrogas extraordinarias de esta a solicitud del Ministerio

Volver al Índice

Público, y que este plazo extraordinario debe ser de un año mediante la aplicación supletoria de la norma establecida en el artículo 258 del Código Procesal Penal.

En tal sentido, en el voto 2024-00094 de las 13:45 horas del 25 de enero de 2024, la Sala de Casación Penal indicó:

> *[…] Desde esta óptica, una lectura integral de los numerales transcritos, permite concluir con meridiana claridad que el plazo extraordinario de la prisión preventiva en el procedimiento expedito de flagrancia es de un año, mismo que en el caso concreto, aún no se ha agotado. Por estas razones, se declara la incompetencia de la Sala Tercera para conocer la solicitud de prórroga de la prisión preventiva requerida por la representante del Ministerio Público y se ordena remitir los autos al Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, para que resuelva conforme a derecho dicha gestión. […].*

Existen criterios contrarios en los tribunales de apelación que sostienen que, en causas de aplicación del procedimiento de flagrancia, el plazo extraordinario de prórroga de la medida cautelar de prisión preventiva es de quince días[7].

Sin embargo, los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal se han orientado bajo esta misma línea de interpretación otorgándole al tribunal de apelación de sentencia penal este plazo de un año y, solamente en el supuesto del vencimiento de este, la Sala de Casación Penal tendría competencia para conocer sobre dichas solicitudes de prórroga de la medida cautelar[8].

Igualmente, la aplicación supletoria del artículo 258 del Código Procesal Penal ha permitido que, en el desarrollo de los procesos penales seguidos bajo el procedimiento de flagrancia, vencidos los plazos, el tribunal de flagrancia pueda prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva cuando sea necesario:

> *[…] para asegurar la realización del debate o de un acto particular, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad o la reincidencia. En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición. […] Artículo 258 párrafo tercero del Código Procesal Penal.*

Con esta disposición legal, el juez o la jueza de flagrancia puede prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva, una vez superado el plazo ordinario de quince días hábiles y, con la reforma actual, eventualmente los veinticinco días hábiles adicionales para realizar un acto particular, y puede asegurar la realización del debate, comprobar la sospecha de fuga o impedir la obstaculización de la verdad o la reincidencia. Se ha utilizado de manera usual en el desarrollo de los juicios, cuando por alguna razón particular, no se logra finalizar y es necesario señalar una continuación en fecha que excede el plazo de la medida cautelar de prisión preventiva decretada, por lo cual, el tribunal acude a esta norma para prorrogarla.

7 En tal sentido, el voto 2024-0673 de las 15:25 horas del 23 de abril de 2024 del Tribunal de Apelación de Sentencia Pena del II Circuito Judicial de San José.

8 Voto 2024-00399 de la Sala de Casación Penal de las 11:50 horas del 2 de mayo de 2024. Este voto está relacionado con el pronunciamiento del Tribunal de Apelación n.º 2024-0673. La Sala de Casación le reitera al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal que el plazo extraordinario para conocer y prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva, aun en causas bajo el procedimiento de flagrancia, es de un año.

Volver al Índice

Estas decisiones han sido objeto de recurso ante la Sala Constitucional, la cual ha sostenido de manera reiterada su constitucionalidad. No obstante, sí ha establecido la exigencia de que la prórroga de la medida cautelar debe fijar una fecha determinada del vencimiento del plazo, ordenando a las autoridades jurisdiccionales establecerla. Con ello, los tribunales deben señalar, de manera clara, precisa, el plazo y la fecha de vencimiento de la prórroga de medida cautelar.

La Sala Constitucional indicó:

> *[…], vencidos los plazos ordinarios de la prisión, no podrá acordarse una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva, salvo lo dispuesto en el párrafo final de este artículo, es decir,* **para asegurar la realización del debate o de un acto particular**. *En tales casos, la privación de libertad no podrá exceder del tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición, y, además, dicho plazo debe de fijarse de manera concreta. […]. Voto n.º 2021-016628 de las nueve horas con quince minutos del treinta de julio de dos mil veintiuno*[9].

También la Sala Constitucional ha avalado la posibilidad que tiene la persona juzgadora para acudir a esta norma procesal y prorrogar la medida cautelar de prisión preventiva para actos diferentes al debate, como podría ser realizar la continuación de la audiencia inicial que, por alguna circunstancia particular, se debió suspender o reagendar.

Sobre el particular, en el voto n.º 2024-006069 de las nueve horas cincuenta minutos del cinco de marzo de dos mil veinticuatro, la Sala Constitucional dispuso lo siguiente:

> *[…] En este caso, en la resolución cuestionada, el tribunal recurrido explicó que la prórroga en cuestión se disponía por un plazo corto y determinado, específicamente hasta el 6 de marzo de 2023, con la finalidad de asegurar un acto particular: la incorporación de la prueba pendiente (pericias que las partes habían requerido y que no estarían listas antes del 5 de marzo de 2024, según la información remitida por la Sección de Química Analítica del OIJ), para así poder realizar la audiencia de continuación en la sumaria de marras. De tal manera, en concordancia con los precedentes citados ut supra, no considera esta Cámara que la prórroga de prisión preventiva cuestionada hubiese sido ilegítima, de manera en los términos planteados por la recurrente se descarta alguna lesión a los derechos fundamentales de los tutelados. […]*[10].

La aplicación supletoria de la norma legal contenida en el artículo 258 del Código Procesal Penal cobra importante vigencia, considerando que, a pesar de la extensión de los plazos realizada mediante reforma legal en el año 2024, siempre pueden existir situaciones procesales que requieran necesariamente valorar la extensión de la medida cautelar de prisión preventiva ordinaria para asegurar la realización de un acto particular o del debate. Debe considerarse que, de la misma manera, puede aplicarse la norma del artículo 329 del Código Procesal Penal para realizar el juicio en el caso concreto[11].

9 En tal sentido, el voto 2021-0166288 de las 9:15 horas del 30 de julio de 2021 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

10 En el caso particular, se observa un error en la redacción al indicarse el año 2023, cuando el marco fáctico se corresponde al año 2024.

11 El artículo 329 del Código Procesal penal señala: “Limitaciones a la libertad del imputado Si el imputado se halla en libertad, el tribunal podrá ordenar para asegurar la realización de la audiencia, su conducción por la fuerza pública y la prisión preventiva; podrá incluso variar las condiciones bajo las cuales goza de libertad o imponer algunas de las otras medidas cautelares previstas por este Código”.

Volver al Índice

Es importante que la extensión de estos plazos sea razonable y proporcional, en atención al delito que se le atribuye a la persona imputada y de acuerdo con el principio de celeridad del procedimiento de flagrancia.

Podemos concluir que, en el procedimiento de flagrancia, la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva mantiene los mismos presupuestos procesales que la decisión que se toma en el procedimiento ordinario. Las diferencias en cuanto al plazo, la inexistencia del recurso y la novedosa posibilidad de extensión del plazo inicial de detención preventiva se centran en las características de celeridad del procedimiento de flagrancia. Sin embargo, la debida tutela del derecho de defensa y las garantías procesales son parte intrínseca del proceso penal y de aplicación en el procedimiento de flagrancia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Sánchez Delgado Daniel *et al.* (2014). *Procedimiento de flagrancia. Temas actuales*. Primera Parte. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Llobet Rodríguez, Javier. (2012). *Proceso penal comentado*. Quinta edición. San José. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 31 - 47, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

EL «CASO GUEVARA DÍAZ CONTRA COSTA RICA» EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LECCIONES PARA EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO COSTARRICENSE

MSc. Alfonso Chacón Mata[1]

RESUMEN

El presente artículo tiene la finalidad de mostrar desde un punto de vista expositivo las lecciones aprendidas del Caso Guevara Díaz contra el Estado de Costa Rica, en la sentencia dictada el 22 de junio de 2022 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Después de una explicación del contexto de desarrollo de este caso, se analizan las implicaciones que tiene este veredicto en las relaciones públicas de servicio y para el empleo de personas con discapacidad, en materia de cursos por empleo en la Administración pública. Este fallo tiene cuatro lecciones aprendidas que deben ser observadas en adelante cuando se va a contratar a personas con discapacidad. Finalmente, se reseñan las medidas de garantías de no repetición y la reparación del daño causado por el Estado costarricense.

Palabras claves: discapacidad, concursos públicos, Corte Interamericana, derechos laborales, derechos humanos, discriminación, empleo público.

ABSTRACT

The purpose of this article is to show, from an expository point of view, the lessons learned from the Guevara Díaz Case against the State of Costa Rica, in a ruling handed down on June 22, 2022, by the Inter-American Court of Human Rights. After an explanation of the context of development of this case, we proceed to analyze the implications that this verdict has on public service relations and for the employment of people with disabilities, in terms of courses for employment in the Public Administration. This ruling has four lessons learned that must be observed in the future when hiring people with disabilities. Finally, the measures of guarantees of non-repetition, and the reparation of the damage caused by the Costa Rican State, are outlined.

Keywords: disability, public competitions, Inter-American Court, labor rights, human rights, discrimination, public employment.

Recibido: 01 de agosto de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Es máster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Es profesor asociado a la Facultad de Derecho, la Escuela de Administración de Negocios y la Sede del Atlántico de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: achaconm@yahoo.com.

Volver al Índice

I. INTRODUCCIÓN

En esta oportunidad, analizaremos algunas implicaciones que observamos de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) del *Caso Guevara Díaz contra el Estado de Costa Rica*, la cual fue dictada el 22 de junio de 2022. Consideramos que, después de dos años de su emisión, ha faltado más análisis en torno a las implicaciones de este veredicto.

Por consiguiente, la intencionalidad de este trabajo se refiere sobre algunas lecciones que se derivan del citado fallo, en lo que concierne al trabajo de las personas con discapacidad dentro del sector público costarricense e, incluso, más allende de nuestras fronteras, con las obligaciones genéricas de adoptar los derechos y garantías previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante), por imperativo de sus artículos 1.1 y 2.

El veredicto que nos ocupa involucra a Costa Rica como parte de la CADH y su obligación de cumplir con las disposiciones previstas en este fallo vinculante. Así, de una manera somera y con la finalidad de generar una explicación jurídica sobre las implicaciones de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha sostenido que, entre el derecho interno y el derecho internacional, se suscita una plenitud hermética o sincretismo[2].

Es decir, al ser el derecho internacional de los derechos humanos un *derecho de tipo subsidiario* que emerge en defecto de ausencia o ineficacia de disposiciones en derechos humanos por parte de un Estado y que se encuentran previstas en un tratado, la relación de complemento con el derecho interno se articula a través de las diferentes interpretaciones que las instancias supranacionales encargadas de interpretar y aplicar el tratado realicen sobre el tratado suscrito por el Estado parte. En el caso de la CADH, la competencia de la Corte IDH para resolver las funciones consultiva y contenciosa se encuentra prevista en el artículo 62 del instrumento.

En consecuencia, el mecanismo adecuado para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno de un Estado corresponde ineludiblemente a la ratificación de un tratado internacional por parte de este, y es lo que ha ocurrido dentro del Sistema Interamericano con la CADH. Esta incorporación por sí misma no está exenta de tensiones desde un plano doctrinal y funcional, y acarrea que los Estados en uso y potestades de su autodeterminación puedan adaptar este derecho bajo un sistema jurídico sintético e integrado, o si es del caso, incluso puedan tener conflictos entre el derecho internacional y el derecho doméstico o interno por estimarlos como ámbitos muy diferentes y que, consecuentemente, no son capaces de relacionarse entre sí.

No obstante, por esta relación de subsidiariedad y de complemento entre los ordenamientos internos e interamericanos, en nuestra región, se ha hablado de un *ius commune interamericano* que hace dialogar ambos ordenamientos en procura de una tutela común de los derechos estatuidos, principalmente en la CADH[3].

2 Nieto Navia, Rafael (edit). (1997). *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* San José, Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, p. 39.

3 Acosta, Paula Andrea. *Ius commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo*, pp. 371-372. En Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mc Gregor, Eduardo. (Febrero de 2017). *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión.* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. México-Max Planck. Institute for Comparative Public Law and International Law. México, primera edición.

Volver al Índice

Para la situación costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al valor normativo del derecho internacional de los derechos humanos, desde sus orígenes en funcionamiento[4], señalando en términos generales que este ámbito del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del derecho internacional, no tiene únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7.° constitucional, sino que, en la medida en que sus disposiciones brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer por sobre estos, lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Por su parte, en la sentencia n.° 3435-92 y su aclaración n.°5759-93, esta Sala reconoció que "*los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución"*[5].

Así, teniendo en Costa Rica los tratados internacionales de protección de derechos humanos un valor "supraconstitucional", la CADH ha concebido una jurisdicción interamericana con la posibilidad de salvaguardar y conocer la tutela de diferentes provisiones del tratado, a través de la Corte IDH[6].

Volviendo al caso de análisis de estas líneas, consideramos que no se ha hablado de una manera más abierta de las implicaciones que puede tener este fallo del *Caso Guevara Díaz* para el empleo público costarricense. Por eso vamos a realizar algunas apreciaciones al respecto en esta oportunidad. A manera de un rápido recuento en torno a las expectativas y alcances concretos de esta sentencia, diremos a título preliminar que esta se torna sumamente interesante, debido a los siguientes motivos: a) Costa Rica ha aprobado legislación reciente que viene a transformar el esquema del empleo público, tanto desde su organización como lo relativo al salario[7]. b) Existen copiosas resoluciones vinculantes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 1147-90 de las 16:00 h del 21 de septiembre de 1990. Así, en la sentencia aludida donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocerle a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación, se indicó que las normas internacionales de derechos humanos: *tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT*

5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 2313-95 de las 16:18 h del 9 de mayo de 1995.

6 El artículo 62 de la Convención Americana de derechos Humanos establece lo siguiente: "*1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial". Convención Americana de Derechos Humanos.* Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención.

7 Ley N.° 10 159, *Ley Marco de Empleo Público*, del 8 de marzo de 2022. Publicada en el *Alcance* 50 de *La Gaceta* 46 del 9 de marzo de 2022.

Volver al Índice

Justicia, en las que se ha decantado en articular principios laborales aplicables en el empleo público, desde su misma creación[8]. c) Se hace riguroso conocer qué tipo de procedimientos laborales de empleo público dictados por la Corte IDH deben tenerse en cuenta para su aplicación en Costa Rica, y qué implicaciones conllevan para la mejora o no de la relación estatutaria del Estado con sus personas servidoras.

El asunto que nos ocupa entrelaza la variable de discapacidad y las oportunidades laborales que existen para personas que se encuentren en esta relación condicional. En otras palabras, la sentencia en cuestión pretende mostrar alguna(s) senda(s) que se deben seguir, las cuales hemos desarrollado en cinco lecciones aprendidas que se derivan de la sentencia y que son explicadas en el acápite tercero de este artículo.

Sin embargo, antes de centrarnos en el objetivo de estas líneas, conviene repasar un contexto rápido de los prolegómenos de este caso, y nos dirigimos seguidamente hacia este imperativo.

II. UN CONTEXTO FÁCTICO SOBRE EL "CASO GUEVARA DÍAZ"

Entrando en materia sobre los antecedentes de este caso, este caso en sede interamericana fue suscitado en el marco de lo acaecido al Sr. Luis Fernando Guevara Díaz, quien posee una discapacidad intelectual y se desempeñaba desde junio de 2001 como misceláneo en el Ministerio de Hacienda del Gobierno de Costa Rica, bajo una relación contractual de empleo público. Según la jurisprudencia constitucional costarricense, para adquirir una plaza como titular o propietario en ese entonces, se requería un concurso de antecedentes promovido por el mismo Estado[9].

Unos dos años después (2003), la citada cartera ministerial saca la plaza a concurso, y el señor Guevara Díaz obtuvo la mejor nota entre las personas participantes (78.97). En este proceso de selección, realizó pruebas especiales en razón de su discapacidad, a la vez que fue llamado para realizar una entrevista a cargo de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales del Ministerio de Hacienda el 31 de marzo de 2003[10].

El jefe de Área de Mantenimiento le dirigió el oficio 044-2003 al coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales, en el cual manifestó lo siguiente:

> *Desde el pasado 04 de junio del 2001 fue nombrado interinamente en el puesto No 010179 clase misceláneo, al Señor Luis Fernando Guevara Días (sic), quiero indicar que a pesar de las oportunidades que se le han brindado en los campos de Mantenimiento como ayudante, limpieza de Edificios, Elevadores y otros, su labor no es satisfactoria. Por lo anterior y en virtud de la necesidad de personal que tenemos, solicito el nombrar alguna persona funcional para el puesto. Por otra parte, le indico que por sus problemas de retardo y bloqueo emocional que padece, (información brin-*

8 Al respecto, véase Chacón Mata, Alfonso. (Julio de 2012). Los principios propios aplicables a las relaciones de Empleo Público a la luz de las resoluciones de la Sala Constitucional. *Revista de Servicio Civil*. N.° 30. Dirección General de Servicio Civil. Ministerio de la Presidencia de Costa Rica.

9 En ese sentido, dicha interpretación se deriva de los artículos 191 y 192 de la Constitución Política de Costa Rica, los cuales sostienen un régimen estatutario para el sector público, al que se accede en propiedad a través de un concurso.

10 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia del 22 de junio de 2022. Serie C, n.° 453, párrafos 29-30.

Volver al Índice

> *dada por su madre), considero no es una persona acta (sic) para el puesto. Si se le quisiera ayudar existen varias formas de hacerlo*[11]*.(El subrayado es nuestro).*

Nótese que el oficio es indicativo de su condición de discapacidad, siendo un elemento central para no considerarlo apto para el puesto, a pesar de que tenía la nota más alta entre todas las personas aspirantes.

Teniendo la anterior comunicación, el coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales, quien estaba a cargo de llevar a cabo la selección del concurso para ocupar el puesto en propiedad, dirigió una comunicación a la Coordinación General de Recursos Humanos y, con vista en el mismo oficio (044-2003), le indicó que el Sr. Díaz Guevara Díaz presentaba problemas en su nuevo nombramiento en un puesto de misceláneo en propiedad. Se considera que: "[…] debido a las funciones que cumple y las oportunidades que se le han dado en su puesto el comportamiento de don Luis Fernando ha incidido negativamente en su devenir laboral e incluso sus actitudes, pueden afectar su seguridad personal, reitero por el tipo de funciones que se realizan por lo cual se sugiere reconsiderar su nombramiento"[12].

Finalmente, en el documento fechado el 12 de junio de 2003, el oficial mayor y director administrativo y financiero del Ministerio de Hacienda le informó al señor Guevara que no fue seleccionado en el concurso para ocupar el puesto en propiedad número 010179, por lo que su nombramiento como funcionario interino en el puesto de Trabajador Misceláneo 1 cesaría el 16 de junio de 2003.

Una de las situaciones que más llama poderosamente la atención en este caso consiste en que la defensa letrada del Sr. Guevara Díaz acudió ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como al mismo Ministerio de Trabajo a denunciar la situación acaecida con la denegación de la plaza obtenida a través del concurso de méritos.

Es muy preocupante que ni el órgano jurisdiccional de tutela de derechos fundamentales, ni el órgano técnico de defensa de las personas trabajadoras detectaron anomalía alguna en la exclusión del puesto al señor Guevara Díaz:

a) Mediante la sentencia del 14 de febrero de 2005, la Sala Constitucional declara "sin lugar" el amparo interpuesto por el afectado. Se basa en que, según la información proporcionada por la entidad recurrida, se tiene por acreditado que el servidor tuvo plena oportunidad de participar, para lo cual se le aplicaron pruebas especiales y específicas en razón de su discapacidad, dando cumplimiento a la normativa vigente con la evaluación respectiva de una profesional en Psicología. Además, el hecho de que el amparado queda en condición de elegible y participa en la selección final del puesto da margen para pensar que tuvo acceso al puesto de su interés, en igualdad de condiciones que los demás aspirantes. Finalmente, aduce que la nota que hace el jefe donde indica los problemas de discapacidad que sufre el recurrente no influye en lo absoluto, debido a que la selección de la plaza se hace de previo a la emisión de dicha misiva.

Para el órgano jurisdiccional, todo lo dicho viene bajo fe de juramento, por lo que le merece crédito la versión dada por el ente estatal. Si existiera una situación de legalidad, oportunidad o conveniencia de la decisión de los órganos

11 *Ibid*., párrafo 31.
12 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). *Op. cit.* Párrafo 32.

Volver al Índice

competentes en la escogencia concreta, es una situación que excede su competencia y debe plantearse en la vía ordinaria legal.

b) El 6 de agosto de 2003, el secretario general del Sindicato de Empleados del Ministerio de Hacienda presenta una denuncia por discriminación laboral ante la Dirección Nacional de la Inspección General de Trabajo. Unos meses después (26/11/2003), la denuncia es declarada sin lugar porque se estimó que no se comprobó que efectivamente existiera discriminación en el ámbito laboral por parte del Ministerio de Hacienda. Se ejercieron los recursos administrativos de revocatoria y apelación, sin resultado favorable alguno para el recurrente[13].

En la fase de audiencia pública del juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que la discapacidad es un motivo de discriminación que se encuentra prohibido por la misma Convención Americana de Derechos Humanos, y considera que, tratándose del derecho al trabajo, existe una garantía de progresividad de este tipo de derechos que se halla en el artículo 26 del citado texto convencional. La Comisión concluye que "el señor Guevara no fue contratado por el Ministerio de Hacienda por su condición de discapacidad, lo cual constituyó un caso de discriminación encubierta que violó los artículos 24 y 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento"[14].

Por su parte, el Estado costarricense reconoce su responsabilidad internacional por la vulneración de los artículos 8.1, 24, 25.1 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Guevara Díaz[15].

III. EL "CASO GUEVARA DÍAZ CONTRA COSTA RICA" Y SUS IMPLICACIONES LABORALES DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO

En materia laboral, desde la promulgación de la Carta Política de 1949 en sus artículos 191 y 192, el sector público costarricense ha tenido un par de paradigmas que han caracterizado su accionar.

13 Cabe destacar que, en el oficio dirigido al ministro de Trabajo y Seguridad Social el 22/08/2005, la directora nacional de Seguridad Social le indica que los razonamientos externados para no nombrar al señor Guevara "están en contraposición con lo que establece la Ley de Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad", por lo que el proceso administrativo debía ser revisado. En particular, dicha instancia constató que el señor Guevara estaba acreditado para desempeñarse como misceláneo, tal como lo certificó el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, realizó sus labores de manera eficiente mientras desempeñó el cargo, y que su discapacidad nunca constituyó una limitante para el ejercicio de sus funciones39. Esta información fue puesta en conocimiento del presidente de la República mediante una comunicación de 29 de agosto de 2005. (Véase párrafo 41).

14 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). *Op. cit*., párrafo 43.

15 Al respecto, la sentencia acredita lo siguiente: *"El representante se adhirió a los fundamentos de derecho planteados por la Comisión en el Informe de Fondo. Asimismo, presentó alegatos específicos. En relación con el artículo 24 de la Convención, sostuvo que el derecho a la igualdad fue violado puesto que la razón por la cual el señor Guevara no fue elegido para el puesto en el Ministerio de Hacienda fue su discapacidad. Lo anterior, a pesar de que dicha discapacidad no le impedía realizar adecuadamente su trabajo, y además obtuvo notas excelentes durante el proceso de selección. En relación con el artículo 26 de la Convención, el representante sostuvo que se produjo una violación al compromiso del Estado tendiente al desarrollo progresivo al negarse el derecho al trabajo a una persona con discapacidad".*
"El Estado reconoció su responsabilidad por la violación a los artículos 24 y 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Guevara (supra párr. 18)". Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…)*. Op. cit*., párrafos 44 y 45.

Volver al Índice

En primer lugar, conformó un régimen estatutario que ha implicado la observancia de una serie de derechos, para aspirar a ser contratado por el Estado. Segundo, este mecanismo estatutario se consolida a través de un régimen de servicio civil, con la autonomía suficiente para promover concursos por mérito e idoneidad[16], según los requerimientos del empleo público costarricense. Más contemporáneamente, con la entrada en vigor de la *Ley Marco de Empleo Público, Ley N.°10 159*, que fue aprobada en marzo de 2022 y entró en vigor el 10 de marzo de 2023, en el artículo 18, inciso c) de la citada ley, se enuncia que, en los procesos de selección internos, se recurrirá a un concurso donde se aplicarán los tres sistemas de selección aplicables a los procesos de reclutamiento y selección que serían el "sistema de oposición", el "sistema de concurso de valoración de méritos" y el "sistema de concurso de oposición". Posteriormente, en el artículo 17, el Decreto n.° 43952-PLAN (*"Reglamento a la Ley Marco de Empleo Público"*) enumera el detalle específico y la consistencia de cada uno de estos sistemas.

Lo cierto del caso es que, para ninguno de estos sistemas de selección, hoy en día, sería factible discriminar a las personas discapacitadas que participen en concursos selectivos, ni mucho menos, al momento de realizarse el concurso del señor Guevara Díaz, tampoco era posible que no se contemplaran estos procedimientos específicos normados en la Ley N.° 10 159.

Consideramos que esta sentencia interamericana en contra de nuestro país que versa sobre el derecho a la selectividad para personas discapacitadas a través de concurso dentro del régimen de empleo público tiene importantes implicaciones que reseñaremos seguidamente.

III.I.- El derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo estatal: «Protección reforzada» a las personas trabajadoras con discapacidad

A manera de referencia sobre la *discriminación,* invocamos a ELIZABETH ODIO BENITO, quien nos enuncia que la intolerancia y la discriminación se constituyen, en cualquier forma en que aparezcan, como los obstáculos que impiden que exista igualdad real y no solamente formal o jurídica entre todos los seres humanos[17] La autora citada agrega lo siguiente: *"Por discriminar entendemos generalmente tratar distinto lo que es igual. Pero también es discriminar tratar igual lo que es distinto. Es absolutamente básico tener en cuenta que la igualdad entre todos los seres humanos exige la ausencia de discriminación"*[18].

Ahora bien, desde un plano operativo, doctrinariamente se han clasificado las prácticas discriminatorias entre <<directas>> e <<indirectas>>. La primera forma ha sido definida como "discriminación directa" y es relativa a los actos específicos de discriminación. En estos, la acción de un sujeto discriminador (A) causa efectos en un sujeto discriminado (B) mediante la restricción o daño de los derechos y oportunidades (C) de este; de tal modo que es posible establecer o reconstruir una relación causal directa entre la acción individual de A y los efectos de C registrables en B. Estos actos discriminatorios son individuales, particulares o discretos, aunque, como sabemos, solo se hacen posibles si presuponen actitudes moldeadas o

16 Chacón Mata, Alfonso. *Op. cit*., pp. 115-119.

17 Odio Benito, Elizabeth. (1990). La discriminación en el goce de los derechos humanos, p. 196. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Manual de conferencias.* IIDH, San José, primera edición.

18 *Ibid*, p. 197.

Volver al Índice

condicionadas cultural y simbólicamente por el entramado de prejuicios –las actitudes– que dan a la discriminación una dimensión social[19].

La segunda forma de discriminación se denomina "indirecta" y es relativa a la conformación histórica de las normas, rutinas e instituciones sociales que, sin estar dirigidas contra una persona en específico (no son, en ningún caso, actos contra alguien concreto), conllevan el efecto estructural de mantener y profundizar la desventaja del grupo, pues "naturalizan" la estigmatización y contribuyen a reproducir el orden discriminatorio de la sociedad como un todo.

Nos parece que el tribunal interamericano adopta las dos modalidades de discriminación esbozadas, caracterizando que el artículo 24 de la CADH protege el derecho a "igual protección de la ley", lo que impone la obligación ineludible estatal de respetar y garantizar este umbral protectivo, sin discriminación alguna de este tipo de derecho, según lo refuerza el artículo 1.1 del citado instrumento[20].

Aduce que la CADH, como instrumento de protección de derechos humanos, no solo protege de no discriminar sobre los derechos estatuidos en dicho convenio, sino que, además, los Estados suscriptores deben proteger igualmente a toda persona sobre toda discriminación, en todas las leyes que aprueben o se encuentren vigentes. Para lograr este acometido, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias y otra relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados[21].

Tratándose de las personas con discapacidad, en este veredicto interamericano, se recuerda que las personas *"son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, los cuales deben ser garantizados de conformidad con los postulados del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación*"[22].

Sin embargo, la misma Corte Interamericana es consciente de la difícil situación discriminatoria que conlleva el entorno inmediato a las personas con discapacidad, y señala que los Estados parte de la CADH deben adoptar diferentes medidas legislativas, sociales, educativas y, por supuesto, laborales con la intención de que la discriminación asociada sea eliminada, propiciando una verdadera integración de esta población[23].

Para finalizar este acápite, la misma Corte establece una ***"obligación reforzada del derecho al trabajo para personas con discapacidad"***, la cual impone obligaciones específicas a las autoridades que conocen sobre los recursos presentados donde se aleguen actos de discriminación en el ámbito laboral. Esta obligación exige las siguientes obligaciones reforzadas para las personas que nos ocupan:

A. Una diligencia rigurosa en la garantía y respeto de los derechos de las personas con discapacidad en el marco de recursos administrativos y judiciales que analicen sobre violaciones al derecho al trabajo.

19 Rodríguez Cepeda, Jesús. Cultura, prejuicio y desigualdad de trato: un concepto político de discriminación**,** p. 141. En González Placencia Luis; Morales Sánchez Julieta. *Derechos humanos: actualidad y desafíos*. Primera edición. Ciudad de México: Editorial Fontamara, p. 161.

20 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…)*. Op. cit.,* párrafo 48.

21 *Ibid*, párrafo 49.

22 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*. *Fondo* (…). *Op. cit*., párrafo 50.

23 *Ibid*, párrafo 54.

Volver al Índice

B. Las autoridades deberán abstenerse de que sus decisiones se fundamenten en razonamientos discriminatorios.
C. Para evitar este tipo de arbitrariedades, las mismas autoridades deberán analizar con mayor rigurosidad si el derecho al trabajo de personas con discapacidad se pudo ver afectado por actos discriminatorios de las autoridades o de terceros.
D. Las autoridades que conozcan de estos recursos y de este tipo de diligencias en general, deben analizar que se demuestre suficientemente que una diferencia de trato de una persona con discapacidad es justificada, tomando especial consideración su situación de vulnerabilidad[24].

Puede colegirse entonces que la sentencia crea el precedente doctrinal de la protección reforzada del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, estableciendo un perfil de protección más adecuado que debe observarse ante situaciones que atañen a este grupo social. Esta obligación reforzada en el fondo no es más que una consideración especial y más cuidadosa que deben observar las personas operadoras de selección de personal del orden público, si de materia de concursos y ascensos se trata.

Estamos ante un procedimiento imperativo que pretende respetar derechos, motivar adecuadamente para evitar la discriminación y, por ende, la arbitrariedad, con la finalidad de justificar posibles diferencias de trato hacia las personas trabajadoras con discapacidad.

Como corolario, si bien según se ha indicado que esta sentencia nace en el marco de un asunto dentro del sector público, de nuestra parte consideramos que estas reglas son de sumo aplicables en el empleo privado. La obligación de respetar a las personas con discapacidad trasciende cualquier régimen de laboralidad.

III.II- El derecho al trabajo tiene asidero en el derecho internacional de los derechos humanos: Exigencia de su disfrute pleno y objetivo tratándose de las personas con discapacidad

Quizás una de las implicaciones que igualmente se pueden derivar de esta sentencia radican en la tutela o protección del derecho al trabajo, dentro del entorno internacional de los derechos humanos.

Volviendo a invocar precedentes suyos, la Corte IDH realza que el derecho al trabajo es un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH, y que los artículos 45.b y c72, 4673 y 34.g74 de la Carta de la OEA establecen una serie de normas que permiten identificar el derecho al trabajo. Asimismo, la citada Corte recuerda que:

> *[…] el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación […]". De igual forma, el artículo 6 del Protocolo de San Salvador establece que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada". En el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC") establece que "[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar,*

24 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). *Op. cit*., párrafo 74.

Volver al Índice

que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho[25].

La sentencia establece igualmente una invocación de lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General n.° 18 sobre el derecho al trabajo[26], y termina advirtiendo una valoración que podemos sintetizar de la siguiente manera:

A. Relaciona el artículo 26 de la Convención sobre la progresividad de los derechos sociales, en relación con la obligación derivada del mismo instrumento que tienen los Estados suscriptores para no discriminar ningún derecho estipulado en este y reafirmar la igualdad de derechos y personas (artículos 24 y 1.1).
B. En criterio de la Corte Interamericana, esta relación normativa descrita anteriormente propicia el surgimiento de "obligaciones específicas para la protección del derecho al trabajo de las personas con discapacidad".
C. Considera que "el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación establecen para los Estados un deber especial de protección de los derechos de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad".
D. Los Estados deben abstenerse de realizar conductas que vulneren el derecho al trabajo como resultado de actos de discriminación, y deben adoptar medidas positivas dirigidas a lograr su mayor protección atendiendo a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad[27].

En síntesis, el derecho al trabajo tiene un asidero efectivo y ejecutable dentro de las provisiones de derecho internacional de los derechos humanos, por lo que, con mucha más razón todavía, las personas con discapacidad no solo tienen la "protección reforzada" analizada en el acápite 3.1, sino igualmente prevalece la garantización de su derecho al trabajo, desde una óptica de progresividad e intencionalidad con obligaciones específicas que los Estados partes deben cumplir y/o abstenerse.

III.III. Ausencia de justificaciones objetivas y razonables para no otorgar la plaza en propiedad: La prueba documental evidencia lo anterior

Otra de las situaciones más descriptivas y contundentes que presenta este caso consistiría en afirmar que, si nos vamos a sus antecedentes, la Corte Interamericana da por sentada o probada una serie de hechos referentes al concurso:

Primero, el 06/03/2003, la Unidad Técnica de Recursos Humanos remitió la terna en la que figuraba que el señor Guevara había obtenido la calificación más alta entre los candidatos.

25 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). *Op. cit.,* párrafos 58 y 59.

26 *Ibid*, párrafo 60.

27 *Ibid*, párrafo 61. Cfr: El juez Sierra Porto disiente que este caso se haya amparado en el artículo 26 de la CADH, pues desde su óptica existe un equivocado análisis del derecho al trabajo como derecho autónomo en el caso concreto, y aduce lo siguiente*: "En esta Sentencia, se reitera la posición asumida desde el caso Lagos del Campo vs. Perú en relación con la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCA) a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención). Sobra insistir en los argumentos que evidencian la falta de fundación jurídica de esta teoría en el marco de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, para esto me remito a los votos referenciados en el párrafo anterior21. Lo que quiero poner de manifiesto en esta oportunidad, es el desatino de la Corte al analizar el caso a la luz del artículo 26, y no frente al artículo 23 convencional que regula el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad".* (Párrafo tercero).

Volver al Índice

Segundo, en el documento del 13 de junio de 2003 (oficio 044-2003), el jefe inmediato del señor Guevara le informa al jefe superior o coordinador general de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales que la labor del señor Guevara en el puesto de "Misceláneo 1" "no es satisfactoria" y solicita "nombrar alguna persona funcional para el puesto". Asimismo, agrega que "por sus problemas de retardo y bloqueo emocional que padece, (información brindada por su madre), considero no es una persona acta (sic) para el puesto. Si se le quisiera ayudar existen varias formas de hacerlo"[28].

Tercero, el oficio descrito anteriormente fue remitido por parte del citado coordinador general a la Coordinación de la Unidad Técnica de Recursos Humanos. Posteriormente, el oficial mayor y director administrativo y financiero del Ministerio de Hacienda informó al señor Guevara que no fue seleccionado en el concurso antes señalado, por lo que su nombramiento como funcionario interino cesaría el 16 de junio de 2003[29].

Puede colegirse de todo lo anteriormente expuesto la existencia de una trazabilidad en torno a cómo se fue manejando este asunto en lo interno de la cartera ministerial. Y desgraciadamente para los intereses del señor Guevara, se estaba fraguando un acto discriminatorio en su contra que arrancaba con la misma percepción por escrito de su jefe inmediato, en torno a la inconveniencia de nombrarlo en el puesto en propiedad, y después dicha tesis fue tomando fuerza entre los órganos o instancias decisorias superiores.

La Corte IDH tiene claro este desenlace y así lo destaca en su veredicto:

> *78. La Corte considera que las referencias al señor Guevara contenidas en el oficio 044-2003 del Jefe de Área de Mantenimiento dirigido al Coordinador General de la Unidad Técnica de Aprovisionamiento y Servicios Generales, y en el oficio de este último dirigido a la Coordinadora General de la Unidad Técnica de Recursos Humanos, constituyen suficientes elementos de prueba para demostrar que la razón por la cual el señor Guevara no fue elegido para el puesto en titularidad de Trabajador Misceláneo 1 se basó en su condición de persona con discapacidad intelectual. La anterior conclusión, reconocida por el Estado, se desprende del contenido mismo de los oficios, que hacen claras alusiones a la discapacidad del señor Guevara como motivo para no contratarle, y se refuerza por aquellos elementos que permiten concluir que la víctima cumplía con los requisitos para obtener el nombramiento para el que concursaba. Estos elementos incluyen que obtuviera la calificación más alta en el concurso 010179, que contaba con experiencia de dos años en el puesto, que no existían informes sobre el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, y que, por el contrario, se le reconoció su efectividad en el trabajo.*

Acto seguido, el alto tribunal interamericano concluye que, en el caso que nos ocupa, existió una diferencia de trato provocada por la condición de discapacidad intelectual del señor Guevara Díaz, y que:

Dicha diferencia se realizó sin que existiera justificación objetiva y razonable alguna que la sustentara, y fue la razón principal por la que no se nombrara al señor Guevara en propiedad para el puesto de Trabajador Misceláneo 1. Lo anterior constituyó un acto de discriminación directa en el acceso al empleo y, por lo

28 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo (...). i* párrafo 76.
29 *Ibid*, párrafo 77.

Volver al Índice

tanto, una violación al derecho al trabajo del señor Guevara"[30].

Para concluir este acápite, especial relevancia nos merecen las pautas que establece la misma Corte IDH, en torno a la ausencia de justificación razonable. Al respecto, concluye lo siguiente:

> *[…]este Tribunal destaca que podría resultar razonable y admisible la decisión de no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad en caso de que ésta sea incompatible con las funciones esenciales que se van a desempeñar*[31].

El tribunal interamericano establece como pauta la existencia de una "causa objetiva" derivada de la propia incapacidad de la persona que no le permita realizar la función contratada. En este caso, no lo es, ya que el señor Guevara Díaz tiene sus capacidades motoras aptas; a la vez, ha realizado antiguamente las labores de limpieza como misceláneo en la misma institución.

Como una segunda pauta, estrechamente relacionada con la anterior: *"[…] la ausencia de una justificación adecuada para decidir no nombrar a una persona con motivo de una discapacidad genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Esto obliga a una fundamentación más rigurosa que determine las razones objetivas por las que se adopta dicha decisión"*.

La inexistencia de justificación atinente lo que hace es acrecentar y evidenciar la arbitrariedad, por lo que, tratándose de personas con discapacidad, este requisito se torna indispensable o, de lo contrario, estaríamos ante una evidente discriminación.

Finalmente, la tercera pauta implica que, si las autoridades administrativas basan la no selección de una persona con discapacidad, sustentadas en el ejercicio de sus "facultades discrecionales" -como sucedió con el señor Guevara Díaz-, el Estado incumple con el deber de realizar una argumentación suficiente que justifique dicha decisión. En otras palabras, la discrecionalidad de los órganos públicos no puede prevalecer ante la lesión de derechos humanos de las personas[32].

III.IV.- Relación de causalidad entre condición de discapacidad y el efecto de no nombrar al señor Guevara Díaz

Otra de las revelaciones importantes que presenta esta sentencia radica en la *inminente relación de causalidad* que se suscita entre la condición de discapacidad acreditada y su efecto de no ser nombrado en el puesto concursado, y que había sido ganado por el señor Guevara Díaz.

Para la Corte IDH, en este caso, puede concluirse contundentemente que:

> *[…] la víctima fue discriminada en dicho concurso por motivo de su discapacidad intelectual, lo que derivó en que no fuera seleccionada para obtener el nombramiento en propiedad en el puesto. Por esta razón, el Tribunal considera que el cese del señor Guevara resultó injustificado, en la medida en que ocurrió como consecuencia*

30 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). *Op. cit.,* párrafo 79.

31 *Ibid*, párrafo 80.

32 En nuestro medio, el artículo 15 de la Ley General de la Administración Pública dispone que: "*1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable. 2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de su límites"*. Ley N.° 6227. Ley General de la Administración Pública. 2 de mayo de 1978.

> *directa de la discriminación sufrida en el concurso 01- 02. Por lo tanto, constituyó una violación a su derecho a la permanencia en el empleo* [33].

Por otra parte, por el hecho de que el mismo Estado reconoce su responsabilidad, la Corte IDH concluye que la discriminación sufrida por el señor Guevara en el acceso y la permanencia en el empleo *"constituyó una violación al derecho al trabajo, al derecho a la igualdad ante la ley, y un incumplimiento del deber del Estado de la prohibición de discriminación*"[34].

En consecuencia, el Estado es responsable por la violación a los artículos 26 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Luis Fernando Guevara Díaz.

Como se ha expuesto *supra* en estas líneas (véase punto 3.3), una prueba documental es determinante en este caso para deducir lógicamente, según lo consignado en el oficio, que se invocaban situaciones de discapacidad para no nombrar al señor Guevara Díaz. A pesar de que obtuvo el primer lugar en puntaje y demostró su idoneidad, esta situación no sirvió de nada en su selección como ganador de la plaza en concurso.

Por consiguiente, la relación de causalidad queda muy bien evidenciada en la valoración que la Corte IDH realiza en el sentido de que la no adjudicación de la plaza obedece a criterios discriminatorios, debidamente acreditados y probados por el afectado.

VIII.- Medidas de «garantías de no-repetición» establecidas por la Corte Interamericana en el caso del señor Guevara Díaz

Para finalizar, nos queda por reseñar una facultad que ostenta la Corte IDH, derivada del artículo 63, párrafo primero de la CADH, la cual a la letra enuncia lo siguiente:

> *Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada.*

La jurisprudencia interamericana ha externado que *"La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (restitutio in integrum, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)"*[35]. Si bien es cierto que la sentencia otorga medidas reparativas de restitución al puesto y hasta de indemnización a la víctima, deseamos en este momento enfocarnos en torno a las medidas denominadas como "garantías de no repetición" que, a su vez, contemplan las medidas de capacitación que se han invocado en varias circunstancias[36].

Hemos traído a colación lo concerniente a las medidas de capacitación y, por ende, de concientización, como medidas reparativas de no repetición, debido a que, en el punto resolutivo

33 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo* (…). Op. cit., párrafo 81.
34 *Ibid*, párrafo 82.
35 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, n.° 42, párrafo 85.

Volver al Índice

séptimo, la sentencia dictada en nuestro caso de estudio indica lo siguiente:

> *El Estado creará e implementará, en el plazo de un año, un plan de capacitación a funcionarios del Ministerio de Hacienda en materia de igualdad y no discriminación de personas con discapacidad, en el que se especifiquen las obligaciones del Estado en materia de respeto y garantía del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en casos de contratación, nombramientos, promoción y despido, así como los deberes especiales que surgen al momento de abordar alegatos relacionados con supuestos actos de discriminación por motivo de discapacidad, en los términos del párrafo 95 de la presente Sentencia.*

En lo que atañe al cumplimiento de este punto, al año después de emitida la sentencia y bajo el mecanismo de supervisión de cumplimiento dispuesto en la propia CADH, la Corte IDH constata que el Estado costarricense aprobó en febrero de 2023 el *"Programa Institucional de Educación y Formación sobre la Igualdad y No Discriminación de Personas con Discapacidad, en el Ministerio de Hacienda de Costa Rica"*, el cual fue elaborado con el apoyo del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (CONAPDIS).

El oficio ministerial que aprobó dicho programa de capacitación indica que este tiene por objeto "dar cumplimiento a […] lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso Guevara Díaz"[37]. El programa "se dirige a todo el personal del Ministerio de Hacienda", y su período de vigencia es de tres años[38].

De la misma manera, se tienen por acreditados los contenidos del programa de capacitación señalado, los cuales estarían compuestos por cinco cursos: a) "Introducción al Enfoque de Derechos de las Personas con Discapacidad"; b) "Documentos Accesibles"; c) "Interacción y Comunicación con Personas con Discapacidad"; d) "A, B, C de

36 Los veredictos en los que la Corte Interamericana ha dispuesto capacitación como una manera de cerrar brechas ante fenómenos violatorios en derechos humanos han sido cuantiosos, sobre todo dentro del sector público. A manera de ejemplo, en el *Caso Campo Algodonero contra México*, se ordena a este último Estado que, sin perjuicio de la existencia de programas y capacitaciones dirigidas a funcionarios públicos encargados de la impartición de justicia en Ciudad Juárez, así como de cursos en materia de derechos humanos y género, el tribunal ordena que el Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Esta capacitación estaría destinada a policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación. (Véase Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, n.° 205, párrafo 541-542). O si no en el *Caso Atala Riffo contra Chile*, establece que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y, particularmente, a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial. (Véase Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.°. 239, párrafo 271.)

37 En el oficio MH-OMDAF-OF-0092-2023 de la Oficialía Mayor y Dirección Administrativa Financieras el Ministerio de Hacienda del 27 de febrero de 2023, se aprobó la propuesta del programa de capacitación (anexo al informe estatal de 1 de septiembre de 2023).

38 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de noviembre de 2023, párrafos 5 y 6.

Volver al Índice

la inclusión y protección laboral de las personas con discapacidad" y e) "Accesibilidad al Entorno Físico[39].

Con esta situación descrita, el Estado costarricense cumple la sentencia, y debe llamarnos a la atención el hecho de que la sensibilización en estos temas es esencial e, incluso, debería replicarse a todo el sector con discapacidad que labora en el sector público.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A título de corolario final, la Corte determina la violación al derecho al trabajo del señor Guevara, debido a que el cese de su relación laboral con el Ministerio de Hacienda fue consecuencia de un acto discriminatorio cometido con motivo de su discapacidad intelectual.

Como medidas restitutivas del daño causado, mediante veredicto al Estado costarricense, se imponen las siguientes:

-El tribunal interamericano considera pertinente ordenar, como medida de restitución, que el señor Guevara Díaz sea nombrado en un cargo de igual o mayor jerarquía que aquel por el que concursó para ocupar el puesto 010179 en el Ministerio de Hacienda.

-Si el Sr. Guevara Díaz no desea ser nombrado en un cargo en el Ministerio de Hacienda o, bien, existen razones que justifiquen que esto no suceda, el Estado deberá ofrecer la oportunidad a la víctima de ser nombrada en otro puesto laboral que se ajuste a sus aptitudes y necesidades en alguna otra institución pública. La víctima debe informar, en un plazo de seis meses, si desea ser nombrada en el citado Ministerio o en otra institución pública.

-Se condena al Estado a pagar una indemnización de USD $25 000, 00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América). Este monto es adicional a cualquier otro establecido en la sección de indemnizaciones compensatorias establecidas en la sentencia[40].

Con respecto al fondo de la sentencia, la Corte Interamericana decide por unanimidad: A) Aceptar el reconocimiento de responsabilidad del Estado. B) Disponer que el Estado costarricense es responsable por la violación de los derechos a la igualdad ante la ley y al trabajo, reconocidos en los artículos 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación del Estado de respetar los derechos sin discriminación, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Luis Fernando Guevara Díaz. C) El Estado costarricense es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Luis Fernando Guevara Díaz. D) El Estado es condenado a pagar USD $50 000, 00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de lucro cesante en favor del señor Guevara, por el tiempo que estuvo sin trabajar; USD $30 000.00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) para el señor Guevara por daño inmaterial y USD $20 000, 00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos[41].

39 *Ibid*, párrafo 7.

40 Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Op. cit*, párrafos 89 y 90.

Volver al Índice

Finalmente, de esta sentencia se derivan al menos cinco lecciones que el Estado costarricense debe acatar, las cuales fueron desarrolladas en este artículo y consistían básicamente en lo siguiente: existe una "protección reforzada", cuando se trata de una persona con discapacidad en el marco de concursos dentro del sector público; de la misma manera, el derecho al trabajo y, aun cuando sea en el sector público, tiene una protección en las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

No se debe privar a las personas con discapacidad de una plaza en concurso, si no existe una justificación objetiva y razonable. No debe existir relación de causalidad entre la prueba y el hecho generador de no otorgar una plaza a una persona con discapacidad, pues se evidencia el acto discriminatorio. Finalmente, el personal en el sector público debe ser capacitado y concientizado sobre los aspectos y derechos que atañen a este sector en general o de manera específica.

V.- BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

V.I.- Libros y artículos

Acosta, Paula Andrea. (Febrero de 2017). *Ius commune* interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo. En Von Bogdandy Armin; Morales Antoniazzi Mariela y Ferrer Mc Gregor Eduardo. *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión.* Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro. México-Max. Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. México. Primera edición.

Chacón Mata Alfonso. (Julio de 2012). Los principios propios aplicables a las relaciones de Empleo Público a la luz de las resoluciones de la Sala Constitucional. *Revista de Servicio Civil.* N.° 30. Dirección General de Servicio Civil. Ministerio de la Presidencia de Costa Rica.

Nieto Navia Rafael (edit.). (1997). *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* San José. Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición.

Odio Benito Elizabeth. (1990). La discriminación en el goce de los derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: Manual de Conferencias*. IIDH, San José. Primera edición.

Rodríguez Cepeda Jesús. (2014). Cultura, prejuicio y desigualdad de trato: un concepto político de discriminación. En González Placencia Luis; Morales Sánchez Julieta. *Derechos Humanos: Actualidad y desafíos*. Primera edición. Ciudad de México: Editorial Fontamara.

V.II.- Jurisprudencia

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y costas.* Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, n.° 425.

Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, n.° 205.

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C, n.° 239.

41 *Ibid*. Véase el acápite H de la sentencia relativo a "Cumplimiento de pagos" estipulado en los párrafos 114-119.

Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 22 de junio de 2022. Serie C, n.° 453.

Corte IDH. *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de noviembre de 2023.
Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 1147-90 de las 16:00 h del 21 de septiembre de 1990.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 2313-95 de las 16:18 h del 9 de mayo de 1995.

Convención Americana de Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

V.III. Legislación

Ley N.° 6227. Ley General de la Administración Pública del 2 de mayo de 1978.

Ley N.° 10 159. Ley Marco de Empleo Público del 8 de marzo de 2022.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 49 - 67, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JUZGADORAS

MSc. Daniel Jiménez Medrano[1]

RESUMEN

Esta investigación pretende desarrollar algunos enfoques relativos a la responsabilidad civil de las personas juzgadoras en su desempeño jurisdiccional. Para tales fines, se analizan los cambios sufridos en la legislación nacional, a raíz de la derogatoria del Código Procesal Civil de 1989, en aras de determinar la aplicabilidad actual, además de un estudio jurisprudencial y de derecho comparado.

Palabras claves: responsabilidad civil, función jurisdiccional, función administrativa, pérdida del chance, cuantificación.

ABSTRACT

This research aims to develop some approaches related to the civil liability of judges, in their jurisdictional performance. For these purposes, an analysis of comparative law and the changes suffered in national legislation is carried out, following the repeal of the Civil Procedure Code of 1989, in order to determine current applicability.

Keywords: civil liability, jurisdictional function, administrative function, loss of chance, quantification.

Recibido: 26 de agosto de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Es abogado especialista en derecho civil por la Escuela Judicial. Cuenta con una especialidad en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Es máster en Derecho Comercial por la Universidad Latina; doctorando en Derecho Comercial y Procesal Civil por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Es autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y docente universitario en la cátedra de juicios universales. Ha fungido como facilitador de la Escuela Judicial. Actualmente, es juez 4 civil. Correo electrónico: daniel_jm91@hotmail.com.

Volver al Índice

Sumaria: I.- Introducción. II.-Responsabilidad civil de las personas juzgadoras. III.-Enfoque nacional. IV.- Requisitos de la responsabilidad. V.- Prescripción-caducidad. VI.- Competencia. VII.- Determinación del daño y cuantificación. VIII.- Conclusiones. IX.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es uno de los temas de mayor estudio dentro de la materia civil. Sin embargo, tiene una gran cantidad de aristas por analizar. En las últimas décadas, se ha abordado de forma amplia la responsabilidad civil de las personas profesionales, pero sin que la función jurisdiccional fuera uno de los focos usuales de análisis.

En este sentido, es necesario explorar las propias particularidades que reviste el ejercicio de la función jurisdiccional, para concretizar los supuestos en que responderían civilmente, ya sea por sus actuaciones u omisiones judiciales o administrativas. Además, se hablará sobre otro tema sumamente trascendental, como lo es la determinación del daño y su valor indemnizatorio. Para tales efectos, se abordarán el apartado especial que regulaba dicho particular dentro Código Procesal Civil de 1989, así como los cambios introducidos por la actual normativa vigente.

Por otro lado, se estudiarán la responsabilidad de las personas juzgadoras y sus implicaciones respecto a los pilares trascendentales, como es el caso de la independencia judicial, la soberanía del propio Estado y su reflejo en la inalterabilidad de la cosa juzgada.

De igual manera, existe una dinámica interesante entre las actuaciones de las personas juzgadoras y de los y las profesionales en Derecho, donde se podría presentar varios escenarios de responsabilidad que valen la pena de que sean abordados.

Ahora bien, en la presente monografía, se plantearán temáticas sustantivas y procesales que resultan vitales para un entendimiento holístico de la problemática.

Todos estos temas serán presentados de igual manera bajo el manto del derecho comparado, así como a nivel jurisprudencial, en aras de dirimir todas las aristas citadas. Estos temas pretenden motivar la discusión jurídica respecto a otras vertientes de la responsabilidad civil, para promover investigaciones más profundas sobre el particular.

II.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JUZGADORAS

El análisis de la responsabilidad de las personas juzgadoras partirá de la premisa de que estos figuran como sujetos activos dentro de la dinámica jurisdiccional.

Cabe aclarar que las personas juzgadoras pueden responder tanto dentro del área penal, civil y administrativa. Ahora bien, lo anterior se aclara únicamente para efectos informativos, sin que sea el objeto principal de este trabajo, el cual se centrará dentro del campo civil.

Así, se requiere efectuar el planteamiento de las diferentes funciones que realizan las personas juzgadoras, quienes se emplean tanto en funciones jurisdiccionales, como en labores administrativas dentro de la dinámica de cada despacho, por lo que es importante ir sentando algunas premisas al respecto, de acuerdo con la responsabilidad estatal, como soberana de dicha potestad jurisdiccional.

Volver al Índice

Para efectuar dicho análisis, resulta oportuno remitirse a otras legislaciones internacionales para ir contextualizando el estado de la cuestión y, de esta manera, tener una mejor comprensión de la legislación nacional.

Para iniciar, se debe resaltar que España establece en el artículo 121 de su Constitución Política:

> *Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.*

Los autores Rivero & Rodríguez & Fernando (2020)[2], haciendo referencia a la legislación de España, indican que, con base en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la responsabilidad personal del juez ha quedado: *"[...] limitado el título de imputación de responsabilidad personal a infracciones legales dolosas e infracciones culposas graves (que incluirían la infracción legal manifiesta por negligencia o ignorancia inexcusable), quedando excluía los daños resultado de la culpa leve"*.

Sobre el particular, agregan (2020)[3]:

> *La práctica de tal régimen dio lugar a una muy restrictiva responsabilidad judicial, personal, entendiéndose simultáneamente que la ignorancia debía ser "tan extraordinaria y supina que sea totalmente incompatible con todo raciocino derivado de un sentimiento de rectitud" y entrañar una vulneración frontal de "preceptos claros y terminantes de la ley", que no dieran lugar a errores "disculpables" de concepto o interpretación, debiendo exigirse la violación de una "norma rígida", nunca una "flexible", respecto a la cual podría cometerse "todo lo más, un error judicial, pero nunca una negligencia o ignorancia inexcusables aparejadoras de actuación dolosa o culposa de quien interpretó la norma". Con tales expresiones, la escasa jurisprudencia recaída, parecía querer derivar hacia el error judicial y no hacia la responsabilidad personal del juez, los defectos de aplicación y de simple interpretación del derecho vigente.*

En otras latitudes, el desarrollo histórico ha sido distinto. En este sentido, el autor Rosado de Guiar (2000)[4], abordando la misma temática desde su experiencia en Brasil, señala que, desde 1940 y al momento de dicha publicación, año 2000, privó un principio de irresponsabilidad del Estado por actos de los jueces, salvo los casos en que el deber de indemnizar se encontraba regulado por ley. Dicho principio lo basó en la soberanía de la autoridad judicial, la fuerza de la cosa juzgada como una expresión de la verdad e instituto importante para la seguridad de las relaciones sociales, producto de la inmutabilidad de las decisiones judiciales al tener una relevancia social alta y, por último, la perturbación de la independencia del juez.

---

2 Rivero Ysern Enrique, Rodríguez Arana Jaime, Pablo Marcos Fernando. (2020). *Responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales en el Estado de derecho*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 28-29.

3 *Ibidem*, pp. 29.

4 Ghersi, Carlos & Kemelmajer de Carlucci, Aida, & Borda, Guillermo, & Milmaniene, José, & Álvarez Larrondo, Federico, &Cifuentes, Santos, & MOsset Iturraspe, Jorge, & Alegría, Héctor, & Puerta de Chacón, Alicia, & Nicolau, Noemi, & Galgano, Franceso, & Pigretti, Eduardo, & Olivar Jiménez, Martha, & Velázquez Moreno, Lucía, & Rosado de Guiar, Ruy, & Trigo Represas, Félix, & Vázquez Ferreyra, Roberto, & Sobrino, Augusto, & Siebeneichler de Andrade, Fabio, & Barbier, Eduardo, & Grosman, Cecilia, & Minyersky, Nelly, & Wagmaister, Adriana, & Amado, Marcelo, & Giarrizo, Beatriz, & Moreno, Lucía. (2000). *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación*. 2.a ed. Argentina: Editorial Hammurabi, pp. 291-292.

Volver al Índice

Sobre dicho particular, el Supremo Tribunal Federal ha estipulado que los jueces se sentirían paralíticos a cada paso en su función de decir el derecho o resolver las graves cuestiones administrativas que les son sometidas, por el temor de engendrar responsabilidad.

El autor Rosado (2000)[5] critica que, a su parecer, todos los actos del Estado están cubiertos de soberanía, y este es un poder limitado por el derecho y no solo por el derecho positivo, sino por el derecho en general, por justicia y por el bien común.

Respecto a la cosa juzgada, el autor Rosado de Aguiar (2000)[6] indica que el ordenamiento jurídico no puede convivir con la oposición inconciliable entre dos sentencias antagónicas e igualmente eficaces. Pero agrega que dicho impedimento desaparece con el menoscabo de la cosa juzgada, mediante la revisión de la sentencia. Además, considera que la cosa juzgada solo opera en algunos actos practicados por el juez, estando excluidas muchas resoluciones judiciales, tales como las decisiones interlocutorias, las sentencias de la jurisdicción voluntaria, etc.

En relación con la independencia judicial, el señor Rosado de Aguiar (2000)[7] señala que, para tales efectos, es fundamental garantizar la libertad de elección del contenido de la decisión y, por otra parte, imponer la obligación de motivar todas las decisiones jurisdiccionales, con lo que se evita el arbitrio del juez, dándole libertad de interpretación de las normas dentro del sistema.

En este sentido, se debe tener claridad que hoy en día sigue siendo un tema sumamente discutido e, incluso, las Naciones Unidas han apoyado la idea de eximir de responsabilidad a las personas juzgadoras en aras de proteger la independencia judicial.

Así, se deriva de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985:

> *16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.*

Además, Costa Rica no fue indiferente a la ajenidad del Estado como sujeto responsable. Se divisa del voto 451 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 9:50 del 4 de mayo de 2017:

> ***VI.*** *Esta Sala, hasta su sentencia no. 438 de las 15 horas 35 minutos del 30 de julio de 1999, siguió la línea de denegar los reclamos de responsabilidad objetiva del Estado por actividad jurisdiccional, con el criterio de que se carecía de un desarrollo legal que así lo estableciera, en los términos exigidos por el precepto 154 de la Constitución Política, de modo que para esos casos la responsabilidad Estatal, en ausencia de ley especial, seguía el sistema*

5 *Ibidem*, pp. 302-303.
6 *Ibidem*, p. 304.
7 *Ibidem*, p. 305.

Volver al Índice

subjetivo de responsabilidad, derivado del artículo 1045 del Código Civil. No obstante, a partir del voto no. 894-2000 de las 15 horas 32 minutos del 29 de noviembre de 2000, este asiento jurisdiccional modificó esa orientación a fin de atender el criterio expuesto por la Sala Constitucional, en sus votos no. 5981 de las 15 horas 51 minutos del 7 de noviembre de 1995, 3446-96 de las 15 horas 18 minutos del 9 de julio de 1996, y 5027-97 de las 16 horas 24 minutos del 27 de agosto de 1997, vinculantes en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Conforme a esos precedentes, la responsabilidad objetiva del Estado, por función jurisdiccional, provenía de la propia Constitución. Así las cosas, esto propició un reexamen de la cuestión, plasmado a partir del voto 894-2000, supra referido. Esa tesis se ha mantenido invariable desde hace 15 años, y se ha reiterado en una prolija cantidad de pronunciamientos. Así puede constatarse en los fallos de esta Sala no.463-2003 de las 9 horas 35 minutos del 6 de julio de 2003, 584 de las 10 horas 40 minutos del 1 de agosto de 2005, 74-2007 de las 10 horas 15 minutos del 2 de febrero de 2007, 1006 de las 8 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006, y 112 de las ocho horas 35 minutos del 2 de febrero de 2012, por citar sólo una pequeña muestra. Además, otra importante cantidad de precedentes, han puntualizado los componentes de esa responsabilidad objetiva. Así, pueden consultarse las sentencias no. 74 de las 10 horas 15 minutos del 2 de febrero de 2007, 211 de las 9 horas 30 minutos del 10 de marzo de 2009, y 654-F-S1-2008, de las 10 horas 45 minutos del 26 de setiembre de 2008. En ese último precedente, esta Sala señaló que la actividad judicial (no jurisdiccional), que es aquella desplegada por órganos auxiliares de instrucción e investigación, tales como el Organismo de Investigación Judicial, el Ministerio Público y la Defensa Pública, puede generar responsabilidad objetiva del Estado, en cuyo caso resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública. En esta última línea también puede consultarse una amplia cantidad de votos, dentro de los que cabe mencionar, entre otros, los siguientes; 783-F-S1-2013 de las 14 horas 35 minutos del 19 de junio, 1424-2013 del 24 de octubre, ambos de 2013, 236-F-2015 de las 9 horas del 19 de febrero de 2015 antes mencionado, o el 236 de las 9 horas del 19 de febrero de 2015. Las razones que sustentan esta línea de pensamiento, se encuentran expuestas, de manera prolija en esos precedentes, pero la línea medular que la función de administrar justicia, que corresponde al Poder Judicial, y a las dependencias que le han sido adheridas por ley, manifiesta no sólo la labor jurisdiccional propiamente dicha, cuyo régimen ya fue referido, sino también, una actividad administrativa de vertiente judicial, realizada a través de los órganos auxiliares de instrucción e investigación, y esta última se juzga a la luz de lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública, pues los reductos inmunes al control de legalidad y vale agregar, de responsabilidad, son inadmisibles en el Estado social y democrático de derecho.

De lo anterior se pueden inferir tres enfoques diferentes a nivel doctrinario: un primer enfoque que blinda de cualquier responsabilidad civil al Estado y a la persona juzgadora; un segundo enfoque que responsabiliza al Estado-juez, pero dotando de inmunidad a la persona juzgadora; y una tercera postura que responsabiliza al Estado-juez y a la persona juzgadora.

Considero que la tesis más acertada es la última de las citadas en el párrafo anterior, ya que no existe

Volver al Índice

una justificante para provocar dicha desigualdad de trato, respecto a las demás personas funcionarias públicas, donde indistintamente de que se labore en el ámbito ejecutivo, legislativo o judicial, de igual manera, tanto la persona funcionaria pública como el Estado deben responder en respuesta integral de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva-solidaria que se pregona a nivel nacional, y la persona afectada determinará a quién demanda, si solo a la persona funcionaria judicial, al Estado o a ambos. Claro está, en el supuesto de que la parte solo demande al Estado y que resulte condenado, este quedará habilitado a plantear la acción de regreso con la persona juzgadora, cuando exista al menos culpa grave.

III.- ENFOQUE NACIONAL

De forma preliminar y haciendo uso del derecho comparado, resultan valiosas algunas líneas argumentativas expresadas por el autor Llamas (2010)[8], quien establece que, en el ámbito de la Administración de Justicia, se engloban dos categorías: una sobre los perjuicios derivados de la deficiente prestación del servicio y que corresponde directamente al funcionamiento de la Administración de Justicia, como podría derivar de retrasos judiciales, extravío de documentos, entre otros, en cuyo caso, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad de la Administración pública; y otro ámbito corresponde al genuino error judicial.

Sobre este último particular señala que, en principio, aplican los criterios generales de toda responsabilidad civil profesional, pero agrega que no es así. Explica que la doctrina relacionada al error judicial se encuentra condicionada por una importante peculiaridad derivada de los efectos del principio de cosa juzgada. En este sentido, señala que el Tribunal Supremo español ha expresado que el error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia por lo que solo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hayan sido objeto de debate, sin que pueda traerse a debate conclusiones que no resulten lógicas dentro del esquema del proceso.

El citado autor considera que dicha doctrina comparte la idea de que la culpa debe ser analizada bajo un grado mayor de agravación de la culpa, siendo un error judicial aquellas acciones u omisiones judiciales que se acerquen a la culpa lata, el error judicial se refiera a equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la ley y el error de hecho se deba a una equivocación manifiesta sobre los hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente, y respecto al error de derecho, se refiere a la aplicación de normas inexistentes o entendidas de modo palmario, fuera de su alcance o sentido.

Debido a lo anterior, dicho autor considera que la responsabilidad civil no comprende los supuestos de un análisis de los hechos y sus pruebas, ni interpretaciones de las normas que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico. En Costa Rica, la responsabilidad de los jueces y las juezas se deriva del artículo 154 de la Constitución Política, el cual indica:

> *ARTÍCULO 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.*

8 Llamas Pombo, Eugenio. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid, España: Editorial La Ley. 1.a ed., p.125.

Volver al Índice

A su vez, resulta incuestionable que las personas juzgadoras pueden responder civilmente por su labor. En este sentido, resulta de interés el voto 19331 de la Sala Constitucional de las 10:49 del 9 de diciembre de 2015, el cual se refiere a la responsabilidad civil y a la independencia judicial de la siguiente manera:

> *El hecho de que el juzgador sea personalmente responsable, en determinados casos en que su actuación jurisdiccional cause daños, no implica menoscabo alguno al principio de independencia judicial, pues aquella responsabilidad debe darse bajo ciertas condiciones especialmente rigurosas. La independencia judicial implica el rechazo de toda injerencia externa -particularmente, aunque no exclusivamente, política- sobre la actividad jurisdiccional del juzgador, con el fin de asegurar que sus resoluciones no solo serán dictadas a derecho, sino que no será perseguido, de modo alguno, por sus criterios. Pero esto es muy distinto a afirmar que el juez es irresponsable por las faltas o infracciones que cometa en el ejercicio de su actividad o por los daños que cause con ello. Una cosa es que no quepa perseguirle por sus decisiones, cuando estas sean acordes con el derecho y representen el criterio del juez en determinada materia, y otra afirmar que no puede ser responsable en lo personal, aun cuando incurra en falta por dictar resoluciones con infracción a las leyes. El régimen de responsabilidad civil del juzgador, que contiene el Código Procesal Civil, mediante un proceso especial, debe entenderse dentro del límite objetivo que elijan las normas que lo sustentan. Pero, además, la responsabilidad civil del juez, en virtud del principio de independencia -que no asiste a otros funcionarios públicos-,exige que solo se dé en determinados y rigurosos supuestos. En primer lugar, la responsabilidad civil del juez es independiente del régimen disciplinario y de la responsabilidad penal, y tiene su fundamento, en el deber general de todo funcionario de responder en lo personal cuando, en ejercicio de su función, cause daños. El hecho de que el Estado pueda ser solidariamente responsable, no enerva la responsabilidad civil del juzgador, cuando su actuación cause daños y se haya producido en determinados supuestos específicos y rigurosos. Fuera de esas condiciones, el juez, precisamente, por gozar de independencia en el ejercicio de su función, no será responsable, a pesar de haber causado algún daño. La responsabilidad civil del juez, entonces, si bien es más restringida que la del resto de funcionarios públicos, no lo es al extremo de hacerlo inmune a toda responsabilidad por los daños que cause en el ejercicio de esa función. Se deben evitar, entonces, dos extremos; es decir, una responsabilidad civil del juzgador por cualquier daño que cause con su actuación, lo que violaría el principio de independencia del juzgador; y, la inmunidad a toda responsabilidad civil, sin importar los daños que se causen y las circunstancias en que estos se produjeron, ya que esta irresponsabilidad de un funcionario público -como lo es el juez- sería contrario al Derecho de la Constitución. En tanto la responsabilidad civil del juez se establezca únicamente en supuestos rigurosos, que excluyan la responsabilidad simplemente por diferir con su criterio, no se lesiona el principio de independencia, porque este no es un principio absoluto, sino que tiene determinados límites que están representados, precisamente, por aquellos casos en que el juzgador ha actuado con infracción a la ley, causado un daño; y, además, su actuación ha sido dolosa o con culpa grave, ya sea por ignorancia grave con respecto a las normas legales que son de aplicación*

Volver al Índice

> *en el caso concreto, o por desconocimiento inexcusable del propio caso. Con esto, se excluye el simple error judicial, ya que para que opere la responsabilidad civil del juez por los daños causados en el ejercicio de su función, es indispensable demostrar que actuó maliciosamente, con intención o ánimo de causar daño, o con desconocimiento grave e inexcusable de las normas legales o del conocimiento jurídico que le es exigible tener, aspectos que se deben valorar en cada caso concreto. Con ello, queda a salvo el principio de independencia del juez.*

Un aspecto normativo que se debe considerar es que anterior a la promulgación del vigente Código Procesal Civil, existía todo un desarrollo procesal y sustantivo de la responsabilidad civil de las personas juzgadoras en el Código Procesal Civil de 1989.

Partiendo de lo anterior, en el artículo 85, se establecía:

> *Cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones, infringieren las leyes, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquéllos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal.*

Dicha norma presenta elementos importantes, en primer lugar, establece un elemento de antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil y, por otro lado, desde un enfoque competencial, dichos procesos eran de conocimiento del superior en grado, lo cual obviamente provocaba toda una modificación en materia recursiva, según se desprende del numeral 93 de dicho cuerpo normativo.

Por su parte, el ordinal 87 establecía un plazo de caducidad de un año para interponer la acción, la cual debía interponerse una vez terminado por sentencia o auto firme. Al mismo tiempo, el numeral 88 le imponía como obligación a la víctima el haber ejercicio todos los recursos legales procedentes, como requisito para un posterior reclamo.

Ahora bien, uno de los aspectos que liberaban de responsabilidad a la persona juzgadora era el hecho de que el superior hubiera confirmado lo resuelto.

Todo lo anterior se veía reflejado en una serie de requisitos formales para interponer la demanda, los cuales consistían en:

> *ARTÍCULO 90.- Requisitos de la demanda.*
> *El autor, en el escrito de demanda de responsabilidad civil, deberá indicar:*
> *1) La sentencia o auto por el que se cree agraviado.*
> *2) Las actuaciones que en su concepto conduzcan a demostrar la infracción de la ley, trámite o solemnidad mandados observar por la misma ley bajo pena de nulidad; y que a su tiempo se entablaron los recursos o reclamaciones procedentes.*
> *3) La sentencia o auto firme que haya puesto término al proceso.*
> *4) Las demás pruebas que tenga y que no consten en la causa.*

Cumplidos dichos requisitos, se otorgaba un emplazamiento de ocho días a la contraparte, lo cual también resultaba curioso por cuanto ni el proceso sumario, el abreviado u ordinario de ese momento contenían un plazo similar.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Civil, dicha normativa quedó derogada y el nuevo Código Procesal Civil no contempla nada al respecto. Desde un punto de vista técnico, lo cierto del caso es que resultaba impropio que un código procedimental regulara

Volver al Índice

de forma sustantiva todo un régimen especial de responsabilidad civil de las personas juzgadoras.

Precisamente, la creación de un régimen diferenciado fue objeto de cuestionamientos a nivel constitucional, y por medio del voto 19331 de las 10:49 minutos del 9 de diciembre de 2015, la Sala Constitucional indicó:

> *La creación de un proceso especial para conocer la responsabilidad civil del juez, también tiene su razón en el hecho de que, si bien, el juez es un funcionario público, su régimen es diferente al de los demás funcionarios públicos, dada la función jurisdiccional que le asiste y el principio de independencia que le cubre, motivos suficientes y razonables para que el legislador, en materia de responsabilidad civil del juzgador, haya estatuido un procedimiento especial, con lo cual no se viola el Derecho de la Constitución, ni el contenido de los instrumentos internacionales que citan los consultantes en pro de sus tesis. De igual modo, definir si es solo al Estado al que debe exigirse responsabilidad cuando el juzgador ha actuado con culpa grave, y dejar su responsabilidad civil únicamente para los supuestos en que ha incurrido en una conducta delictiva por dolo, como lo plantean los consultantes, es un asunto propio de política legislativa y no de constitucionalidad, tema ajeno a la competencia de este Tribunal.*

Esto es importante porque, en un principio, muchas personas podrían interpretar que la responsabilidad de la persona juzgadora se encuentra regulada en la Ley General de la Administración Pública. Sin embargo, la Sala Constitucional, desde vieja data, fue clara al abordar dicha temática. En esa línea discursiva, señala el voto 5981 de la Sala Constitucional, dictado a las 15:51 minutos del 7 de noviembre de 1995:

> *[…] en relación con los artículos 11, 33, 41 y 154 constitucionales, y que resulta congruente con los principios del Estado Social de Derecho, precisamente con el de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, el de seguridad jurídica e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Esta responsabilidad se justifica por el hecho de que la función de juzgar es manifestación de un Poder, uno de los tres del Estado, lo cual implica su condición de servicio público, de organización de medios materiales y personales destinados a la satisfacción de la demanda social de justicia. En este sentido, en un Estado de Derecho, tanto la función administrativa como la jurisdiccional constituyen modos de ejecución de la ley, y su única distinción consiste en los efectos; a los tribunales de justicia les corresponde la comprobación de los hechos y del derecho mediante fallos que poseen una fuerza especial, el valor jurídico propio que se llama "cosa juzgada", en virtud de la cual no puede ser modificada, discutida, retirada, retractada, sino únicamente mediante los recursos establecidos en la ley; la decisión de la Administración no tiene esta fuerza de verdad legal que se le reconoce a la cosa juzgada. Debe tenerse en claro que son dos funciones distintas, ambas responden a fines distintos; mientras que la función administrativa está destinada a proveer a las necesidades de la colectividad, la función jurisdiccional tiene por fin consolidar el orden público con la solución de las diferencias y la sanción a las violaciones de la ley; pero que, por igual están sujetas al régimen de responsabilidad del Estado, por cuanto el daño causado por el ejercicio de cualquiera de estas funciones es imputable a un acto del Estado, y por lo tanto, susceptible de comprometer su responsabilidad. En virtud de lo dispuesto en los transcritos artículos 9 en relación con el 153 constitu-*

Volver al Índice

cionales, en consonancia con el principio general de que "todo aquel que causa un agravio debe repararlo", no podría eximirse de responsabilidad al Poder Judicial por el "error judicial" en el ejercicio de la función jurisdiccional. Cabe señalar que esta responsabilidad objetiva del Estado resulta complemento de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria a que está sujeto el juez, pues éstas no resultan suficientes para garantizar debidamente los intereses de los justiciables, que por las dificultades para su exigencia, convierten en una verdadera carrera de obstáculos la posible reclamación, y en la mayoría de los casos, deja al margen y sin protección aquellas situaciones en las que no es posible apreciar el dolo o culpa del juzgador. La responsabilidad debe provenir de una conducta dolosa o culposa del órgano jurisdiccional, constitutiva o no de delito (responsabilidad por falta). 2.) Por otra parte, el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado por "las resoluciones que dicten en los asuntos de su competencia" los jueces de la República corresponde desarrollarla a la ley -según lo dispuesto en el transcrito artículo 154 constitucional-, y es el inciso b.) del artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, la norma legislativa que expresamente señala la forma de hacer efectiva esa responsabilidad, ya que atribuye a esa jurisdicción el conocimiento.

"b.) De las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad patrimonial del Estado y demás entidades de la Administración Pública;[..]";

Nótese que en esta norma se utiliza se utiliza el término Estado en sentido amplio, comprendiendo con ello al Poder Judicial, como uno de los tres Poderes que lo conforman, tanto por la función administrativa como por la función jurisdiccional que realice.

VIo.- La normativa impugnada únicamente será de aplicación al Poder Judicial en el tanto realice función administrativa. La Ley General de la Administración Pública delimita el ámbito de su aplicación a la Administración Pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1(:

"[..] estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con una personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado."

En este sentido, la doctrina predominante, con acierto considera a la Administración Pública no desde el punto de vista material, subjetivo u objetivo, sino que la misma resulta caracterizada con base a la naturaleza interna del acto administrativo, con prescindencia de la índole del órgano o del agente productor; lo que hace definir una institución es la "substancia" de los actos respectivos, por lo cual, puede haber "administración no sólo en la actividad del Poder Ejecutivo, sino que también la hay en parte de la actividad del Legislativo y del Judicial; criterio adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa se aplica a:

"a.) El Poder Ejecutivo;

b.) Los Poders Legislativo y Judicial en cuanto realizan, excepcionalmente, función administrativa; y

c.) Las municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades del Derecho Público." (Artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.)

En este sentido, la Administración puede ser definida como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social (interés público) y de los individuos que lo integran. Esta función es distinta de la legislativa,

Volver al Índice

la cual supone siempre la creación de una regla de derecho de carácter general y abstracta o de control político; y de la judicial, que consiste en la resolución de conflictos y en la satisfacción de pretensiones, cuyo fin esencial es la tutela o defensa de los derechos subjetivos en aplicación de la ley, y el control de la legalidad de la función pública, función que es encomendada al Poder Judicial -conformada por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de justicia-.

VIIo.- De todo lo anterior, se deriva que la responsabilidad del Estado -Poder Judicial- por el ejercicio de la función jurisdiccional no puede regirse por las normas impugnadas, de donde resulta improcedente la impugnación de inconstitucionalidad de los artículos 190 y 201 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública por omitir incluir la responsabilidad del Poder Judicial por el ejercicio de la función jurisdiccional. por cuanto ella viene establecida y regulada en la propia Constitución Política, y para hacer efectivo su reclamo, debe acudirse a la vía contencioso-administrativa, de conformidad con las normas supra citadas; por lo que no existe la alegada inconstitucionalidad por omisión, procediendo en consecuencia, el rechazo por el fondo de la acción en cuanto a este punto se refiere.

De esta manera, se mantuvo jurisprudencialmente un criterio constante respecto a la inaplicabilidad de la Ley General de la Administración Pública, en lo que respecta a la responsabilidad civil de las personas juzgadoras. Ahora bien, dicha jurisprudencia podría ser objeto de cambios a futuro, producto de las modificaciones legales acontecidas con la vigencia del actual Código Procesal Civil, por lo que aconteció un cambio de premisas merecedoras de un nuevo examen.

IV.- REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD

Dichos autores Rivero, Rodríguez & Fernando (2020)[9] exponen los siguientes requisitos para acreditar la responsabilidad del personal judicial:

1- Infracción a la ley: se requiere de una norma rígida que no admita posibilidad de interpretación o pluralidad de criterios aplicativos cuando se trate de derecho sustantivo. Respecto a normas procesales, la regla es que la norma violada debe contener una solemnidad mandada a observar bajo pena de nulidad.

2- Infracción manifiesta: lo cual excluye la mayor parte de los supuestos en los que se utilizan datos de hecho o de derecho dudosos o no ciertos y admitidos expresamente, para incluir poco más que las contradicciones patentemente manifiestas, expresadas en el propio juicio de hecho y de derecho formulado por el juzgador; o que, alegados formalmente por la parte, hayan sido ignorados, omitidos por aquel.

3- La infracción debe ser fruto no de cualquier comportamiento, sino de una culpa o dolo inequívoco.

En Costa Rica, este tema ha sido mayoritariamente abordado por la jurisprudencia nacional. Bajo dicha línea, resulta interesante lo reseñado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto 193 de las 9 horas 12 minutos del 3 de febrero de 2022:

9 Rivero Ysern Enrique et alt. (2020). *Responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales en el Estado de derecho*. España, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 30-31.

Volver al Índice

Aunado a lo anterior, lo resuelto dista mucho de caer en lo que se ha establecido como un "error judicial". No es cualquier infracción la que hace surgir la responsabilidad civil del juzgador, pues ello atentaría contra la necesaria independencia del juez, sino que debe darse como presupuesto el dolo, la culpa grave, el actuar con malicia, el ánimo de perjudicar, o bien proceder con ignorancia grave respecto de las normas legales aplicables al caso concreto. Lo anterior ha sido desarrollado desde vieja data por la antigua Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular, en el voto de las 10:45 horas, del 29 de noviembre de 1938, dio cuenta de la improcedencia de la responsabilidad civil, cuando se hace descansar en supuestos errores "in iudicando", por incorrecta interpretación y aplicación de las leyes, su preterición o bien la mala interpretación de los hechos debatidos, con incidencia en la aplicación de aquellas. En el mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia desarrolló en los votos no. 321 de las 8 horas 50 minutos del 4 de julio de 2003, y no. 9:00 horas del 2 de mayo de 1990: "[..] de lo que se trata es del campo de acción del juez, cuyo producto es siempre la síntesis de una labor de interpretación de los hechos debatidos y de las normas que gobiernan el caso, tanto en su letra como en su espíritu, de manera que por tratarse de una labor intelectual dirigida a desentrañar sentidos que pueden ser diversos según se valoren los principios de interpretación de los hechos y de las normas y porque nadie puede reputarse en semejante campo dueño de la verdad absoluta, resulta de esencia para el sistema reconocer un margen razonable de discrecionalidad. Es contrario al interés público de una administración de justicia libre permitir la revisión de las cuestiones decididas en procesos contra los jueces para resarcirse de ellos lo que se perdió con el otro litigante, porque por la sola posibilidad de que a consecuencia del sistema otro funcionario pueda interpretar las situaciones y las normas de manera diferente como ocurre frecuentemente, no habría una administración de justicia verdaderamente libre y posiblemente no la habría del todo [..] La expresión "infringieren las leyes", tomada en su tenor literal induce a los litigantes a creer que pueden echar mano al recurso de responsabilidad para resarcirse de las pérdidas sufridas, cada vez que, según su modo de pensar, el juez no ha hecho una correcta aplicación de las leyes, o ha incurrido en una mala interpretación, o ha dejado de aplicar los preceptos legales que rigen el caso decidido. Si hubiera de entenderse el artículo 224 citado (Se refiere el antecedente al artículo 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de promulgarse el Código Procesal Civil) resultaría que la demanda de responsabilidad civil no sería otra cosa que un recurso de revisión de lo resuelto, semejante al recurso ordinario de apelación o al extraordinario de casación. Y tendríamos entonces que cada vez que el Superior fuera de criterio distinto al del juez, ya en la interpretación o en la aplicación de las leyes, o bien en la apreciación de las actuaciones y pruebas del juicio, se daría el caso de responsabilidad civil, quedando así a la parte perdidosa abierto el camino para recuperar del juez lo que hubiera tenido que pagar en virtud de resolución basa (sic) en autoridad de cosa juzgada. Tal inteligencia no puede ser más absurda, pues conduciría a una continua revisión de los fallos definitivos y a una frecuente condenatoria contra los jueces, al punto de que nadie querría desempeñar esas funciones. La doctrina corriente en esta materia es la de que la responsabilidad civil no puede

Volver al Índice

prosperar, sino en el caso de dolo o culpa grave del Juez. Es necesario que haya en el funcionario malicia que lo haya llevado a perjudicar a la parte perdidosa, o una ignorancia tan grande de las normas básicas del derecho o un estudio tan evidente en el estudio general del pleito, que hagan imposible toda excusa en el proceder del Juez. Nuestra legislación admite la responsabilidad en términos generales, pero es natural que, de acuerdo con la doctrina, está supeditada a los casos de dolo o culpa grave [..]". En suma, en criterio de esta Cámara, no se aprecia la violación a la cosa juzgada por las razones indicadas líneas antes, a lo que se aúna que la responsabilidad del juez no procede en aquellos casos en que no se haya actuado con dolo o culpa grave, con la intención de perjudicar, lo cual claramente no se ha acreditado en este proceso, y tampoco puede prosperar cuando quien lo promueve lo haga solo porque no está de acuerdo con la fundamentación de hecho y de derecho de los jueces, que es lo que se observa ocurre en este caso.

Si bien es cierto, el antiguo Código Procesal Civil no establecía la culpa grave o dolo para determinar la responsabilidad de la persona juzgadora en su labor jurisdiccional. También es cierto que, por la peculiaridad y naturaleza de la función jurisdiccional, ha sido conteste exigir dicho requerimiento para la procedencia de la responsabilidad, en lugar de la simple culpa, por lo que dicha función no puede ser medida bajo las reglas ordinarias de la responsabilidad profesional.

Además, sería un contrasentido que la responsabilidad de la persona funcionaria pública en general partiera del requerimiento de dolo y culpa grave, conforme al artículo 199 de la Ley de Administración Pública, mientras que, en una función tan delicada como lo es el ejercicio jurisdiccional, se tuviera a la persona juzgadora como responsable por la mera culpa de su actuar u omisión, situándola en una posición desventajosa para el ejercicio de su cargo.

Abordado lo anterior, cabe cuestionarse si aún persisten algunos de los requisitos que establecía el antiguo Código Procesal Civil, como el caso de que se hayan ejercido los recursos legales o, bien, se haya esperado hasta que el proceso contara con sentencia.

Respecto al requisito de haber ejercido los recursos legales, hoy en día no existe norma alguna que lo establezca. Sin embargo, vale preguntarse por el efecto que este tiene dentro de la estructura de la responsabilidad civil.

En este sentido, considero que haber agotado los recursos de impugnación contra la resolución o actuación judicial no es un requisito indispensable de la responsabilidad civil. Pero sí pueden existir supuestos que rompan el nexo causal, debiéndose efectuar un análisis casuístico.

En este sentido, si la parte cuenta con patrocinio letrado y esta no ejerció los medios de impugnación en tiempo, el o la responsable del daño termina siendo la persona que fungió en la dirección del proceso por un tema de nexo causal, mientras que, si la parte actuó judicialmente sin patrocinio alguno, y esta no ejerció los recursos respectivos, se podría considerar la existencia de una culpa concurrente, al no podérsele exigir a la persona usuaria promedio de la justicia un conocimiento técnico propio de la rama del derecho.

Nótese que este último supuesto podría contar con variables, por ejemplo, si la persona usuaria, pudiendo contratar a un o una profesional en Derecho, no lo hizo o decidió declinar de la defensa pública para actuar por su propia cuenta en aquellos procesos que así lo permitían, es culpa de la parte haberse puesto en esa condición

Volver al Índice

desventajosa, por ser iletrada en derecho. También hay que destacar que, en esos casos cuando la parte actúa sin patrocinio letrado, es vital que la persona juzgadora informe del derecho a recurrir, lo cual disminuiría su margen de responsabilidad. En relación con la necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia para plantear la demanda por responsabilidad civil, considero que lo anterior no siempre será un requisito y dependerá de cada caso en concreto, ya que, en ocasiones, el daño no se verá materializado hasta que se tenga conocimiento de la resolución final en firme, mientras que a veces esto puede resultar indiferente. Por ejemplo, si una persona juzgadora resolvió medidas cautelares con evidente y manifiesto yerro, no resulta necesario esperar al dictado de la sentencia para que el daño se materialice, ya que mientras las medidas cautelares surtan efectos, es evidente que causa un daño a la parte.

Por otro lado, debería aplicarse de igual manera la exoneración de responsabilidad para la jueza o el juez de primera instancia, ante la confirmación de la resolución recurrida por parte del órgano de alzada, ya que su génesis se reviste en el nexo causal donde el órgano superior es el encargado de confirmar, revocar, casar o anular lo resuelto por el órgano de primera instancia, por lo que este asumiría la responsabilidad de las decisiones judiciales adoptadas en segunda instancia.

V.- PRESCRIPCIÓN-CADUCIDAD

Si bien, con el Código Procesal Civil de 1989, se contaba con un plazo corto para efectuar el reclamo de responsabilidad, el cual era de un año bajo pena de caducidad, lo cierto del caso es que no existe norma vigente de similares características.

En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial estipula en el artículo 24:

> *La extinción de la que se habla en el artículo 21 se refiere únicamente a la garantía, pues la acción de responsabilidad contra el funcionario se rige por los términos ordinarios de la prescripción.*

Partiendo de lo anterior, los votos que se citaron y en los cuales se abordó la constitucionalidad de un régimen diferenciado de prescripción y caducidad en la responsabilidad civil de las personas funcionarias públicas quedan sin aplicación para los hechos suscitados a partir de la entrada en vigor del actual Código Procesal Civil.

Así, se debe aplicar por analogía la normativa que guarde mayor identidad de razón, por lo que la prescripción debe ser de cuatro años de conformidad con los dispuesto por la Ley General de Administración Pública, para la responsabilidad de las personas funcionarias públicas por actos administrativos.

De lo contrario, el otro plazo eventualmente aplicable sería 10 años, el ordinario del Código Civil. Sin embargo, sería un contrasentido que no solo las personas juzgadoras, sino también el Estado tuvieran un plazo tan extenso, cuando la norma más similar en su naturaleza contempla un plazo de cuatro años por temas de responsabilidad administrativa. Además, cabe destacar que la génesis del Código Civil tiene que ver con actuaciones de sujetos dentro del ámbito privado, por lo que no guarda identidad de razón.

VI.- COMPETENCIA

Otro de los aspectos que han variado con la derogatoria del Código citado tiene que ver con el aspecto competencial. La regla consistía en que el superior en grado era el responsable de tramitar la demanda por responsabilidad civil.

Hoy en día, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el numeral 55:

- *La Sala Segunda conocerá:*

> *[…] 3.- De las demandas de responsabilidad civil contra los jueces integrantes de los tribunales colegiados de cualquier materia, excepto los de trabajo de menor cuantía. […].*

Dicha norma guarda una lógica similar a lo estipulado en el derogado Código Procesal Civil, en el sentido de que un órgano superior es el encargado de conocer la demanda de los tribunales colegiados, ya sean jueces o juezas de tribunal de primera instancia o de apelación.

Solucionado lo anterior, surge la pregunta: ¿cuál es el juzgado o el tribunal competente para conocer de los procesos de responsabilidad civil de los juzgados de primera instancia?

De forma preliminar, la respuesta se simplifica en caso de que la demanda contemple una pretensión de condena solidaria al Estado juez, en cuyo caso, no existe debate alguno competencial, al corresponderle a la vía contenciosa-administrativa.

La temática toma un matiz distinto, en caso de que la demanda se dirija exclusivamente en contra de la persona juzgadora. Al no existir norma expresa sobre dicho supuesto, considero que, con base en el artículo 2, inciso b) del Código Procesal Contencioso Administrativo, dicha jurisdicción debe ser la encargada de conocer de este tipo de procesos para el supuesto reseñado.

No cabe duda de que, tanto en su función administrativa como jurisdiccional, la persona juzgadora está actuando como funcionaria pública, con base en la investidura estatal, en uso de sus facultades jurisdiccionales. Incluso, en principio, la normativa sustantiva por aplicar de forma directa o analógica le corresponde a la Ley General de Administración Pública, por lo que estos conflictos deben ser propios de la materia contenciosa-administrativa.

VII.- DETERMINACIÓN DEL DAÑO Y CUANTIFICACIÓN

En caso de que se determine la responsabilidad civil de la persona juzgadora, cabe cuestionarse cuál daño se resarce y cuál sería la cuantificación. Sobre dicho particular, considero que el análisis debe ser casuístico, pero que, en muchos casos, va a pasar por el campo de la pérdida del chance, cuando lo cuestionable tiene que ver con la posibilidad que tenía la persona usuaria de la justicia, de haber obtenido una sentencia favorable a sus intereses, lo anterior sin desconocer que podrían existir muchos otros supuestos.

El autor nacional Torrealba (2011)[10] define la pérdida del chance: "como la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable". Por otro lado, en la resolución 1095 de las 9 horas 35 minutos del 20 de octubre de 2016, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia estableció:

Tal argumentación implica lo que la doctrina moderna denomina "teoría de la pérdida de la oportunidad" o "pérdida del chance"; respecto de la cual, esta Cámara ha indicado:

> *"A nivel doctrinal, se afirma que dicho postulado se origina a partir de una conducta ilícita que tiene como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación de ventaja futura, respecto del cual, se determina un umbral de probabilidad mayor que el de la*

10 Torrealba Navas, Federico. (2011). *Responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 695.

Volver al Índice

> *mera expectativa, en donde se indemniza a aquél sujeto de derecho que ve cercenado, de su esfera jurídica, una oportunidad de recibir una ventaja patrimonial, caracterizada por un alto grado de certeza en cuanto a su materialización. En este sentido, los autores indican que la causalidad debe ser valorada a partir de la existencia de una oportunidad real, y no como un mecanismo mediante el cual se impute la pérdida de un beneficio patrimonial dejado de percibir, por lo que la eventual indemnización corresponde a la cuantificación del "chance" perdido. Al margen de la posición que pueda tener esta Sala sobre la procedencia de esta figura en el ordenamiento jurídico costarricense, lo cierto del caso es que el afectado no ha comprobado la existencia de una oportunidad, una situación de ventaja, real, que haya sido frustrada como consecuencia de una actuación ilegítima, aspecto sobre el cual el proceso se encuentra ayuno de pruebas. (Sentencia número 371 de las 11 horas del 16 de abril de 2009. En igual sentido, puede consultarse el fallo número 1040 de las 8 horas 40 minutos del 14 de agosto de 2013).*

Dentro de esta misma dinámica, el autor Ferrer (2016)[11]manifiesta:

> *Consultando la doctrina jurisprudencial respecto la pérdida de oportunidad contemplado como un daño patrimonial, se ha dicho que "el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica para realizarlas. (SSTS del 5 de junio de 2013 [RJ 2013/4970]; de 24 de abril de 2015 [RJ 2015/2388].*

Teniendo las premisas de lo que se debe entender por pérdida del chance, el siguiente cuestionamiento que surge se centra en la determinación del *quantum*. Respecto al alcance de la reparación, Sobrino (2000)[12] expresa que el profesional no debe responder frente a su cliente por el monto reclamado en la demanda, y explica tres motivos:

1. Las sumas reclamadas en una demanda, en muchas ocasiones, son mayores al que las partes pueden legalmente recibir.
2. La responsabilidad queda ligada al vínculo causal, por lo que solo debe indemnizar de acuerdo con la pérdida del chance sufrida, analizando los chances que haya tenido el actor de triunfar, y los montos que hayan prosperado en sentencia. Señala que, como no se puede tener certeza de que hayan tenido victoria en el juicio, solo se puede indemnizar la pérdida del chance.
3. Circunscribe la tercera limitación a la posibilidad concreta y efectiva que tenía el actor de cobrar los montos de la hipotética sentencia al demandado originario, por cuanto muchas sentencias no se pueden hacer efectivas por las condiciones del demandado.

11 Ferrrer Moreno Sara. (2016). *Responsabilidad civil del abogado y procurador*. Tesis. Universidad de Girona, España, p. 32. Consultada en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/14087/Ferrer_Moreno.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y, el 27 de marzo de 2024.

12 Ghersi, Carlos & Kemelmajer de Carlucci, Aida. (2000). *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación.* 2.a ed. Argentina: Editorial Hammurabi, p. 373.

Volver al Índice

Por este motivo, el autor Sobrino (2000)[13] señala que el límite de la responsabilidad está sujeto a una doble alternativa del chance, como sería obtener una sentencia favorable y tener la posibilidad de cobrar la suma condenada, por lo que, a su parecer, si el demandado no tenía bienes con que responder, el chance sería nulo y, por ende, no habría condena al profesional.

Según expresa Torrealba (2011)[14], los requisitos para la pérdida del chance son: 1- Un aspecto cierto: la preexistencia de una oportunidad objetiva y sería. 2- Un aspecto incierto: la preexistencia de un alea. Precisamente, dicho autor expone que, para calcularla, se debe en un primer término, calcular el daño y/o perjuicio total para después descontar el componente aleatorio, por lo que el factor aleatorio se excluye de la indemnización[15]. Precisamente, abordando la temática de interés respecto a la cuantificación, resulta válida la jurisprudencia emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se puede consultar el voto 1095 emitido el 20 de octubre de 2016 a las 9 horas 35 minutos, el cual indica en lo que interesa:

> *XI. En cuanto a su cuantificación, en la susodicha sentencia no. 478 de las 14 horas 30 minutos del 12 de abril de 2012, esta Cámara señaló: "VI.- De lo anterior queda claro que se produjo una conducta administrativa antijurídica por parte del […] , que generó a su vez, daños y perjuicios a la parte actora, en la medida en que se violentaron tanto sus derechos subjetivos (elegibilidad dentro de una lista con posicionamientos determinados) como sus intereses legítimos reforzados (suscripción del contrato final contra el cumplimiento de unos requisitos y condiciones dentro de un plazo definido). Alcanzada la primera etapa, se vio frustrada la concreción final del contrato, no por causas propias de la accionante ni por circunstancias exógenas a las partes, sino por la conducta jurídicamente reprochable de la Institución demandada. Hubo en consecuencia, una lesión a un estatus jurídico cierto (o primario), que repercutió en la afectación del segundo grado pretendido, es decir, en una pérdida de la ventaja final, que si no segura, era de suyo probable, tanto así, que para enero de 1996, la actora presentó el resto de los requisitos faltantes dentro del plazo preestablecido por la propia Administración, la que a su vez, los tuvo por cumplimentados. A esa altura, ya el 15% de cobertura máxima se había alcanzado, circunstancia impeditiva que fue propiciada por la actuación ilegítima del ente demandado. En este sentido, considera esta Sala que hay cabida para una indemnización de la lesión patrimonial originada a partir de una conducta ilícita, que tuvo como consecuencia la afectación de una posibilidad, real y seria, de obtener un beneficio o situación futura de ventaja, acentada no en una mera probabilidad, una hipótesis o un mero riesgo, como quedó dicho, sino en una afianzada probabilidad, en un alto grado de certeza para la materialización del contrato final de suministro de energía. Sin embargo, esa real y efectiva lesión patrimonial que se ocasionó a la parte actora con esta frustrada oportunidad, no equivale, ni puede equipararse, con la plenitud de la contraprestación que hubiera obtenido en el supuesto de la ejecución plena del contrato no firmado, ni la utilidad que le pudo generar la relación*

13 *Ibidem*, p.375.
14 Torrealba Navas, Federico. (2011). *Responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 698-700
15 *Ibidem*, p. 746.

Volver al Índice

contractual impedida. Esto, como es obvio, implicaría un enriquecimiento injusto e ilícito de la petente, pues, sin haber entregado energía alguna, obtendría todos los beneficios derivados del contrato. En estos supuestos, la indemnización justa por lo que no nació o se frustró, no es equivalente a la prestación cabal y plena establecida en el contrato. Los daños y perjuicios no son sinónimo aquí de la prestación original pactada, o como en este caso, de la que se hubiere alcanzado. Se trata de reparar patrimonialmente por la lesión primaria o inicial (pérdida de una oportunidad), pero no por los perjuicios o daños de aquella circunstancia final fáctico-jurídica que no se logró alcanzar. Podrían, allí sí, tomarse en consideración los probables factores económicos de la situación última, para utilizarlos como uno de los parámetros prudenciales al momento de establecer el monto de la condena. De esta manera, para su fijación en supuestos como este, habrá de acudirse a la razonable, comedida, prudencial y objetiva discrecionalidad jurisdiccional, en la que, como se hará en este caso, se pondere la relevancia de las circunstancias para las partes; el grado de certidumbre para alcanzar el resultado o ventaja final; las condiciones del perjudicado o víctima; la concurrencia de eventuales beneficiarios; cuando medie convenio, el monto de aquella oportunidad perdida; etc. […].

Si bien el suscrito secunda los aspectos que deben considerarse para determinar la existencia de la pérdida del chance, su fijación no deja de ser controvertida, y es ahí donde la persona juzgadora debe efectuar una debida labor argumentativa para fijar la cuantificación.

VIII.- CONCLUSIONES

Aunque la responsabilidad civil es sumamente estudiada, sigue teniendo aristas que requieren de un mayor análisis, como es el caso de la responsabilidad civil de las personas juzgadoras, quienes desempeñan labores *sui generis* que requieren de un análisis diferenciado.

A nivel nacional, hay poca doctrina y jurisprudencia que abordan dicha temática, lo cual dificulta definir un perfil de abordaje a nivel nacional, sobre todo, tomando en cuenta los últimos cambios legales.

No obstante, existen algunos aspectos incuestionables, como es el caso de que las personas juzgadoras deben responder civilmente por los daños que causen, sin que sea oponible como causal de exoneración la cosa juzgada o la independencia judicial. Además, no hay duda de que se requiere demostrar al menos la existencia de culpa grave por parte de la persona juzgadora, y que el mero error judicial no da pie a un aspecto indemnizatorio.

Ahora bien, considero que, ante los cambios normativos citados, se debe concluir que el plazo de prescripción aplicable a este caso sería el genérico de la Ley General de la Administración Pública. También considero que no es un requisito inexorable el hecho de que el proceso cuente con sentencia en firme, ni que se hayan agotado los medios impugnaticios contra la resolución o actuación generadora del daño.

Sin embargo, se deben analizar los casos en los que la supuesta víctima no recurrió la resolución judicial, ya que podría ser responsabilidad del o de la profesional en Derecho que dirige el caso o, bien, se podría hablar de una culpa concurrente de la parte y la persona juzgadora.

Volver al Índice

En otro orden de ideas, la determinación del daño y su respectiva cuantificación representan un reto cuando se enmarcan en la pérdida del chance, siendo responsabilidad de la víctima demostrar su grado de probabilidad y su cuantificación proporcional.

Por último, ya sea la responsabilidad derivada de funciones administrativas o jurisdiccionales, indistintamente de que el Estado figure como demandado, dichos procesos deben ser competencia de los tribunales contenciosos-administrativos.

XI.- BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Ferrer Moreno Sara. (2016). *Responsabilidad civil del abogado y procurador.* Tesis. Universidad de Girona, España, p. 26. Consultada en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/14087/Ferrer_Moreno.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y, el 27 de marzo de 2024.

Ghersi, Carlos, & Kemelmajer de Carlucci, Aida & Borda, Guillermo, & Milmaniene, José, & Álvarez Larrondo, Federico, &Cifuentes, Santos, & Mosset Iturraspe, Jorge, & Alegría, Héctor, & Puerta de Chacón, Alicia, & Nicolau, Noemi, & Galgano, Franceso, & Pigretti, Eduardo, & Olivar Jiménez, Martha, & Velázquez Moreno, Lucía, & Rosado de Guiar, Ruy, & Trigo Represas, Félix, & Vázquez Ferreyra, Roberto, & Sobrino, Augusto, & Siebeneichler de Andrade, Fabio, & Barbier, Eduardo, & Grosman, Cecilia, & Minyersky, Nelly, & Wagmaister, Adriana, & Amado, Marcelo, & Giarrizo, Beatriz, & Moreno, Lucía. (2000). *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación*. 2.ª ed. Argentina: Editorial Hammurabi.

Llamas Pombo, Eugenio. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid, España: Editorial La Ley. 1.ª ed.

Torrealba Navas, Federico, (2011). *Responsabilidad civil*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Rivero Ysern, Enrique; Rodríguez Arana, Jaime; Pablo Marcos, Fernando. (2020). *Responsabilidad de jueces, magistrados y fiscales en el Estado de derecho*. España, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Legislación

Código Civil de Costa Rica, Ley 63.

Código Procesal Civil de Costa Rica de 1989, Ley 7130.

Código Procesal Civil de Costa Rica de 2018.

Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, Ley 8508.

Constitución Política de Costa Rica de 1949.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, Ley 6227.

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, Ley 8.

Jurisprudencia

Sala Constitucional, voto 5981 de las 15 horas 51 minutos del 7 de noviembre de 1995.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 1095 de las 9 horas 35 minutos del 20 de octubre de 2016.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 451 de las 9:50 del 4 de mayo de 2017.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 193 de las 9 horas 12 minutos del 3 de febrero de 2022.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 69 - 87, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO: DIEZ APORTES PARA EL ANTEPROYECTO DE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL PARA COSTA RICA[1]

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas[2]

RESUMEN

Este trabajo proyecta una serie de potenciales aportes para un nuevo Código Civil de Costa Rica. Parte de algunos tópicos relevantes que presenta la experiencia normativa del derecho comparado y que podrían ser receptados en el anteproyecto en desarrollo. La propuesta es meramente enunciativa y, más que agotar las aristas del cambio, lo que pretende es denotar algunas ejemplificaciones de institutos que podrían ser implementados en el texto positivo dadas las falencias y, en su caso, las omisiones que presenta nuestro sistema vigente de derecho privado patrimonial.

Palabras claves: anteproyecto del Código Civil, reforma legislativa, derechos reales, derecho de daños, obligaciones, contratos.

ABSTRACT

The work projects a series of potential contributions for a new Civil Code for Costa Rica. It is based on some relevant topics presented by the normative experience of comparative law and that could be included in the draft under development. The proposal is merely illustrative and rather than exhausting the edges of the change, what it intends is to denote some examples of institutes that could be implemented in the positive text given the shortcomings and, where appropriate, omissions that our current system of private property law presents.

Keywords:preliminary draft of the Civil Code, legislative reform, property rights, damage law, obligations, contracts.

Recibido: 18 de setiembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Este trabajo está dedicado a la Comisión Especial para la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Civil y Comercial de Costa Rica que sea conformada por la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, mediante acuerdo número 2024-17-032, tomado en la sesión ordinaria 17-24, celebrada el 7 de mayo de 2024. Tal comisión se encuentra integrada por personas juristas altamente calificadas a quienes agradezco la invitación para poder colaborar con algunas modestas reflexiones en procura de la magna tarea que supone una nueva codificación del derecho privado para nuestro país.

2 Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, máster en Administración de Justica Enfoque Socio-Jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Actualmente, labora como juez 5 de Apelación Civil. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

Volver al Índice

SUMARIO: I.- Introducción. **II.-** Diez aportes de la experiencia del derecho comparado. **II.A.-** La constitucionalización del derecho privado: en particular el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. **II.B.-** La superación de los tintes conflictivos de ciertos derechos y acciones reales: el caso de la usucapión. **II.C.-** La mutación del derecho de retención: determinación de su naturaleza jurídica y posible trasformación de excepción a instituto general. **II.D.-** La unificación de las garantías reales: coherencia normativa y sinceramiento de nuevas posibilidades regulatorias. **II.E.-** La actualización del marco regulatorio de la cláusula penal: corrección teórica y seguridad jurídica. **II.F.-** La potencialización de los daños extrapatrimoniales: nuevas aristas para la expansión jurisprudencial. **II.G.-** La necesaria modificación denominativa del "buen padre de familia": el lenguaje y los límites del derecho. **II.H.-** La inclusión de nuevas figuras contractuales en procura de la seguridad jurídica: tipicidad contractual y el auge de los contratos de consumo. **II.I.-** La potencial inclusión de supuestos normativos que habiliten los reclamos por responsabilidad civil colectiva, anónima y/o por sujeto indeterminado de grupo. **III.-** Conclusiones. **IV.-** Fuentes de consulta.

I.- INTRODUCCIÓN

No solamente de validez formal puede vivir el derecho. La legitimidad del discurso del jurista resulta imprescindible para garantizar convicción y paz social. Los Códigos Civil (1888) y de Comercio (1964) responden a las exigencias de una época socioeconómica en muchos aspectos ya superada, pues resulta evidente que las necesidades y la idiosincrasia costarricenses no son las mismas que las del siglo XIX.

La palpitante cardíaca romana nos devela la importancia del cambio pues: "No puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores". (Juliano citado por Espitia, 2012, p. 35). No obstante, muchas personas son capaces de "rasgarse las vestiduras" cuando se introyectan posibilidades de reforma a los veteranos *corpus* sustantivos.

Con todo, el advenimiento del constitucionalismo, el control de convencionalidad, el paradigma progresivo de los derechos humanos, por un lado, y las nuevas tecnologías, masificación del consumo y vertiginosidad de las redes mercantiles, por otro, han impactado en el sustrato teórico del derecho privado patrimonial, lo cual supone que las mismas concepciones interpretativas derivadas del derecho civil tradicional hayan venido evolucionando en procura de la necesaria adaptación del texto positivo a la nueva realidad material imperante.

El derecho privado patrimonial no puede vivir encerrado en una burbuja atemporal. La justicia civilista requiere "tener puestos los pies en la tierra" para prestar su juicio a las exigencias sociales que dimanan de la interacción cotidiana. Por tal razón "aquel que narre el derecho privado, será hijo de su tiempo" (Alpa, 2017, p. 27), lo cual exige la revisión constante de los preceptos clave en aras de verificar su legitimidad sustancial frente a las personas destinatarias de sus efectos.

Las nuevas generaciones que conformarán a Costa Rica en las próximas décadas merecen una codificación actualizada. ¿El texto vigente será idóneo para la población del 2040 o el 2080? Es factible que acusen nuestras ideas como "heterodoxas" o "herejías jurídicas", pero la convicción en la necesidad de una mejora nos impulsa de seguido a presentar las siguientes propuestas.

Volver al Índice

II.- DIEZ APORTES DESDE LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

Se ha dado un recorrido por diferentes latitudes. Sin pretender ninguna gota de exhaustividad y con un ánimo medularmente enunciativo, en las siguientes páginas, se mostrarán algunas posibilidades regulatorias provenientes medularmente de Argentina, España, Colombia, Alemania, Francia y otras naciones, sin esquivar la referencia puntual de algunas leyes modelos de organismos internacionales.

Se solicita *paciencia* a la amable persona lectora para que pueda culminar el listado de propuestas. Es natural y hasta deseable que algunas nociones causen molestia y hasta desazón. De eso se trata. El diálogo sincero, la discusión responsable y la contradicción de las ideas deben generar las mejores síntesis en procura no de vencer, sino de convencer acerca de la necesidad que supone un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica.

II.A.- La constitucionalización del derecho privado: en particular el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales

En las corrientes del derecho comparado, se ha venido trasformando la tradicional visión discursiva kelseniana asociada con las fuentes del ordenamiento jurídico. La nueva codificación civil y mercantil requiere incursionar en un "diálogo de fuentes" que permita proyectar un paradigma democrático, inclusivo y flexible. Se debe abarcar los diversos sectores e intereses en los cuales incidirá la nueva legislación sustantiva. Al final del día, cada quien tendrá algo que decir con respecto al proyecto del códex.

Un buen método es concretizar en el nuevo código la "apertura de miras" que brinda el derecho constitucional, como a nuestro juicio, la comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina realizó con acierto.

Se ha indicado que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasiva, penetrante y desbordante (Guastini citado por Cal Laggiard, 2016) ya que, para los efectos de nuestra propuesta, la denominada eficacia horizontal o irradiación extensiva de los derechos fundamentales deberá ser tomada en cuenta, dado que los grandes institutos del derecho privado (v. gr., derechos de la personalidad, propiedad privada, contratación, autonomía de la libertad, responsabilidad civil, libertad de empresa, libertad asociativa, propiedad intelectual, etc.) tienen su núcleo vital en el propio texto y contexto de la carta fundamental.

Dicho fenómeno se conoce como la consecuente: "reorientación del centro de gravedad" en las relaciones sociales (Anzures, 2010, p. 15), pues a la fecha, ciertos emporios comerciales o transnacionales privadas tienen más músculo financiero e influencia política que algunos Estados. Tales ideas son evocadas por la doctrina especializada cuando, repasando la misma genealogía de esta teoría, señala que: "los derechos fundamentales constituyen un "orden objetivo de valores" que irradia todos los ámbitos del Derecho, también el Derecho Civil". (Estrada, 2017, p. 125).

En esa misma línea y, con ocasión de establecer la fuerte relación entre la propuesta codificadora y el constitucionalismo contemporáneo, resultan altamente ilustrativas las tres fases descritas por el profesor titular de la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Luis Roberto Barroso (2008), y presentamos así esta extrapolación para el caso costarricense:

(i) Mundos apartados. Estaría al inicio de constitucionalismo, donde el texto fundamental es

Volver al Índice

entendido como una carta política que regula las relaciones entre el administrado y el Estado. Por otro lado, el Código Civil era visto y entendido como: "la Constitución del derecho privado" que regulaba de forma aislada las relaciones jurídicas entre los sujetos particulares. Tómese en cuenta que cuando entró en vigencia la actual codificación civil o mercantil costarricense, ni siquiera existía la Sala Constitucional.

(ii) Publicización del derecho privado. La igualdad formal, la libertad individualista y la dimensión absoluta de la propiedad privada son categorías que empiezan a ser cuestionadas y revisadas con el advenimiento del Estado social de derecho y de la jurisprudencia constitucional. Así, tal visión comienza a ser considerada en las relaciones entre particulares, mediante la creación de normas de orden público o reformas legislativas especiales con sentido tuitivo. La protección del lado más débil de la relación jurídica y también una especie de "dirigismo contractual" influyen, a guisa de ejemplo, en las regulaciones arquetípicas del derecho consumidor o arrendamientos de casas de habitación en Costa Rica.

(iii) Constitucionalización del derecho civil. Las Constituciones se convierten en el epicentro del ordenamiento jurídico, siendo desde nuestra perspectiva, el crisol axiológico desde donde debe ser implementado y leído el derecho privado. Los derechos fundamentales y, en general, los valores, principios y preceptos constitucionales impactan en el derecho civil, generando una transformación en clave constitucional. Las nociones decimonónicas de la vieja codificación pasarán a ser parte de un mero legado histórico.
Por tal razón, el primer paso para proyectar un nuevo Código Civil y de Comercio para Costa Rica es verificar que se establezca su construcción sobre el suelo o la base del derecho de la Constitución. Así la experiencia argentina lo comprendió y, en consecuencia, para el caso costarricense, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que influya en forma mediata o inmediata en relaciones de sujetos de derecho privado) debe ser una fuente de consulta constante.

II.B.- La superación de los tintes conflictivos de ciertos derechos y acciones reales: el caso de la usucapión

El campo de los derechos reales exige una decidida actualización. La función social de la propiedad privada que postula el numeral 45 constitucional debe servir de plataforma para la compatibilización de los diversos intereses en juego que interactúan en el ejercicio de los atributos del dominio. Asimismo, se espera que la nueva codificación integre transversalmente la doctrina ambientalista y que proyecte la corriente jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional, derivada medularmente de los numerales 50 y 89 de la carta fundamental.

Resulta notorio que, desde 1888, el régimen jurídico de los bienes ha sufrido un proceso de metamorfosis con ocasión de nuevas corrientes jurisprudenciales y otros instrumentos normativos (v. gr., Ley de Planificación Urbana, Reglamento de Fraccionamiento y Urbanizaciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Reglamento del Registro Público, Ley del Catastro Nacional, Ley Indígena, Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico de Costa Rica, Ley de Garantías Mobiliarias, diversa normativa ambiental, etc.) que, de una u otra manera, han incidido en la delimitación de su núcleo esencial. Con todo, un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica exigirá una determinada postura respecto a la inclusión o potencial reforma de otras leyes especiales (v. gr., Ley de Información Posesorias, Ley sobre Localización de Derechos Indivisos, Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, etc.) que también contemplan nociones sustantivas respecto a los derechos reales.

Volver al Índice

Es mucho lo que hay que reflexionar sobre esta materia. Por ejemplo, la copropiedad en nuestro país presenta una regulación disfuncional que propicia los conflictos en sede judicial. Por otro lado, el fenómeno de la multipropiedad, los conjuntos inmobiliarios, tiempos compartidos, accesión invertida, cementerios privados, derecho de superficie, etc., también reclaman una regulación más elaborada.

Aun así, por los efectos y extensión de este trabajo, hemos optado por escoger uno de los institutos más conocidos que recoge nuestra tradición jurídica y sobre el cual también se debe contemplar la mejora cualitativa que presentan ciertas orientaciones dentro del marco del derecho comparado.

De este modo, en cuanto a la usucapión, se requiere potencializar la seguridad jurídica y ampliar sus tipologías de reconocimiento, pues, durante un gran arco temporal, han existido en suelo nacional nociones hermenéuticas encontradas que no generan soluciones satisfactorias, sino que son "caldo de cultivo" para originar nuevos conflictos sociales.

Por ejemplo, existe un sector minoritario de la jurisprudencia que, bajo una lectura ligera de la Ley de Informaciones Posesorias y la invocación de la publicidad registral, promueve que la prescripción adquisitiva no es procedente frente a propiedades inmuebles inscritas. Tal situación se traduce en una corriente contraria a la propia noción histórico-conceptual del instituto y que, además, no cuenta con asidero normativo expreso. Por fortuna, también existen voces en la jurisprudencia que han señalado este error y brindan pautas certeras para su correcta asimilación. Así se ha indicado: "[…] No existe disposición normativa en el derecho costarricense que vete esta forma de adquisición originaria del dominio si se trata de bienes inmuebles inscritos". (Cfr. Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto n.° 369 de las diez horas cincuenta minutos del doce de noviembre de dos mil catorce). Sea como fuere, aquel debate jurisprudencial debe quedar zanjado bajo el auspicio de una redacción más elocuente en la nueva codificación.

En una dimensión complementaria, si se analiza lo dispuesto en cuanto a los requisitos para usucapir, nuestro ordenamiento civil requiere únicamente el título traslativo de dominio, la buena fe y la posesión, en el caso del derecho de propiedad por diez años. (Cfr., arts. 853 a 864, Código Civil).

No obstante, la jurisprudencia casacional ha sido conteste en indicar que, en la usucapión ordinaria: "[…] el título traslativo de dominio que exige la ley debe ser *a non domino,* sea que debe emanar de quien no es dueño. La cosa se adquirió de otro, quien se comportaba y era reputado como dueño, sin serlo". (Cfr., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 312-F-03 de las once horas quince minutos del cuatro de junio de dos mil tres. En igual sentido de este mismo órgano casacional: n.° 821 de las quince horas treinta y cinco minutos del primero de noviembre de dos mil; n.° 856 de las quince horas veinticinco minutos del quince de noviembre de dos mil y n.° 320 de las quince horas del veintisiete de abril de dos mil uno).

De esta forma, en nuestro país, el requisito *a non domino* (trasmisión de un "no dueño") es parte sustancial de los presupuestos ponderativos de la usucapión. No obstante, su denominación no se encuentra en la literalidad del código vigente y, en forma conveniente, la jurisprudencia tampoco advierte explícitamente de cuál plataforma hermenéutica o noción doctrinal extrae tal requisito.

Con el debido respeto, en los últimos años, la jurisprudencia —salvo contadas excepciones— ha dejado de citar autores en boga, trabajos científicos o corrientes de pensamiento expuestas

Volver al Índice

en el derecho comparado, lo cual termina impactando en el grado cualitativo de tecnicidad y/o requerida cientificidad de sus criterios. Costa Rica no es un referente jurídico en el concierto internacional y, lastimosamente, muchos juristas nacionales no son capaces de ver más allá del campanario de su pueblo.

La noción asociada con el título transmitido a *non domino* como requisito de la usucapión es altamente disputada en la doctrina del derecho comparado. Existe un relativo consenso donde no fue contemplado por las orientaciones francesas que dieron origen al Código Civil de 1804, pues se advierte que el título se analiza sin consideración de la persona de quien emana.

Al respecto, la doctrina argentina indica al investigar los requisitos para usucapir: "Según Aubry y Rau, se llama justo título, un título que considerado en sí mismo, es decir, abstracción hecha de saber si emana del verdadero propietario y de una persona capaz de enajenar". (Calegari, 2015, pp. 272-273).

En suma, la experiencia comparada se concentra en si el título es apto para conferir potencialmente un derecho de propiedad sin distinguir —donde la ley no lo hace— entre *verus dominus* o *non domino*. Por tal razón, se considera conveniente que un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica venga a tomar un partido específico en esa situación en aras de despejar cansinos debates sobre lo que se entiende por justo título, para lo cual la concepción argentina asociada incluso con la visión originaria del denominado Código de Vélez o el modelo español (cfr., arts. 1952 a 1954, Código Civil de España) puede servir de referente adecuado.

Finalmente, respecto de este acápite, basta señalar que nuestra experiencia jurisdiccional en el campo del derecho civil nos revela que los objetos de debate asociados con la usucapión suelen obtener —generalmente y por diversas razones— una sentencia de contenido desestimatorio. Sin embargo, aquel fallo sin lugar, en no pocas ocasiones, no viene a resolver el conflicto existente en la materialidad fáctica, pues quien no logró obtener la declaratoria de su derecho de propiedad suele seguir ostentando una posesión de hecho en el terreno, con las implicaciones negativas que tal situación conlleva incluso para el interés público.

De este modo, para aquella categoría especial de situaciones posesorias, se considera imperativo incluir en nuestro sistema nacional la denominada prescripción adquisitiva larga y/o usucapión extraordinaria que contemplan diversos Códigos Civiles de tradición romanista.

A guisa de mención, el numeral 1899 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone: "*Si no existe justo título o buena fe, el plazo [para la usucapión] es de veinte años".* Consideramos que una norma expuesta en estos términos es una necesidad social para este país, pues, en ciertas zonas geográficas con condiciones de mayor vulnerabilidad, los defectos o ausencias de los títulos siguen generando severas inconsistencias que impiden a las personas traducir jurídicamente en "propiedad" su "materialidad fáctica" consolidada por muchos años, incluso frente al ángulo visual de toda la comunidad. Un país no puede avanzar si cuenta con desorden e inseguridad en su regulación territorial.

II.C.- La mutación del derecho de retención: determinación de su naturaleza jurídica y posible trasformación de excepción a instituto general

En los últimos años, nuestro país ha sufrido un verdadero proceso de "descodificación" en los linderos del derecho privado patrimonial. El fenómeno ha sido analizado por la doctrina civilista más destacada (Díez-Picazo, 1992) y,

Volver al Índice

para nuestro contexto, se justifica con ocasión de la entrada en vigor de una serie de nuevas ordenaciones (v. gr., Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley sobre letra de cambio y pagaré electrónicos, Ley de Garantías Mobiliarias, Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, entre otras) que no siempre resultan armónicas ni coherentes con el marco teorético proyectado por el Código Civil y/o de Comercio vigentes. Es más que loable la posibilidad de impulsar un proceso de "recodificación" en aras de la búsqueda consolidativa de un verdadero *sistema*[3] de derecho privado patrimonial en beneficio directo de la sociedad costarricense.

Como una muestra de las implicaciones de lo recién expuesto, cabría traer a colación la metamorfosis arquetípica que contiene la citada Ley de Garantías Mobiliarias (cfr., arts. 6, 40, 53 inc. 1, Ley N.° 9246) al referir al derecho de retención como un claro y contundente ejemplo de garantía mobiliaria de origen legal.

En su momento, se apuntó (Argüello, 2022) que lo paradójico de tal categorización es que implica revisar la vocación conceptual tradicional del derecho de retención que contiene el Código Civil o de Comercio, la cual (para algún sector doctrinal importante) excluía su condición de derecho real al limitarlo a operar como una simple garantía de cumplimiento de las obligaciones que, desde el plano legal, autorizaba al acreedor a mantener la posesión de un bien (que no siendo de su propiedad) servía de instrumento y/o medio de coacción para el pago de una obligación jurídica, sin que se habilitara forma alguna de disposición. No obstante, a partir de la vigencia de la mentada Ley N.° 9246, si el derecho de retención es una garantía mobiliaria, su pertinencia como especie al género implicaría que comparta sus caracteres más esenciales, y es precisamente ser un derecho real de efectos prevalentes[4].

Con todo, téngase presente que, en Costa Rica, el derecho de retención tiene a la fecha una disciplina legal fragmentaria y, entre otros, se recoge en los numerales 279, inciso 3, 502, 1072, 1073, 1143, 1182, 1195, 1277 y 1338 del Código Civil, y 336, inciso g) del Código de Comercio, por lo cual respetuosamente se sugiere que la Comisión Especial para la elaboración de un anteproyecto de un nuevo Código Civil de Costa Rica tenga presente la necesidad de valorar un abordaje integral de la concepción del derecho de retención para generar una coherencia con la noción jurídica impuesta por la Ley de Garantías Mobiliarias, siendo menester garantizar la

3 Se coincide con Lorenzetti (2020) en el sentido de que un nuevo Código Civil y Comercial debe aspirar a construir un "sistema", en el tanto la "disciplina" es una labor encomendada a la doctrina. Por tal razón, la unificación del derecho civil y mercantil no solamente es posible, sino también resulta deseable en procura de la armonía y coherencia.

4 El derecho de retención no solamente garantiza su prelación frente a otras garantías mobiliarias. (Cfr., art. 53.1.a, Ley N.º 9246), sino también posibilita su *conversión*, pues el numeral 40 de la Ley de Garantías Mobiliarias dispone que una garantía con desplazamiento, al igual que un derecho de retención concedido por la ley, podrán ser convertidos en una garantía sin desplazamiento reteniendo su prelación, siempre y cuando se le dé publicidad a dicha garantía por medio de su inscripción en el Sistema de Garantías Mobiliarias, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, antes de que se devuelvan los bienes muebles al deudor garante. Lo anterior, a su vez, podría suscitar algunas interesantes reflexiones en materia concursal con ocasión de lo dispuesto en el numeral 19.3 de la Ley Concursal de Costa Rica (Ley N.º 9957). Al respecto León (2021) ha expuesto —al comentar la norma en referencia— que uno de los efectos de la resolución inicial de la apertura del concurso es la suspensión del ejercicio material del derecho de retención, pero el acreedor debe mantener su condición de privilegiado en cuando al pago de la deuda en caso de venta del bien, sin dejar de advertir que también podría darse que el acreedor siga en tenencia del bien, si tal situación no afecta los intereses del concurso.

Volver al Índice

uniformidad e, incluso, un emplazamiento normativo como instituto general (v. gr., arts. 2587 a 2593, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

En efecto, en relación con el derecho de retención, lo más conveniente sería variar su implementación excepcional por una garantía de corte más general prevista para supuestos de hecho con un matiz indeterminado como acontece en el derecho colombiano y francés, y también se ha proyectado en Chile. Al respecto, el profesor Pizarro (2009) indica:

> *Un ejemplo próximo lo constituye el derecho colombiano. A partir del mismo Código civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido el derecho de retención previsto en el artículo 2000 -que corresponde al artículo 1942, inciso 2o del Código civil chileno- a favor del arrendador a contratos de arrendamiento de obra material y de arrendamiento comercial. La Corte Suprema de Colombia en sentencia de 6 de mayo de 1969, hace aplicable dicha disposición al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material. Si bien parte indicando la ausencia de un principio general de retención, luego por analogía y rompiendo con la interpretación restrictiva, lo extiende al arrendamiento de obra material. Sin duda la jurisprudencia francesa ha sido más prolífica en la creación pretoriana de un principio general de retención hasta antes de la reforma de 2004. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que comienza a decaer la denominada Escuela de la Exegesis, la Corte de Casación inicia un proceso paulatino y definitivo de construcción del principio general de retención. A mediados del siglo XX, la Doctrina francesa era unánime en la admisión de la retención como principio general.*

Así, de la mano del derecho comparado, cabría pensar en incluir una naturaleza jurídica definida del derecho de retención que, a la vez, pueda operar como regla o principio general en una diversidad de hipótesis que superen el carácter de excepción, reserva de ley o tipicidad que en forma restrictiva lo acompañan hoy en día en la legislación patria vigente.

II.D.- La unificación de las garantías reales: coherencia normativa y sinceramiento de nuevas posibilidades regulatorias

De un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica se esperaría las más completa recodificación del derecho privado patrimonial, pues resulta indiscutible el: "desface contradictorio existente entre la normativa general del tronco común y la normativa especial de la legislación dictada posteriormente al Código" (Zeledón, 2010, p. 308).

En este orden de ideas, la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N.° 9246) revela un paradigma que revoluciona muchas de las concepciones teóricas —y acaso ¡ideológicas! — ancladas en el vigente Código Civil.

La sociedad de 1888 no tenía las mismas necesidades económicas ni la valoración de los activos que la del 2015 (fecha de vigencia de la citada Ley de Garantías Mobiliarias), y es de esperar incluso la inyección de ciertas previsiones futuristas para la Costa Rica de las próximas décadas, v. gr., ¿podrán ser dados en garantía neuro-derechos? ¿Podrían servir de garantía para cumplir una obligación con los animales que sean considerados "seres sintientes"? ¿Qué papel tendrá la inteligencia artificial en la redacción de clausulados contractuales?, etc.

Sea como fuere, desde nuestro punto de vista, las razones de coherencia, sistematicidad y seguridad jurídica justificarían que la actual legislación

Volver al Índice

sobre garantías mobiliarias sea derogada, y su contenido sea consecuentemente incorporado en el articulado del nuevo código bajo el respectivo emplazamiento en un título exclusivo que regule los "derechos reales de garantía" como se comprendió —desde un punto de vista formal o de técnica legislativa— para el modelo argentino en los numerales 2184 a 2237 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la asimilación de la garantía mobiliaria, dentro de los cimientos del nuevo código, se deberá tener un especial cuidado en la correspondencia interna de sus definiciones; por ejemplo, el instituto de la "dación en pago" es invocada en la Ley de Garantías Mobiliarias como un medio para ejecutar, finalizar o dar por satisfecha el cumplimiento de la obligación respaldada por una garantía mobiliaria, siempre que tal dación — ¡de los mismos bienes dados en garantía! — sea aceptada por el acreedor garantizado (cfr., art 2.1, Ley N.° 9246).

Como es observable, la dación en pago tiene un sentido propio o *sui generis* dentro del contexto de la Ley N.° 9246 y más parece evocar la posibilidad de que surja en el ciclo de vida de la garantía un *pacto marciano* o un *pacto comisorio ex intervallo* que quizá por temores o clichés ideológicos no quisieron ser estipulados expresamente en el texto de la regulación de la garantía mobiliaria costarricense, a pesar de que otras leyes modelo (v. gr., OEA o CNUDMI) sí los contemplan.

Resulta conocida la proscripción que históricamente dispuso nuestro derecho positivo, con ocasión del pacto comisorio convencional (cfr., art 421, Código Civil y art 536, Código de Comercio). Sin embargo, nuevas regulaciones en el campo del derecho comparado[5] y leyes modelos[6] parecen que superan ciertos dogmatismos y, por ende, optan por sí reconocer las citadas figuras del pacto marciano o comisorio; pero en su modalidad *ex intervalo*, aspecto que deberá ser ponderado por la comisión redactora del nuevo código.

II.E.- La actualización del marco regulatoria de la cláusula penal: corrección teórica y seguridad jurídica

La cláusula penal no cuenta con un tratamiento armonioso en la legislación vigente. Tal aseveración no debe ser tomada desde una noción meramente academicista, sino proyectando las repercusiones prácticas que aquellas falencias o incorrecciones generan en la propia dinámica económica nacional.

A guisa de ejemplificación, la doctrina nacional (Montero, 1999, p. 95) ha señalado las inconsistencias teórico-conceptuales que contiene una de las previsiones normativas más cruciales que se asocia con la determinación de su cuantía (cfr., art. 712, Código Civil). En efecto, desde el plano literal, aquel numeral limita en forma injustificada los alcances indemnizatorios de la mentada cláusula al disponer que:

5 En Francia mediante Ordonnances del 23 marzo 2006 y de 30 enero 2009, se introdujeron sendas reformas relativas a las garantías mobiliarias y a tópicos referentes a la reserva de dominio y transmisión de la propiedad en garantía o fiducia en garantía. Al respecto la profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, Arana de la Fuente (2012, p. 3), indica: *"La disciplina de la prenda en el Code civil ha experimentado cambios radicales: ha dejado de ser un contrato real; puede gravar bienes presentes y futuros, fungibles, corporales (gage) e incorporales (nantissement), señaladamente la prenda de créditos; y, junto a la tradicional prenda de cosas muebles con desplazamiento de la posesión, se ha incorporado la prenda registral. Por otra parte, la reforma de 2006 ha dado entrada en el Código civil a formas alternativas de realización del valor, cuales son la atribución judicial de los bienes gravados al acreedor, así como la apropiación por éste de los bienes al amparo de un pacto comisorio, cuya prohibición ha sido abolida en el ordenamiento francés".* De este modo, la ruptura ideológica del Code Civil francés debería calmar los resquemores en la valoración de nuevas dimensiones de realización de las garantías reales.

6 Por ejemplo, el numeral 59.IV de la Ley Modelo de la OEA y el artículo 80.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Volver al Índice

"[…] ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél". Esto deviene en una limitación contraproducente al confinar las funciones típicamente coercitivas y penalizadoras del instituto en comentario.

En caso de que se tome al pie de la letra tal precepto jurídico-positivo, se avalaría la indiferencia de la parte pasiva de la obligación, pues las consecuencias del incumplimiento no generarían en tesis de principio una carga indemnizatoria realmente disuasoria. Lo reseñado también implicaría una limitación desproporcionada a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes que bien pueden vislumbrar escenarios divergentes dentro del marco de la razonabilidad y libertad que impone un Estado constitucional de derecho.

Resultaría francamente útil proyectar un marco regulatorio más sistemático como el previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26994), pues en aquella moderna codificación se dispone en su *Libro tercero* denominado de los "*Derechos personales*" el respectivo título I de las "*obligaciones generales*" y allí es dable repasar en su capítulo tercero de las "*clases de obligaciones*" donde se encuentran a nivel de su sección quinta las "*obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias*". Así en los numerales 790 a 804, se vislumbra una "miniteoría" condensada de la cláusula penal que despeja debates doctrinarios en aras de propiciar un ambiente de mayor seguridad jurídica para las partes que concurren en una obligación y/o cláusula de tal tipología.

Además, desde nuestra experiencia jurisdiccional, nos resulta sumamente llamativo el particular artículo 804 del aquel códex que podría ser de gran ayuda en ciertos escenarios de ejecución de sentencia en procesos civiles, porque —desde el plano del derecho material y/o sustancial— se habilitaría para que la persona juzgadora pueda imponer "*condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial*". Esta noción evoca el sistema de multas (astreintes) que contiene otras regulaciones costarricenses pensadas para el campo del derecho público (v. gr., art. 159, inc. 1, Código Procesal Contencioso Administrativo), y que bien podrían ser implementadas en las relaciones entre sujetos de derecho privado.

II.F.- La potencialización de los daños extrapatrimoniales: nuevas aristas para la expansión jurisprudencial

Dados los tiempos que enmarcan el devenir del siglo XXI, es dable y fundamental valorar como opción preponderante una dimensión más humanista y menos patrimonialista de proyectar las heterogéneas dimensiones del derecho de daños. La opción argentina[7] de codificar las funciones de la responsabilidad civil (preventiva, compensatoria y punitiva) francamente nos resulta llamativa (cfr., arts., 1708, 1710, 1714, 1716, Ley N.° 26994).

Por otro lado, insistir en suelo costarricense en la categoría del daño moral como especie de "varita mágica" o "cajón de sastre", donde de forma altamente genérica, desordenada e imprecisa, se suelen aglutinar todas las diversas formas en las cuales se puede afectar a un ser humano

7 La doctrina asociada con la génesis del análisis económico del derecho también comparte tal dimensión tripartita, pues indica que la responsabilidad civil busca: minimizar los costos de accidentes, compensar a las víctimas y reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad. (Calabresi citado por López Meza, 2023, p. 18). Con todo, en este ámbito, se debe también consultar a Torrealba (2011), obra nacional que, por su valor, bien merece ya el calificativo de un clásico.

Volver al Índice

(en su proyección extrapatrimonial), no parece el camino metodológicamente más aconsejable y no lo es, por la sencilla razón de que no es dable calificar y/o tratar como "moral" algo que excede ese ámbito, bien porque lo supera, restringe o simplemente porque opera en planos diametralmente distintos. No solo de moralidad vive el ser humano.

La literatura jurídica italiana con ecos en Suramérica ha sentado nuevas proyecciones de la responsabilidad civil que también deberán ser barajadas en la nueva propuesta codificadora. A guisa de mención, la categorización autónoma de los daños "*al proyecto de vida*" puede resultar de reconocimiento imperativo, pues suele ser de las afectaciones más grandes que se pueden causar a las personas, por cuanto aquel daño "impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido [..] en tanto, el ser humano, libre y coexistencial, es un ser temporal". (Fernández Sessarego 2003, p. 660).

En complemento, existen hechos dañosos cuya causalidad genera daños de especial intensidad que no atañen ni pueden reconducirse propiamente al cuerpo, ni a la psique ni mucho menos a las emociones, sino que condicionan la *libertad autodeterminativa* del ser humano. Su vida, luego de aquel hecho generador, nunca más volverá a ser la misma, puesto que su libertad individual, vida y futuro (v. gr., a nivel laboral, académico, recreativo, afectivo, artístico, deportivo, etc.) tomarán otro camino que, naturalmente si es para mal, debe ser objeto de una particular e independiente indemnización.

Finalmente y, sin caer en falacias de la autoridad, si algún buen positivista o formalista jurídico duda seriamente acerca de la autonomía de esta categoría indemnizatoria e insiste en equipararlo con el querido, pero lastimosamente incomprendido daño moral, conviene advertir que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado una significación emancipada y carta de ciudadanía a esta categoría indemnizatoria, aspecto que se puede verificar por ejemplo en los casos Loaiza Tamayo vs. Perú de 1998, "Niños de la Calle" vs. Guatemala de 1999 y Cantoral Benavides vs. Perú del 2000, entre otros (citados por Calderón, 2005).

Por tanto, el mismo respeto y las exigencias del control de convencionalidad deben brindar un tratamiento similar en Costa Rica, de cara al reconocimiento pleno de esta tipología de respuesta indemnizatoria.

Por otro lado, en el argot forense nacional, se suelen confundir ciertas categorías indemnizatorias que, presentando rasgos autónomos, son indebidamente equiparadas. El problema no es meramente una figuración dogmatizante o de gustos teórico-conceptuales, sino que encierra ondas repercusiones pragmáticas dadas las implicaciones pretensionales, probatorias y de alcance pecuniario que suponen reconducirlo en una u otra categoría.

De esta manera, haciendo eco de lo expuesto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto n.° 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017, donde entre otras hace referencia a las resoluciones n.° 662-F-S1-2010 y 196-F-S1-2012, se ha trazado en un primer momento una nítida distinción entre el daño *moral subjetivo* y el *psicológico*. Así el primero se asociaría con una "afectación de las condiciones anímicas del sujeto", mientras que el segundo estaría representado por una: "situación traumática que requiere constatación científica para su acreditación". Tal distinción jurisprudencial debería quedar respaldada por seguridad jurídica en la letra del nuevo código.

Trazada la línea divisoria que separa al daño moral y al psicológico, es necesario plantear

Volver al Índice

otra separación más que nace del correcto entendimiento de lo que supone proyectar al ser humano como una verdadera unidad psicosomática y, por lo tanto, más allá de la noción amplia de la psiquis (daño moral y psicológico), estará el soma (cuerpo) donde podríamos encontrar daños a la *salud, estéticos* y *biológicos*, los cuales consecuentemente también deben ser objeto de una indemnización autónoma y ser reconocidos dentro de las nuevas fronteras de la codificación.

En tal sentido, el profesor José Rodolfo León Díaz (2019) recuerda que la delimitación del contenido del derecho a la salud es un tema ampliamente debatido que va desde el derecho a la autodeterminación sexual, la posibilidad de acceder a sistemas de reproducción asistida, el aborto terapéutico, así como los actos de disposición del cuerpo encaminados a obtener una mejora estética que permita a la persona un mejor desarrollo personal y social.

De esta forma, desde nuestra perspectiva, todo daño generado con ocasión de una cirugía plástica no necesariamente supone un daño moral, pues opera dentro del ámbito propio del derecho a la salud, con las características independientes y emancipadas que tal derecho ostenta, según se ha justificado en las presentes líneas investigativas.
Por último, el daño *biológico* se presenta como el daño asociado a la lesión como tal, v. gr., la pérdida de un ojo, la amputación de una extremidad, la extirpación de un órgano etc., esto es: "el daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria" (Fernández, 1998, p. 182). Así, la noción clara de un daño biológico entendido prácticamente como daño corporal nos permite trazar una diferencia más con el daño moral, pues terminan lógicamente operando con ocasión de predominios distintos del ser humano.

Finalmente, en nuestra línea teorética, entendemos que todo daño biológico es al fin de cuentas un daño a la salud, pero no todo daño a la salud es por sí mismo un daño biológico, pues esta opera en un ámbito de bienestar más elevado que naturalmente no se limita únicamente a las afectaciones corporales, sino que incluso contempla aspectos propios del tiempo libre, vida sexual y de relajamiento, por ejemplo, el denominado daño *a la vida en relación* que también podría ser valorado por la comisión codificadora.

II.G.- La necesaria modificación denominativa del "buen padre de familia": el lenguaje y los límites del derecho

El estándar del "*buen padre de familia"* resulta ser una categoría fundamental dentro del contexto valorativo del derecho privado patrimonial. El concepto jurídico presenta fuertes implicaciones en el marco teórico de los derechos reales, obligaciones y responsabilidad civil (concepción de culpa). Sin embargo, de la mano del paradigma transversal de la igualdad de género y noción remozada de la lectura de los institutos del derecho privado desde nociones acordes con el derecho constitucional y/o convencional, es dable cuestionar la vigencia terminológica del concepto.

Sería extraño que un nuevo Código Civil y Mercantil siga arrastrando lastres históricos que no resultan acordes con las exigencias de la sociedad del siglo XXI. Tomando en cuenta la experiencia reformadora que sufrió el Código Civil Francés, se postula un posible término sustitutivo en aras de salvaguardar una mayor comprensibilidad, inclusividad y legitimidad en una de las nociones clave que informa el derecho privado costarricense.

En efecto, es menester considerar la reforma francesa de agosto de 2014 introducida por la

Volver al Índice

Ley N.° 873-2014[8] que proscribió la noción denominativa del "buen padre de familia". De esta forma, se recomienda introducir una concepción sustitutiva, como, por ejemplo: "persona razonable" "razonabilidad" o "persona responsable y prudente", etc. El cambio legislativo propuesto no es mera estética lingüística ni se enfila en una corriente esnobista; por el contrario, la legitimidad del discurso jurista pasa por su anclaje en las necesidades del tiempo y espacio donde le toca vivir.

El lenguaje es poder, y su manipulación sesgada puede propiciar escenarios de real exclusión. Como profesores universitarios encontramos en nuestro alumnado "expresiones faciales extrañas" cuando aludimos a nociones lingüísticas arcaicas. El "buen padre de familia" es un término francamente obsoleto que —por no encuadrar en los paradigmas de pensamiento contemporáneos asociados con la defensa y tutela de los derechos fundamentales— genera diversas incomprensiones en las personas destinatarias de la norma y en las propias encargadas de su interpretación. Por tanto, la introducción de un concepto sustituto viene a armonizar y modernizar los textos legales que así lo contemplan.

II.H.- La inclusión de nuevas figuras contractuales en procura de la seguridad jurídica: tipicidad contractual y el auge de los contratos de consumo

Para efectos de cuantificación **en este apartado confluyen dos aportes.** Consideramos oportuno realizar dos acotaciones que, si bien presentan connotaciones distintas a la postre, devienen en complementarias. Valoramos fervorosamente que la autonomía de la voluntad es el terreno sobre el cual germinan los mejores rendimientos del derecho privado patrimonial, pues este es el derecho de la libertad ejercida con equilibrio. Es con ocasión de aquella necesaria razonabilidad que el ordenamiento jurídico tiene que dibujar límites para que discurra tal autonomía de la voluntad, con el fin de que su caudal no se detenga, pero que tampoco genere desbordamientos.

La construcción de tipologías contractuales o contratos típicos no debe ser satanizada ni sacralizada, dado que simplemente es un instrumento metodológico que puede ser empleado de acuerdo con las necesidades de un tiempo y espacio determinado. La compraventa, la cesión, el arrendamiento, la sociedad, el mandato, el depósito, la transacción, etc., son figuras contractuales de sentida raíz romanista, las cuales tienen un diseño particular regulado en la codificación de 1888 y que, desde nuestro criterio, durante todo su arco temporal de vigencia han generado grandes beneficios socioeconómicos para Costa Rica. La seguridad jurídica es un valor muy preciado por la cultura jurídica nacional, lo cual explica que, a nivel forense, normalmente las personas abogadas encargadas de redactar contratos busquen encausar las manifestaciones de la voluntad por figuras contractuales expresa y previamente reguladas.

A estas alturas de nuestro desarrollo jurídico, cabría pensar en extender esta tradición histórica con la inclusión y/o construcción tipológica de otras figuras contractuales que, si bien, a la fecha, pueden ser utilizadas en Costa Rica, no cuentan con un marco normativo descriptivo que les brinde formal regulación. El valor constitucional de la seguridad jurídica sería concretizado, y repetimos que lo que se busca es proyectar los mismos beneficios socioeconómicos que se tuvieron con las figuras contractuales que, en su momento, se incluyeron en los viejos códigos.

8 La legislación francesa citada puede ser consultada en el sitio web: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029330832 . Además, tal reforma es la base tomada por la catedrática española Gema Tomás Martínez (2015) y es una de sus valiosas reflexiones académicas asociadas con el uso del concepto del "*buen padre de familia*".

Volver al Índice

Así, tomando en cuenta el paradigma argentino[9], se considera conveniente incluir dentro del contenido del nuevo Código un catálogo más amplio de contratos en particular, extendiendo incluso el perfil regulatorio de los ahora existentes y valorando los aportes expuestos por la doctrina desde hace ya bastante tiempo (Farina, 2005); por ejemplo: agencia, concesión, *management*, *leasing*, consorcio en cooperación, contratos de juego y de apuesta, tiempo compartido, *joint venture*, etc.

Por otro lado, nos resulta importante que el nuevo código costarricense potencie la visión regulatoria de los contratos de consumo dentro de una órbita propia del marco del derecho privado patrimonial, como han hecho otras legislaciones dentro del marco del derecho comparado (v. gr., arts. 1092 al 1122 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

Pensar hoy en día que la mayoría de los contratos crecen sobre el "suelo fértil de la igualdad material" no pasa de ser una mera ingenuidad supina. Las redes del comercio, las plataformas digitales, inteligencia artificial, masificación de los productos y la vertiginosidad de las compras, etc., hacen que la gran mayoría de los contratos (por cierto, de adhesión) se pacten entre desiguales, v. gr., una persona consumidora frente a una trasnacional de ropa deportiva. Resulta imperativo que la codificación "civilice" y abarque ámbitos donde por antonomasia emergen nociones propias de su objeto de estudio como es el derecho de consumo.

En modo alguno, objetamos la función que cumple la Comisión Nacional del Consumidor, pero cabe indicar que los actos y/o resoluciones administrativas que al fin de cuentas dicte este órgano administrativo pueden ser discutidas judicialmente; pero en sede contencioso-administrativa, al involucrar posibles pretensiones de nulidad de actos administrativos. Aquello puede generar un camino realmente largo y tortuoso para que las personas obtengan tutela judicial en sus derechos como consumidoras, amén de que se presenta una especie de "huida" o "administrativización" del derecho de consumo, sin esquivar que tales asuntos terminan siendo resueltos con carácter de cosa juzgada material por un sector de la judicatura que, si bien cuenta con un profundo campo de conocimiento, en rigor, el derecho de consumo y el mundo de la contratación privada no suelen ser sus puntos más fuertes.

Poco se ha polemizado en las implicaciones que tiene la Ley Acceso a la Justicia para las personas consumidoras, Ley N.° 10360, que en su contenido reforma entre otros el numeral 53 de la

9 El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina introdujo varias novedades en materia de contratos, incorporando nuevos tipos de contratos y regulando algunos que ya se utilizaban en la práctica, pero que no tenían un marco normativo claro. Entre los nuevos contratos o modificaciones relevantes, citamos los siguientes: **Contratos de franquicia**: Se incorpora una regulación específica para este contrato que establece derechos y obligaciones tanto para el franquiciante como para el franquiciado. **Contrato de fideicomiso**: aunque ya existía regulación para el fideicomiso en leyes específicas, el nuevo código lo integra al Código Civil y Comercial, clarificando algunas cuestiones sobre la administración y la finalidad del patrimonio fideicomitido. **Contrato de leasing**: también regulado en la legislación especial previa, se incorpora al Código Civil y Comercial. Se aclaran aspectos como la opción de compra y la responsabilidad sobre los bienes. **Contrato de arbitraje**: Este contrato, que regula la resolución de disputas por medios alternativos (sin acudir a los tribunales), recibe una regulación específica en el código. **Contrato de agencia comercial**: Se regula el contrato por el cual un comerciante independiente actúa en nombre de otro, intermediando en la celebración de contratos. **Contrato de suministro**: Se le da un marco legal claro al contrato por el cual una parte se obliga a proveer productos o bienes de manera periódica o continua. **Contrato de concesión**: Se introduce la regulación de la concesión de bienes o servicios, fijando reglas para la relación entre concesionarios y concedentes. **Contratos asociativos**: Se regula la figura de los contratos asociativos, como las uniones transitorias de empresas (UTE) y consorcios de cooperación que permiten a las empresas y personas asociarse sin crear una persona jurídica, etc.

Volver al Índice

Ley N.° 7472 para otorgar a la Comisión Nacional del Consumidor la potestad de: *"i) Declarar la nulidad de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión que se ajusten al artículo 42 de esta ley, salvo en lo relativo a contratos de adhesión en materia financiera que serán regulados por ley especial"* advirtiendo que, para el resarcimiento de daños y perjuicios, deberá acudirse a los órganos jurisdiccionales competentes.

Este tipo de reformas pueden ser matizadas desde diversos ángulos visuales y, si bien es de celebrar que se dote de nervio de acción a la citada Comisión, también puede verse como el potencial fracaso o huida del sistema judicial y, en particular, de las regulaciones estrictas de derecho privado para dar una solución oportuna a los reclamos de la persona consumidora.

Es conveniente reflexionar acerca de esas bifurcaciones de vías que crea el ordenamiento jurídico costarricense, pues de una u otra manera, también podrían ser fuente para la multiplicación de procedimientos innecesarios y de potenciales conflictos entre órganos administrativos y judiciales.

II.I.- La potencial inclusión de supuestos normativos que habiliten los reclamos por responsabilidad civil colectiva, anónima y/o por sujeto indeterminado de grupo

La responsabilidad civil colectiva importa un progreso en el desenvolvimiento del sistema tradicional de la responsabilidad civil, superando los "viejos moldes" de la visión individualista en el tratamiento de la cuestión indemnizatoria, de allí que en el fondo constituya una nueva aplicación de la teoría objetiva del riesgo creado por una parte y una orientación marcada hacia la repartición de los daños con un criterio de socialización de los riesgos por otra, creando en consecuencia, el basamento teórico idóneo para no dejar en impunidad los daños sufridos por una víctima, cuya complicación en la determinación de la autoría singular del hecho generador del daño no puede ser óbice para excluir su derecho fundamental resarcitorio.

En la actualidad, el Código Civil vigente no tiene una norma positiva expresa que sea idónea para sustentar tal procedencia. Por eso consideremos que es valioso repasar la experiencia alemana y la argentina como modelos de referencia.

En efecto, conviene indicar que el modelo paradigmático a nivel legal en esta materia viene impuesto por el Código Civil alemán de 1900. En efecto, en el artículo 830, el citado BGB regula la comentada responsabilidad civil colectiva y reconoce su modalidad solidaria bajo el siguiente alcance:

> *Si varios han causado un daño por un acto ilícito realizado en común, cada uno es responsable del daño. Lo mismo vale si no se puede saber quién, entre varios partícipes, ha causado el daño con su acto. A los coautores se equiparán los inductores y partícipes.*

Como es de notar, esta fórmula germana encapsula —con un deseable nivel de síntesis— la esencia de la respuesta indemnizatoria que resulta operativa frente a casos de responsabilidad civil generada por un sujeto indeterminado de grupo. Las dudas y cavilaciones se esfuman cuando se deja equiparado que la modalidad será cimentada bajo un marco de solidaridad similar a la presente en los daños causados de forma ilícita en común; esto es, cualquier dificultad o imposibilidad probatoria de vincular una causalidad con uno o más sujetos determinados dentro del grupo no será pretexto ni subterfugio para no indemnizar a la víctima, siendo por tanto un modelo —en igual sentido se enlista el holandés— que deviene en una propuesta legal tajante en razón de evitar

Volver al Índice

cualquier tipo de impunidad en esta modalidad de daños causados.

En segundo término, respecto a esta hipótesis indemnizatoria, sería conveniente valorar también lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación, pues aquel reconoce el instituto de la responsabilidad civil colectiva en diversos numerales. El artículo 1760 respecto a cosas suspendidas o arrojadas viene a recoger el ideal indemnizatorio inspirado en los antecedentes romanos del *positis vel suspensis* y *effusum vel deiectum* (Rodríguez, 2020 y también en general se puede consultar a Tamayo, 2015), así con el carácter de resarcir —y bajo el entendido de que se tratan los supuestos de caída de cosas y las cosas arrojadas de la misma forma— si la cosa cayó sobre la calle, consecuentemente serán legitimados a nivel pasivo los dueños y ocupantes del frente del edificio únicamente, eximiéndose el dueño u ocupante que demuestre que no participó en la producción del daño.

Por otro lado, el numeral 1761 del citado Código consagra a todas luces la responsabilidad del miembro no identificado de un grupo o por autoría anónima, disipando los temores, al disponer que "*responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción*". Este numeral establece como requisito que el grupo sea determinado como elemento subjetivo para establecer la responsabilidad que se estudia. Además, es dable aclarar que el grupo al que se refiere la disposición normativa no debe estar formalmente constituido de previo al hecho, de modo que la responsabilidad objetiva (de la que se eximirá quien compruebe de forma suficiente que no contribuye a generar el daño) recae sobre un colectivo accidental, circunstancial, esporádico o simplemente momentáneo.

Por último, respecto al sistema argentino, también merece la pena citar el numeral 1762 que, con afán diferenciador aunque complementario, recoge los supuestos de actividad peligrosa de grupo. De esta manera, el numeral en mención presenta por finalidad responder a la actividad de las denominadas "barras bravas" en eventos deportivos y que regula lo referente a la "actividad peligrosa de un grupo" (v. gr., en nuestro país, existen las denominadas: "Ultra Morada" "La 12" o "La Garra"). Se aclara que, bajo esta disposición y a diferencia de las que se han explicado, no interesa tanto el anonimato, ya que el elemento de mayor importancia es haber integrado el grupo, de modo que la única causal para eximirse de la responsabilidad no es acreditar que un sujeto no tuvo una intervención directa en el daño y, menos aún, la individualización de la culpa, sino que no integró el grupo, siendo entonces la actividad riesgosa el factor objetivo de atribución.

No obstante, siguiendo a Christello (citado por López, 2017), el hecho o culpa de la víctima, así como el caso fortuito ajeno a la actividad grupal producen rupturas del nexo causal y, por ende, pueden ser consideradas como eximentes del supuesto en análisis.

III.- CONCLUSIONES

Un nuevo Código Civil y Comercial para Costa Rica debe aspirar a ser la nueva "constitución sistemática" del derecho privado nacional.

- Se requiere renovar los vigentes textos codificados. Si no se toma esa valiente decisión, en las próximas décadas, el proceso de la "descodificación" será irreversible. La emisión de nuevas leyes especiales, "parches regulatorios" o reformas parciales hará erosionar el derecho privado patrimonial a tal punto que será prácticamente imposible reconocer la existencia de un verdadero sistema.

Volver al Índice

- La unificación del derecho civil, mercantil y de consumo coloca realmente las cosas en su sitio. La divergencia de tratamiento que presenta el Código Civil y de Comercio entre institutos análogos no resulta ya justificable. La búsqueda de la coherencia y potencialización de la igualdad forma parte del "ADN" del civilista. Desde la ley decenviral romana hasta el numeral 33 constitucional, la consolidación de un código común siempre ha sido una prioridad de primer orden.

- Un nuevo Código Civil y de Comercio generará efectos colaterales en diversos sectores. La academia verá renovado su objeto de estudio. La Administración de Justicia encontrará un instrumento actualizado para resolver conflictos. La economía, la banca, el Registro Nacional y la abogacía en general encontrarán una oxigenación en sus campos con nuevas posibilidades regulatorias. Finalmente, la persona de carne y hueso (destinataria de los efectos de la codificación) encontrará un nuevo texto que garantizará su dignidad respondiendo a las exigencias y necesidades del siglo XXI.

- El decálogo propuesto en este trabajo es simplemente la punta de lanza para abrir el debate y buscar la apertura de círculos de estudio y reflexión. Costa Rica se ha centrado en las últimas décadas en muchas reformas procesales; pero llegó la hora del derecho de fondo. Sea cual sea el resultado, buscamos robustecer los estudios de nuestra amada disciplina jurídica.

IV. FUENTES DE CONSULTA

IV.A. Doctrina

Anzures, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*. (22), 3-51.

Arana de la Fuente, I. (2012). *La reforma francesa de las garantías mobiliarias.* InDret.

Argüello, L. (2022). *Garantías mobiliarias: ciclo de vida y ejecución*. Editorial Jurídica Continental.

Barroso, L. (2007). El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. 6 (12), 25-50.

Cal Laggiard, M. (2016). Las sentencias en el Estado constitucional de derecho: A propósito de un caso. *Revista Derecho Público*. (50), pp. 133-144.

Calegari, L. (2015). *Usucapión. Tercera edición ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N.° 26994.* Rubinzal-Culzoni Editores.

Calderón, J. (2005). La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura. AAVV. *Memorias del Seminario los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura.* México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea/Secretaría de Relaciones Exteriores.

Caramelo, G. Herrera, M. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Infojus.

Díez-Picazo, L. (1992). Codificación, descodificación y recodificación. *Anuario de Derecho Civil*. 45 (2), 473-484.

Volver al Índice

Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual.* Civitas.

Espitia, F. (2012). *Historia del derecho romano*. Universidad Externado de Colombia.

Estrada, J. (2007). *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Teoría del neoconstitucionalismo.* Trotta.

Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Astrea.

Fernández, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana Actual. *Revista Themis.* (38), pp. 178-209.

Fernández, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*. (56), pp. 659-700.

Jerez, C. (2017). Textos internacionales sobre garantías mobiliarias: reflexión y análisis. Vol. 12. *Boletín Oficial del Estado.*

León, J. (2019). *Aspectos prácticos para la tutela de los pacientes en casos de responsabilidad por cirugías estéticas: aportes del nuevo Código Procesal Civil para la protección de sus derechos. Constitución y derechos humanos en tiempos de crisis*. Instituto Costarricense para la Promoción del Derecho Procesal. Edinexo.

León, J. (2021). *Ley Concursal de Costa Rica. Comentada*. Editorial Jurídica Continental.

López, J. (2017). Algunas reflexiones sobre los fundamentos de la responsabilidad colectiva y anónima. *Revista de la Facultad de Derecho*. 8 (1), pp. 211-228.

López Meza, M. (2023). *Manual de derecho de daños*. *La responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial.* Editorial B de F Ltda.

Lorenzetti, R. (28 de julio de 2020). *El Código Civil y Comercial en acción.* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Archivo de video. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=nZR3vzSAONA&list=PLAC4pZ_OCFqcZPIAylUN8QZYVM-gUuush

Montero, F. (1999). *Obligaciones.* Premia Editores.

Pizarro Wilson, C. (2009). El derecho de retención: una garantía bajo sospecha. *Ius et Praxis*.*15* (1), pp. 339-352.

Rodríguez, L. (2020). La *Actio de positis vel suspensis* y la aparición de los modernos delitos de peligro. En López-Rendo, M. (coord.).

Fundamentos romanísticos de derecho europeo e iberoamericano. *Boletín Oficial del Estado.* Universidad de Oviedo, pp. 181-202.

Tamayo, J. (2015*). Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Editorial Legis.

Tomás Martínez, G. (2015). La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance. *Revista de Derecho civil*. 2 (1), pp. 57-103.

Torrealba, F. (2011). *Responsabilidad civil*. Editorial Juricentro.

Varios (2008). *Código Procesal Contencioso Administrativo comentado*. Editorial Juritexto.

Zagrebelsky, G. (2010). *Contra la ética de la verdad.* Trotta.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Trotta.

Zeledón, R. (2010). *Problemática histórica de la codificación civil*. Contemporánea.

IV.B.- Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 312-F-03 de las once horas quince minutos del cuatro de junio de dos mil tres.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 821 de las quince horas treinta y cinco minutos del primero de noviembre de dos mil.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 856 de las quince horas veinticinco minutos del quince de noviembre de dos mil.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n. °i 320 de las quince horas del veintisiete de abril de dos mil uno.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto n.° 369 de las diez horas cincuenta minutos del doce de noviembre de dos mil catorce.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 89 - 99, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

LA ARQUITECTURA PENITENCIARIA Y SU RELACIÓN CON LOS MODELOS PENITENCIARIOS

MSc. Rafael Segura Bonilla[1]

RESUMEN

En las siguientes páginas, se abordarán el tema de la arquitectura penitenciaria y su relación con los modelos penitenciarios. Se hará un breve recorrido por los principales modelos penitenciarios desde el siglo XVIII, hasta llegar a la actualidad, incorporando a ellos, en lo posible, la arquitectura penitenciaria existente.

Palabras claves: arquitectura, modelos penitenciarios, pena, prisión, sanción, sistema.

ABSTRACT

In the following pages, the subject of prison architecture and its relationship with prison models will be addressed. A brief tour will be made of the main prison models from the eighteenth century to the present day, incorporating the existing prison architecture as far as possible.

Keywords:architecture, prison models, penalty, prison, sanction, system.

Recibido: 01 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Abogado, notario y máster en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y en Administración de Justicia con enfoque en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Es docente y presidente del Consejo de Administración del Segundo Circuito Judicial de San José. Actualmente, es director del Programa de Justicia Restaurativa y magistrado suplente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: rsegurab@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

1.- INTRODUCCIÓN

La arquitectura se ha definido como un arte y/o técnica por medio de la cual se diseña, se proyecta o se construye un edificio. Su relación con las prisiones o cárceles es vital, al punto de que debemos suponer que, antes de la construcción de una de ellas, se deben estudiar las características de ella, preguntándonos: ¿qué queremos?, ¿cómo lo queremos? y, sobre todo, ¿para qué lo queremos?

La experiencia y el conocimiento de estos "edificios" nos llevan a considerar que más que estas preguntas, las cárceles obedecen a una necesidad coyuntural que lleva a sus creadores a limitarse al diseño de espacios cerrados, sin tomar en cuenta los verdaderos fines que se requieren.
El objetivo del artículo es relacionar los diversos modelos penitenciarios existentes desde la creación de la cárcel y cotejar si hay una relación entre ellos y su estructura carcelaria, partiendo de que la arquitectura penitenciaria es una derivación de la penología y se relaciona con el régimen penitenciario que, a su vez, busca un fin con aquellas personas que están dentro del sistema. Tiene cuatro componentes: arquitectura, personal, internos y régimen de convivencia (reglamento).

2.- DESARROLLO

Debemos recordar que la prisión nace a mediados del siglo XVIII, paralelamente con la Revolución Industrial y teniendo como un único fin de vigilar y castigar. Anterior a las cárceles, lo que se establecía como sanciones eran los castigos corporales, siendo entonces concebidas las prisiones como una forma de "humanizar" la pena y adecuarlas a los cambios en el proceso productivo generado por el cambio en las relaciones socioeconómicas de la época.

En relación con esto, se ha escrito bastante, y es así como podemos derivar de varios escritos de penología y de tesis de grado y posgrado lo relacionado con la infraestructura de las prisiones. Sin embargo, en la forma específica de las prisiones para personas menores de edad, es casi nulo el tratamiento a partir de la literatura.

Además, antiguamente, las penas se concebían como parte de una venganza del ser humano por aquello que le hacían; por eso, se basaban prácticamente en la Ley del Talión. En fin, las cárceles o prisiones no eran más que reductos en donde se mantenía a las personas que se iba a juzgar, para que no se fugaran, pues las penas eran la muerte, el suplicio o, en el mejor de los casos, el destierro.

En su artículo titulado: *La arquitectura penitenciaria como representante del castigo. Las maneras de comprender la pena de prisión en la historia*, Manuel Ruiz -Morales señala que, en la Edad Media, aparecen los primeros vestigios de la pena de prisión, pero solo dentro del marco del derecho canónico, con el fin de que los clérigos y herejes se arrepintieran. Estas prisiones no tenían mayores condiciones, más que la idea de permanencia en un lugar, de allí que se buscaba cualquier espacio insalubre en donde estuvieran confinados, revueltos y sin mayores condiciones de humanidad. (Morales, 2020). Y agrega*:*

> *Ahora bien, fue durante el siglo XVI cuando comenzó a aparecer por algunos territorios europeos, establecimientos cuya finalidad era la de internar y corregir a determinados sujetos envilecidos de la sociedad, como ocurría con los malhechores, con los mendigos o con las prostitutas. En este sentido, se pueden mencionar la "House of Correction" (1552) en Londres, la Casa de Corrección "Rasphuis"28 (1596) en Ámsterdam, o los distintos "Schellenwerke" en Suiza". (Morales, 2020).*

Volver al Índice

En la búsqueda del abordaje del tema de la arquitectura penitenciaria, podemos destacar el relato del señor Alejo García Basalo (arquitecto, especialista en el tema de arquitectura penitenciaria), también citado por diversos investigadores, quien señala que el primer vestigio de una cárcel fue la Casa de Corrección de San Miguel en Roma, la cual se construyó por solicitud del papa Clemente XI a finales del siglo XVIII y fue diseñada por el arquitecto Fontana. Esta Casa destinada a jóvenes tenía la característica de ser un encierro individual en la noche y trabajo grupal diurno y en silencio.

Refiere Alejo García que John Howard (1726-1790) debe ser considerado como el primer penólogo práctico, al que además de atribuírsele la ayuda en la humanización de las prisiones, también se le distingue por dar una serie de consejos para la mejora de ellas y propone (en su libro *El estado de las prisiones*) varios planos de los edificios penitenciarios que considera mejores que los que ya existían.

En 1775, se crea el Correccional de Gante, una cárcel octagonal, donde las celdas rodeaban un patio central para facilitar la vigilancia. Esta prisión fue considerada la primera a gran escala, en la cual se debe notar la implementación de la cultura del tratamiento, además de la introducción el trabajo como respuesta al ocio que tenían los allí recluidos; pero como tal, esta prisión estaba diseñada para personas mayores de edad.

Nótese que, desde este momento, se da un cambio en la visualización de la prisión, pues pasa a ser un campo para la disciplina, la vigilancia y el trabajo. Por ello, resultó fundamental la arquitectura de los espacios donde se iba a recluir a la gente, pues tendrían un control de los sometidos y de la actividad que hicieran. Foucault lo visualizó así: *Mas para la implantación de esa disciplina se precisaba de una estructura arquitectónica distinta a las habituales en la época. Por dicha razón, se debilitó la idea de la construcción ornamentada, majestuosa, donde primaba la ostentación. Lo mismo ocurrió con la relevancia concedida a la vigilancia del exterior, que decayó en importancia, para prestarse atención al control interno del edificio, de los individuos que se hallaban dentro, puesto que la propia edificación debía ser útil para transformar la conducta de los internos en ellos. Consecuentemente, se hizo trascendental la estructura que permitía observarlo todo, disciplinando y vigilando, constantemente, con una simple mirada. Fue así como se pudo dominar el cuerpo sin agredirlo, se pudo controlar al individuo sin recurrir a la violencia ni a la fuerza.* (Focault, 1990).

Más tarde, en 1789, y ya consolidada la idea de una doctrina disciplinaria, en Inglaterra se determinó la necesidad de construir la penitenciaria, esto como consecuencia, también, de la independencia de Estados Unidos de Inglaterra y, consecuentemente, del hecho de que ya no podían enviar a los prisioneros de un lado a otro.

Es así como, en 1791, Jeremías Bentham presentó la idea del panóptico que era una estructura arquitectónica con la que se pretendía que el gobernador o vigilante tuviera acceso visual a todas las personas privadas de libertad. El panóptico fue trascendente en el sentido de que se concentraba en un mismo proyecto integral o edificio con el régimen interior de vigilancia. De allí surgió la forma en que se estructuró el edificio.

Se dice que fue la primera relación directa entre lo que era arquitectura y penología. Bentham demostró que la vigilancia era importante, pero se le criticó, diciéndole que el hecho de estar viendo a los presos siempre no era de ninguna forma sinónimo de reformar a los delincuentes, pues la sola visualización de ellos no era suficiente. Curiosamente, este modelo, como veremos en

Volver al Índice

el desarrollo del trabajo de investigación, es adoptado por una única cárcel en Costa Rica y esta es precisamente para la reclusión de personas menores de edad.

Los cuáqueros en Inglaterra (que eran sectas de origen caritativo) fundaron la Sociedad de Londres para la mejora de la disciplina en las cárceles (1816), desarrollaron unos documentos donde recababan las características de las prisiones y así publicaron unos planos que eran una especie de edificios radiales; es decir, con un centro donde se encontraba lo que se podía denominar al día de hoy como edificio administrativo y con rayos alrededor, de tal forma que se podía visualizar la conducta de los prisioneros.

En los Estados Unidos, los cuáqueros vieron la necesidad de dar un trato diferente a los presos, aspecto que se vio beneficiado por las nuevas ideas que los independentistas llevaron en ese tema. El proyecto de ellos era muy parecido a lo que posteriormente fue el sistema Auburniano, pues se trataba de un aislamiento en la noche y trabajo colectivo y común en el día. De nuevo debe recalcarse que la infraestructura no refiere más que un tipo de recluso, el mayor de edad.

En 1829, en Filadelfia, John Haviland (arquitecto inglés) ideó una penitenciaria compuesta de rayos o brazos en donde el objetivo principal era la enmienda del delincuente con el arrepentimiento. Por eso se les aislaba totalmente, al punto de que cada celda tenía su patio y su propio servicio sanitario para que no saliera de allí nunca.

Otro de los modelos de principios del siglo XIX era el Aurbuniano (en 1821, su estructura arquitectónica fue ideada por Stephen Eames), el cual se basaba en el aislamiento absoluto entre el día y la noche. Pero tenía el problema de que las celdas eran diminutas, por lo que no se podía trabajar allí adentro. Al igual que el régimen filadélfico, el aislamiento seguía siendo nocturno, y el trabajo era en grupo en el día. Su diferencia era que el trabajo era en silencio absoluto y se mantenía a punta de látigo. Por esta razón, los europeos lo descartaron y se quedaron con la idea del modelo filadélfico.

En 1842, Joshua Jebb (ingeniero militar) ideó la penitenciaría de Pentonville, Londres, la cual era otro sistema radial y resultó ser un edificio radial donde los reclusos tenían un absoluto aislamiento. Tal modelo arquitectónico se replicó en varios países y continentes, por considerarse extremadamente seguro. Sin embargo, los estudios señalaron que no eran estrictamente panópticos, sino pseudopanópticos*:*

> *Por ende, la evolución de la morfología edilicia en los diversos países siguió en esos más de cien años similares derroteros, aunque eso sí, en cada lugar el influjo de los modelos fueron más o menos tardíos, y en cada edificación se podía encontrar peculiaridades singulares para adaptarlas a las particulares circunstancias de cada construcción, más siempre bajo las premisas preestablecidas de un pseudo-panoptismo que se amparaba en el modelo radial. (Morales, 2020).*

Más tarde, a finales del siglo XIX, se creó una estructura arquitectónica ya no radial (puesto que esta se consideraba que era muy costosa), sino de edificios paralelos, la cual era más fácil de ampliar y de ordenar. Este sistema carcelario fue utilizado por el arquitecto Poussin en la prisión de Fresnes, París, en 1898, y consistía en cuerpos de edificios que mantenían alineadas las celdas a lo largo de un pasillo o corredor, las cuales hacían que la vigilancia fuera intermitente.

Alfred Hopkins creó la estructura de la penitenciaría de Lewisburg que tenía está forma paralela, sin la radial. Un aspecto importante fue la implementación de complejos industriales,

Volver al Índice

y otro más relevante fue la ubicación de los comedores en el centro del edificio, con la idea de que era mejor que los internos fueran a la comida y no la comida a los internos.

Para 1898, el proyecto elaborado por Henri Poussin de la prisión de Fresnesles-Rungis en las afueras de París fue la génesis de lo que se conocería como los complejos penitenciarios:

> *[…] los cuales pueden ser definidos como un "conjunto de establecimientos y servicios diferenciados, interrelacionado y coordinado para hacer efectiva una mejor individualización del tratamiento y una efectiva aplicación de las distintas fases de la progresividad del régimen penitenciario". También, se puede entender dentro del concepto a un conjunto de edificios con diferentes funciones, como puede ser el caso de prisión junto a un tribunal de justicia, lo que permitiría ganar en operatividad, mejorando notablemente el aprovechamiento del suelo a la vez que se evita el traslado de los detenidos por la vía pública, con el riesgo que ello siempre comporta. Además, este tipo de infraestructuras carcelarias se caracterizan por ser autosuficientes y, normalmente, su construcción y el mantenimiento de la población reclusa ostenta un coste mucho menor. (Morales, 2020).*

Para los años 70, entran otras disciplinas a jugar, como, por ejemplo, la psicología ambiental, el estudio de la relación de las personas con los espacios, y resultan muy importantes los albergues estudiantiles y cómo el ambiente tiene que ver con la posibilidad real de aprender.

Para ese momento histórico, los psicólogos prefieren realizar el estudio en las cárceles, puesto que de allí pueden obtener mejores resultados, ya que los presos siempre estarán en los centros penitenciarios, no como los estudiantes que entran y salen de sus lugares de estudio, y así se logra ver cómo las personas reaccionan conforme es el ambiente.

A partir de este momento, se decide incorporar edificios bajo el sistema de psicología ambiental, se designa la construcción de tres edificios en Chicago, Nueva York y San Diego para ver cuál se iba a escoger y se selecciona la estructura ideada por Harry Weese porque incorpora el espacio del salón de día que forma parte de la unidad de vivienda. Las celdas son perimetrales, pero en el centro, en lugar de una torre, se encuentran todos los servicios, a diferencia de los anteriores modelos carcelarios en donde la característica principal eran los largos pabellones con celdas y pasillos.

Es una nueva forma penológica o de gestión del penal donde habrá una supervisión directa, un personal es el encargado de la gestión de los privados de libertad en forma directa, existiendo una relación proactiva, no reactiva. Los edificios serán más humanos, con aire acondicionado, alfombras y orientados a una rehabilitación, es decir, en beneficio de la recuperación de los delincuentes.

Para estos tiempos, se consideraba que la celda como tal había perdido vigencia o protagonismo, las instituciones eran más pequeñas, y la seguridad pasó a segundo plano.

> *La construcción de una institución para la formación profesional de jóvenes adultos privados de la libertad, en las proximidades de la ciudad de Los Angeles en 1961, es el primer ejemplo de diseño que conocemos de un establecimiento basado en el empleo de unidades funcionales. La necesidad de construir un instituto de 1.200 plazas y la especial población a alojar, junto a la experiencia del estado de California en la cons-*

Volver al Índice

> *trucción de establecimientos dispuestos en forma de "satélites", desembocó en un planteo novedoso. El partido arquitectónico del California Youth Training School proyectado a fines de los años '50 propuso tres "unidades" de cuatrocientos internos en tomo a un amplio campo deportivo, junto con las instalaciones comunes, cocina, servicios, talleres, etc. Cada "unidad" era considerada como una pequeña institución autónoma, con sus sectores administrativos y comunes al centro del edificio y las alas de alojamiento dispuestas en forma radial en ambos extremos, cada una con capacidad para 25 internos (U.S. Federal Bureau of Prisons, 1960). (García, 2019).*

Vemos así cómo empieza a dar una modificación más radical en el concepto arquitectónico de la prisión y, de paso, se toma en cuenta la particularidad de que esta cárcel tiene el fin específico de formar a jóvenes adultos, lo que no quiere necesariamente decir, ni se intuye de ello, que sus características especiales sean por la "calidad" de los reclusos.

Otro elemento importante es que, a partir de mediados del siglo XX, la psicología ambiental juega un papel importante en el diseño arquitectónico, pues se empieza a estudiar la relación conducta versus entorno físico, en el que se establecen, entre otros aspectos, mobiliario, materiales y colores diferentes a los que prevalecían ordinariamente. Véase que los estudios siguen siendo históricos y a partir de la arquitectura diseñada para los mayores de edad, sin que se vislumbre estudio alguno de cómo abordar a las personas jóvenes.

En general, en esta época, se habla de prisiones con un entorno arquitectónico normalizado, es decir, sin rejas o, por lo menos, con menos rejas y barrotes, haciendo más común la vida en libertad, puesto que, entre otras características, se da la estrecha relación entre los vigilantes y los reclusos: *"La combinación del novedoso diseño con el nuevo estilo de administración fue bautizada con el nombre de "N neva Generación" o "Podular/Supervisión Directa", siendo el edificio de planta triangular de Chicago concebido por el arquitecto Weese, el que se convirtió en paradigma de la nueva arquitectura penitenciaria"*. (García, 2019).

La arquitectura penitenciaria de nueva generación, en donde prevalece la supervisión directa, se caracterizó por los siguientes principios: efectivo control, segura supervisión, personal competente, protección de los internos y del personal, economía operativa o menos costosa, comunicación efectiva, mejor clasificación y orientación, trato justo y equitativo y una aceptación del modelo por parte de reclusos y funcionarios. Tal y como se ha indicado y se observa de esta descripción de principios, casi son similares a los vigentes en libertad.

Para finales del siglo XX, se destacaron la cárcel que se construyó en Canadá, el Instituto Femenino de Grand Valley, en Kitchener, y la Institución Correccional de Fenbrook, en Ontario, los cuales fueron los mejores ejemplos de la corriente que perseguía la normalización de las prisiones.

En Francia, cuando François Miterrand fue primer ministro, se diseñó una cárcel con un diseño tipo barriadas, con viviendas en espacios abiertos, talleres en forma separada, al igual que un campo deportivo.

Tal y como lo sigue exponiendo Manuel Ruiz-Morales, en el siglo XXI, en Noruega y Dinamarca, aparecieron unos modelos de cárceles tipo pueblo, con talleres, plazas, etc., donde se trató de hacer de la prisión algo más cercano a la vida en libertad y con una capacidad reducida, hasta 250 personas, pero eso sí estaban amurallados.

Volver al Índice

Este tipo de cárcel fue ideado por Erick Moller en el año 2010 y, como se explicó, se trató de hacerlo lo más parecido a una ciudad medieval con una plaza de deportes, centro de música, bosque y edificios pequeños en donde estarían no más de ocho personas. La gran ventaja de estas prisiones era la cantidad de reclusos que tenían los países escandinavos, lo que les permitía tener esa estructura.

Un ejemplo era la cárcel de Handel Fengsel que, dentro de sus características, se indicaba que era la más humana, pues tenía características propias de la convivencia en libertad. Los presos estaban activos durante 12 horas al día, ya sea laborando, en deportes u otras actividades lúdicas.

> *El presidio cuenta con doscientos doce dormitorios individuales, con baños totalmente alicatados, nevera y televisor de pantalla plana. Cada decena de celdas posee una cocina y sala de estar para la relajación y distracción, tras el día de trabajo, y en ningún lugar existen barrotes. Además, el presidio sólo se encuentra rodeado por una muralla perimetral de unos escasamente dos metros. (Morales, 2020).*

Además de estos estudios, Gonzalo de Llano Macri, en su artículo titulado: *Arquitectura de la prisión en el régimen penal juvenil*, realiza un enfoque, pero no exactamente de la arquitectura como estructura, sino más bien critica por qué los sistemas carcelarios existentes no tienden a ayudar en nada a cumplir los objetivos por los cuales fueron creados; es decir, la reforma de la conducta y la resocialización. Así mismo, critica el hecho de que las cárceles para menores no son más que el reflejo de las de mayores, en donde se normaliza la existencia de llaves, rejas, empleados penitenciarios vestidos en forma militar y pabellones comunes. Previo a describir algunos de los principios que rigen las instituciones donde los jóvenes están detenidos, refiere que: *"En definitiva si el sistema de encierro, crea una personalidad en el recluso adulto, lo que produzca en un joven en estado de vulnerabilidad en plena formación de su "yo", será exponencialmente más dañoso"*. (Llano, 2017).

Los principios que rigen las cárceles serían: una política de seguridad que en sí es nociva, pues aleja en absoluto los fines de reinserción a la sociedad de las personas menores de edad sentenciadas; el simbolismo militar, pues toda las soluciones intracarcelarias se derivan del autoritarismo, la disciplina castrense y la represión, lo que genera en jóvenes rebeldía, ansiedad y sensación de injusticia y, por último, el aislamiento comunicacional que mantiene relación directa con el divorcio del joven con la tecnología, lo que, a su vez, genera un desface de este a la hora de recuperar la libertad.

En fin, como podemos apreciar, si bien el estudio indica que es de arquitectura penitenciaria en jóvenes, va enfocado a ideas de cómo debe ser la cárcel para los jóvenes a la hora del abordaje, mas no cómo debe ser la estructura arquitectónica propiamente dicha para alcanzar el fin socioeducativo, promovido por los diversos instrumentos internacionales y la ley común.

En su artículo, *Arquitectura penitenciaria,* Julio Altman Smythe hace un recorrido de las características de las cárceles: la prisión antigua, los antecedentes arquitectónicos, la seudohumanización de las prisiones, el sistema celular y así hasta llegar a describir los sistemas de arquitectura penitenciaria, destacando el sistema de inspección central, el sistema de espina, el sistema de pabellones autónomos y de allí prosigue con lo que deben ser los elementos de una moderna arquitectura penitenciaria, los cuales deben ir de la mano con lo que regula la norma 58 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, entre otros. Altman

Volver al Índice

refiere, citando al penitenciarista norteamericano James V. Bennett:

> *El tipo de edificación e instalaciones de los establecimientos refleja no solamente la filosofía que los informa, sino que ejerce una influencia en la clase de programa que se sigue y en los resultados que podría obtenerse" Toda política carcelaria se debe basar en la creencia de que los reclusos pueden ser readaptados mediante un tratamiento científico. (Altman, 1970).*

De acuerdo con los elementos básicos de la moderna arquitectura penitenciaria, el autor menciona la necesidad de una diversificación de los establecimientos, la singularidad de la seguridad de las prisiones, los sistemas de celdas, cómo deben ser las celdas en el interior y exterior, los alojamientos colectivos, la ubicación de las prisiones, la capacidad de ellas y la necesidad de los talleres, eso sí, sin particularizar en cárceles para personas menores de edad. En otras palabras, enfoca la visión de la arquitectura penitenciaria dentro del ámbito de los mayores de edad.

En el año 2021, se publica el trabajo: *Arquitectura penitenciaria, efectos del encarcelamiento,* donde se expone, en forma general, en primera instancia, una breve historia de los establecimientos carcelarios, de las partes de la prisión y del ámbito personal y social. Se refiere la necesidad de hacer que la estructura penitenciaria no se quede simplemente en una construcción de cemento, sino que esté acorde con el fin que se le da a la sanción. Se habla de la necesidad de estructuras, de los espacios individuales y comunes, de tal forma que no sean propicios de crear conflictos e, incluso, se agrega que, en los lugares comunes, como las regaderas, debería establecerse una vigilancia.

Lo mismo ocurre con los espacios destinados a las visitas del exterior, ya sea de familiares o visitas conyugales, por lo que se debe tratar de que estos sean sencillos, cómodos e iluminados y, si existe algún conocimiento previo de actos de violencia, pues se debe brindar la seguridad necesaria.

Se señala que la supervisión del personal hacia los privados de libertad debe ir de la mano de la construcción de las prisiones, las cuales históricamente han tenido una vigilancia indirecta y una directa, principalmente en las cárceles de los países nórdicos, en concreto, Noruega.

En este estudio, se hace énfasis en la necesidad de espacios seguros donde se fomente la sana convivencia que es vital para que el privado de libertad pueda ser empático con su reincorporación a la sociedad. Por eso, el fomento de espacios destinados al aprendizaje, a la realización de labores y entretenimiento es trascendental. Se recalca que, si no hay un conocimiento adecuado de los fines de la pena, el arquitecto y, en consecuencia, la edificación de una cárcel de poco servirán.

Podríamos indicar que este texto es el más cercano a lo que es una visión utilitaria de la cárcel en relación con la pena, eso sí, no menciona ningún aspecto de la particularidad del derecho penal juvenil, en sus principios y objetivos, diferentes a los de los adultos presos.

En el artículo *Planificación, diseño y gestión de los espacios de privación de libertad en el marco jurídico de seguridad y derechos humanos*, el arquitecto Daniel Castro Machado refiere la necesidad de adecuar las instalaciones carcelarias (que no han abandonado la idea "benthaniana") a los instrumentos internacionales que se han aprobado y que tienen que ver con lo correspondiente a las instalaciones penitenciarias. Aboga por la necesidad de que el problema carcelario sea una cuestión de Estado y que, a partir de allí, se fijen objetivos. Señala que existen grandes problemas en los sistemas penitenciarios de América Latina y que, para poder solucionarlos, se deberá seguir una matriz

Volver al Índice

donde haya un programa de necesidades acorde al marco jurídico y a los recursos humanos profesionalizados y especializados.

También indica que hay una relación directa entre la arquitectura, el hacinamiento y la sobrepoblación junto con la violencia que se presenta en los centros carcelarios, de modo que cuanto más sea la población en un lugar determinado, habrá más actos violentos, más enfermedades, más suicidios, más problemas disciplinarios y más patologías.

La arquitectura carcelaria debe considerar aspectos, tales como la densidad de la población, el espacio personal, el espacio íntimo, la privacidad y el hacinamiento, ya que estos aspectos son primordiales para todas las personas, pero principalmente para los y las adolescentes, pues son vitales para su desarrollo físico y psicológico.
El autor menciona que, por medio de investigaciones científicas a nivel transdisciplinario, se ha podido llegar a concluir la necesidad de un diseño o concepto de espacio personal, desplazando el históricamente conocido como "plaza penitenciaria o plaza carcelaria".
Los indicadores que se establecen para las prisiones de los y las adolescentes son en relación con la superficie programática mínima: sesenta y cinco metros cuadrados por cada uno; la cantidad de personas por prisión: ochenta adolescentes; en cuanto a la relación residencial-programática:

> *Para la correcta gestión del modelo socioeducativo es necesario transformar programáticamente el espacio "celda"-lugar donde actualmente transcurre gran parte de la vida de los adolescentes en un dormitorio individual, resulta necesario contar entre otros aspectos con edificios y locales programáticos en cantidad y superficie suficiente y proporcional al número de personas privadas de libertad. (Castro, 2016).*

Por último, en este aspecto, refiere la necesidad de que la prisión tenga una tipología urbana tipo "campus" para que responder a las necesidades del modelo socioeducativo, en donde exista una relación proporcional entre el espacio abierto y el cerrado. El autor recalca el compromiso que tiene el arquitecto de diseñar la prisión de acuerdo con los estándares legales convencionales e, incluso, nacionales de cada país donde se cumpla o se trate de cumplir con la finalidad primordial de la pena, la cual es la reincorporación a la sociedad. También reafirma la necesidad de una mayor seguridad perimetral externa a una interna, en donde el campus (prisión) sea un verdadero espacio de reclusión y que no solo se restrinja la libertad ambulatoria, sino también se reduzca la vulnerabilidad y se fomenten las condiciones para el cumplimiento del fin socioeducativo.

A partir de este documento del año 2016, según la investigación, se exponen aspectos relevantes acerca de lo que debería ser la infraestructura carcelaria en materia de personas adolescentes, diferenciándolo en parte de las personas adultas.
En nuestro país, contrario a lo que se dio en Europa y Estados Unidos, la cárcel no surge como resultado del utilitarismo que aparejó la Revolución Industrial, pues, como sabemos, en el siglo XIX, nuestro país fue estrictamente un país agrícola donde predominaba la siembra del tabaco, café y banano.

Tal como lo expuso Mónica Granados en su ensayo *El sistema penitenciario, entre el temor y la esperanza*, en Costa Rica, la cárcel obedece a la "transculturación punitiva". De esta forma, desde el siglo XIX y hasta casi los años 70 del siglo XX, las prisiones en Costa Rica basaban sus estructuras en los modelos de Pensilvania y de Auburn. A partir de 1976, se implementó el modelo progresivo que consistía básicamente en el hecho de que el privado de libertad avanzaba o progresaba paulatinamente dentro de prisión,

Volver al Índice

hasta que podía salir en libertad, teniendo como principal objetivo la resocialización y/o la rehabilitación.

El sistema progresivo implica una transformación en todos los aspectos de ejecución de la pena y, para ello, cuenta con modelos propios en elementos, tales como la arquitectura, el trabajo, la educación, la convivencia, el personal penitenciario. La arquitectura deberá combinar la idea de la progresividad con la seguridad pública, de manera que cada etapa responda al nivel de adaptación que tenga el interno en ese momento y que garantice a la vez la custodia de los internos. (Alvarenga, 1991).

Nótese que la autora refiere la necesidad de adecuar la arquitectura penitenciaria a los sistemas o modelos penitenciarios adoptados. En ese momento histórico, era importante hacer ver estos aspectos, pues eran novedosos.

Además de este estudio de Mónica Granados, se han desarrollado pocos estudios de la arquitectura penitenciaria costarricense, y más bien estos se han concentrado en el desarrollo histórico de los modelos penitenciarios y su relación con las estructuras carcelarias adoptadas en el país; es decir, en investigaciones con un enfoque penológico.

3.- CONCLUSIÓN

Es difícil concebir una estructura carcelaria realizada sin una visión acorde con el fin de la pena o la sanción que se va a imponer, pues como se ha visto, con el paso del tiempo, la visión de la cárcel como simple encierro ha ido evolucionando o más bien se ha ido modificando. Sin embargo, la realidad de las cosas nos lleva a observar que hay un claro divorcio entre un aspecto y otro.
Hoy en día, lo primero que debemos cuestionarnos es si hay un modelo penitenciario que se debe seguir, si este es acorde con las leyes que se aprueban y, por último, si se da la sincronía entre lo dogmático y lo práctico.

Con la visita a los centros de atención institucional, en el caso de los Centros de Formación de Menores, concluimos que tal sincronía está ausente y que el espacio para lograrla es muy restringido, puesto que, entre otras cosas, tratándose de esta materia, no es políticamente atractivo.

4.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarenga Odio *et alt*. (1991). *Reconstrucción normativa de los modelos penitenciarios en Costa Rica 1821 a 1991*. Tesis para optar por el título de Licenciados en Derecho. Universidad de Costa Rica.

Altman Snyte, Julio. (1970) *Arquitectura penitenciaria.* Dialnet https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5144041.

Arquitectura penitenciaria como espejo de las ideas penales. (Parte III y última). *Por notitia criminis*. https://notitiacriminis.mx/tribuna/nfirmas/2030/.

Arquitectura de la prisión, en el régimen penal juvenil por pensamiento penal. https://www.pensamientopenal.com.ar/etiquetas/derecho-penal-juvenil.

Arquitectura penitenciaria por Dialnet. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5144041.

Castro Machado, Daniel. (2016). *Planificación, diseño y gestión de los espacios de privación de libertad en el marco jurídico de seguridad y derechos humanos*. *Informe 2016*. Derechos Humanos en el Uruguay.

Debates criminológicos. *Arquitectura penitenciaria y discursos penológicos.* YouTube https://m.youtube.com/watch?v=ai7bXHWtLaU.

Focault, Michel. (1990). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI.

García Carlos. *La arquitectura penitenciaria de nueva generación*. https://www.academia.edu/34529349/La_Arquitectura_Penitenciaria_de_Nueva_Generaci%C3%B3n_Qu%C3%A9_es_la_Supervisi%C3%B3n_Directa.

La arquitectura penitenciaria como espejo de las ideas penales. Parte II. *La Querella Digital* https://notitiacriminis.mx/tribuna/nfirmas/1040/

Méndez Lecona. (2023). *Arquitectura carcelaria y readaptación social. El caso de los reclusorios de la capital mexicana (1971-1976).* F https://www.redalyc.org/journal/3768/376876173008/html/.

*Prisiones en México. Memoria visual y escrita. El equilibrista otra vez***.** OADPRS https://www.gob.mx/prevencionyreadaptacion/documentos/convocatoria-para-el-puesto-de-oficial-en-prevencion-penitenciaria.

Ruiz Morales, Manuel. (2020). *La arquitectura penitenciaria como representante del castigo. Las maneras de comprender la pena de prisión en la historia*. Universidad de Cádiz.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 101 - 120, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN COSTA RICA: REFLEXIONES DE LA LEY N.° 9699 A LOS CINCO AÑOS DE SU IMPLEMENTACIÓN

***MSc. Aurelia Fernández Delgado*[1]**

RESUMEN

Este artículo tiene como finalidad analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica. Se aborda la génesis de su implementación en el país, explorando para ello la política criminal y las exigencias internacionales a través de organismos como la OCDE. Se estudian los criterios de imputación de la responsabilidad penal, tanto el modelo de heterorresponsabilidad como de autorresponsabilidad y su comparación con el derecho penal español. Se examina el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal a las corporaciones públicas y privadas. Finalmente, se analiza la importancia de los programas de cumplimiento como herramienta para prevenir por un lado la comisión de delitos, así como la atenuante de responsabilidad penal.

Palabras claves: persona jurídica, teoría del delito, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, programa de cumplimiento.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the criminal responsibility of legal persons in Costa Rica, addressing the genesis of its implementation in the country, exploring new criminological approaches, criminal policy and international requirements through organizations such as the OECD. The criteria for imputation of criminal responsibility are studied, both the model of heteroresponsibility and self-responsibility and their comparison with Spanish Criminal Law. The catalogue of crimes that generate criminal liability for public and private corporations is examined. Finally, the importance of compliance programs as a tool to prevent the commission of crimes, as well as mitigating criminal responsibility, is analyzed.

Keywords: legal entity, theory of crime, self-responsibility, hetero-responsibility, compliance program.

Recibido: 04 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica y máster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. Actualmente, se destaca como jueza del Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de la Zona Sur, Corredores. Correo electrónico: afernandezde@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

INTRODUCCIÓN

La internacionalización de la economía ha traído a colación diversos actores, entre ellos, las personas jurídicas. Hoy día, si bien las grandes empresas, sobre todo las transnacionales, son fuente de riqueza, también pueden ser parte de vulneración de los derechos humanos, pues las organizaciones corporativas en la búsqueda de maximización de los recursos generan tensiones con el medio ambiente, derechos laborales, corrupción, entre otros.

Es así como la Organización de las Naciones Unidas estableció los 31 Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que el Consejo de Derechos Humanos aprobó por unanimidad el 16 de junio de 2011, reconociendo con ello el rol preponderante que juegan las empresas en la tutela de los derechos humanos[2].

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030, la cual estableció la hoja de ruta que debían seguir los países en los próximos doce años en materia de derechos humanos. Esto les da sentido a los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, en donde se plantea el crecimiento de los Estados de manera sostenida, inclusiva y sostenible y, debido a que la visión meramente paternalista de los Gobiernos ya no se puede sostener, los países requieren también de la adecuación de las empresas al cumplimiento, en lo que corresponda, de estos objetivos[3].

En esa búsqueda de respuestas para obtener una sociedad más equitativa, deber del Estado frente a sus habitantes, en Costa Rica, nace la Ley 9699, la cual implementa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el país.

La responsabilidad penal de las empresas es una realidad que países como España, Suiza, entre otros, tienen años de haberla instaurado en sus ordenamientos jurídicos. Esto surge ante la necesidad de crear un mecanismo eficiente de lucha contra los efectos criminógenos que yacen en estructuras desorganizadas de las personas jurídicas, donde el sistema de la responsabilidad penal individual ya no era eficaz en la neutralización de la comisión de delitos por parte de las corporaciones.

A continuación, se estudian el surgimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento costarricense, así como los delitos por los cuales responden penalmente las empresas públicas y privadas, se realiza una crítica a ese catálogo reducido de delitos, donde se dejan por fuera hechos cometidos contra el medio ambiente, la trata de seres humanos, la financiación ilegal de partidos políticos, entre otros.

Asimismo, se estudia el criterio de imputación de responsabilidad penal. Para ello, se analizan el modelo vicarial y de autorresponsabilidad, se examina la jurisprudencia española, ya que, en Costa Rica, no existe a la fecha jurisprudencia sobre el tema. Finalmente, se realiza un análisis de los programas de cumplimiento y su eficacia en la obtención de un *management* organizado y adecuado para la prevención de hechos delictivos, así como una herramienta de atenuación de responsabilidad penal.

2 Agosto, 17, 2024, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf
3 Agosto, 17, 2024, https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/

Volver al Índice

ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica nace como un instrumento legal exigido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Interesa rescatar que la OCDE tiene un marco normativo de acción sobre la responsabilidad social empresarial, de ahí que se encuentran las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Se trata de recomendaciones no vinculantes, dirigidas por los Gobiernos a las empresas multinacionales que operan en sus países o que poseen la sede en ellos, en temas como la transparencia, empleo y relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, entre otros, los cuales fueron actualizadas en el año 2011 y se creó un nuevo capítulo sobre derechos humanos, acorde con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos[4].

Durante los últimos años, diversos actores que tienen que ver con los derechos humanos han dirigido la mirada a las empresas, pues la economía ha extendido su poder junto con las empresas, y varias operaciones transnacionales de empresas rebasan la capacidad de regulación de cualquier sistema nacional.

Ante esta realidad de poderío económico, social y hasta político, sobre todo de las grandes empresas, las cuales han obtenido grandes ganancias durante años sin importar la transgresión de leyes, en donde a través de diferentes procesos se diversifican riesgos, hay una disociación entre quien actúa y quien responde, ya que, en la postmodernidad, la empresa generalmente no produce el producto entero, sino que diversifica sus productos. Así por ejemplo, en un determinado país, una empresa se encarga de materia prima, y otra empresa se ocupa de otro proceso, es decir, hay cadenas de valor donde se busca lo más barato. Se juega a la baja de precios y, en ese "juego" para la obtención de ganancias, se infringen bienes jurídicos[5].

De hecho, el autor León Alapont, haciendo referencia a lo manifestado por Nieto Martín, indica que "la persecución de personas jurídicas de mayor tamaño entraña una dificultad añadida, puesto que cuentan con una estructura organizativa más compleja que entorpece y ralentiza las investigaciones y, además, éstas pueden costear los servicios de prestigiosos despachos de abogados que les brinden la mejor de las defensas[6]".

Asimismo, se considera que, con el fin de atraer inversión extranjera, los países en desarrollo se basan en "normas débiles a la hora de asegurar el cumplimiento de los derechos humanos pueden ser una ventaja comparativa, se ven envueltos a menudo en una carrera a la baja para evitar hacer cumplir los derechos humanos y las normas laborales en un intento de atraer a las multinacionales que estén buscando la localización más económica para sus actividades[7]".

Los convenios internacionales apuntan a que los Estados deben establecer respuestas efectivas,

4 Septiembre, 21, 2023. https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf

5 Mercedes, Morón Lerma. "El perfil criminológico del delincuente económico". En García Aran, Mercedes (directora). (2014). *La delincuencia económica prevenir y sancionar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 29.

6 José, León Alapont. (2020). *Compliance penal especial. Referencia a los partidos políticos.* Valencia: Tirant lo Blanch, 46.

7 Ignacio, Forcada Barahona. "Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos". En Eduardo, Demetrio Crespo y Adán, Nieto Martín (directores). (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 56.

Volver al Índice

proporcionadas y disuasorias contra las personas jurídicas, en esos convenios, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000), la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, entre otras, y, en ellas, los Estados deben establecer respuestas por delitos cometidos por personas jurídicas.

Es por ello que la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Costa Rica, más que una "iniciativa" del legislador, ha sido una exigencia internacional. De ahí surge la Ley N.° 9699, *Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos*, promulgada el 10 de junio de 2019[8].

Si bien es cierto, la Ley N.° 9699, además de castigar penalmente a las personas jurídicas por la comisión de ciertos hechos delictivos, también promueve la adopción de modelos de organización, prevención, gestión y control en el desempeño de las funciones de las empresas, así como programas de transparencia y ética empresarial; es decir, promueve la incorporación facultativa de los *compliance,* la cual se visualiza como un método de prevención de la delincuencia económica en las empresas.

Una de las primeras cuestiones que interesa comprender es el concepto de *compliance programs*, conocido también como "programa de cumplimiento", "modelos o programas de prevención de delitos", en donde se puede señalar que un:

> *cumplimiento normativo, tiene un alcance quilométrico, puesto que puede llegar a ser tan amplio como la totalidad de normas aplicables a la actividad de una determinada corporación. Estas normas pueden ser impuestas por el poder legislativo de un Estado, por ejemplo, todas las leyes orgánicas, leyes ordinarias […] Finalmente, el término cumplimiento normativo puede hacer referencia también a las normas internas que voluntariamente la entidad se autoimpone*[9].

De esta manera, la legislación costarricense apunta al *compliance* como un mecanismo importante en la prevención y lucha contra la corrupción, de lo cual se hará referencia más adelante.

1.1 Delitos que generan responsabilidad penal a las personas jurídicas

El artículo 1 de la Ley 9699 establece un catálogo de delitos, por los cuales las personas jurídicas responderán penalmente en el Estado costarricense. Entre estos delitos, se encuentran algunos contemplados en la Ley N.° 8422[10], Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, los cuales serían: enriquecimiento ilícito, receptación, legalización o encubrimiento de bienes o legitimación de activos, legislación o administración en provecho propio, sobreprecio irregular, falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, pago irregular de contratos administrativos, tráfico de influencias, soborno transnacional, influencia en

8 Septiembre, 21, 2024. www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544

9 Jordi, Buxó Olivé y Guillem, Gómez i Casalta. (2022). "Sobre la configuración de un sistema de compliance: algunas variables a tener en cuenta". *Revista La Ley*. N.° 6292, 2.

10 Septiembre, 22, 2024, www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53738&nValor3=130556&strTipM=TC

Volver al Índice

contra de la Hacienda pública, fraude de ley en la función administrativa.

Por otro lado, se sancionan los siguientes delitos contemplados en el Código Penal[11]: cohecho impropio, cohecho propio, corrupción agravada, aceptación de dádivas por un acto cumplido, corrupción de jueces, penalidad del corruptor, negociaciones incompatibles, concusión, peculado, malversación, malversación de fondos privados y falsificación de registros contables

.

Como se observa, el catálogo de delitos que admiten persecución penal para las personas jurídicas es taxativo y reducido a una cantidad muy pequeña de conductas que se podrán perseguir. Esto no tiene sentido si lo que se busca es impedir que las personas jurídicas sigan gozando de una impunidad en la transgresión de bienes jurídicos relevantes en la sociedad, pues de por medio existen diversos derechos humanos que exigen ser respetados.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de avanzar en la ampliación de figuras penales que pueden realizarse desde el ámbito de la persona jurídica y, con esto, se hace referencia –sin pretender ser exhaustiva- a los delitos cometidos en contra del medio ambiente.

Si el principio del riesgo permitido implica que quien desarrolla un riesgo debe mantenerlo en la esfera de lo permitido; en caso contrario, le genera responsabilidad sobre todo cuando de lo que trata la empresa es generar un riesgo que le trae una ventaja económica y, debido a que las empresas son principales actoras de riesgo en el tema medioambiental, con vertidos contaminantes en ríos, océanos, tierra, emisión de gases contaminantes a la atmósfera, entre otros, no se concibe la debilidad en la protección social del medio ambiente en el país; asimismo, la trata de personas, ya que, tan solo en el 2021, la entrada neta de denuncias sobre este delito en el Ministerio Público fue de 229[12].

De hecho, la autora Laura Zúñiga señala que:

> *los estudios y la realidad social demuestran que los delitos cometidos desde estructuras complejas no consiguen ser identificados, procesados y castigados. Existe una gran cifra negra de la criminalidad en el ámbito socioeconómico, como delitos contra el medio ambiente, delitos contra los trabajadores, responsabilidad por el producto defectuoso, etc., dejando en indefensión a las víctimas de los mismos*[13].

Tampoco se previó dentro del catálogo de delitos por los cuales responde una persona jurídica y que se considera que es trascendental la financiación ilegal de partidos políticos prevista en los artículos 273 a 276 del Código Electoral de Costa Rica[14], y es que la forma de financiar los partidos políticos constituye un eje transversal en una democracia, ya que por medio de ellos, los y las gobernantes arriban al poder, lo que los hace

11 Septiembre, 22, 2024, www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=5333

12 Septiembre, 14, 2024, https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fsistemaplanificacion.poder-judicial.go.cr%2Fphp%2Festadistica_ju_po%2FMinisterio_P%25C3%25BAblico_2021__(Entrada_neta)_-_Cuadros_estad%-25C3%25ADsticos2023-05-08_10-27-06.xls&wdOrigin=BROWSELINK

13 Laura, Zúñiga Rodríguez. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española". En Eduardo, Demetrio Crespo y Adán, Nieto Martín (directores). (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 94.

14 Septiembre, 14, 2024. www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=66148

Volver al Índice

entidades de interés público y, por ello, merecen total vigilancia.

Siendo así, resulta de total relevancia que un delito que ya está previsto en la legislación se ubique dentro de las posibilidades de persecución penal para el caso de personas jurídicas, sobre todo porque con la reforma que se dio en el 2009 del Código Electoral, se trasladaron las competencias para la fiscalización del financiamiento partidario de la Contraloría General de la República al Tribunal Supremo de Elecciones. Esto conllevó a que le proveyeran al Tribunal Electoral mayores herramientas que permitieran revisar los ingresos y gastos de los partidos. Sin embargo, el legislador omitió incorporarla dentro del registro sancionatorio de las personas jurídicas.

No se deja de mencionar que los partidos políticos no forman parte de los sujetos a los que se les pueda imputar responsabilidad penal, pues según el artículo 2 de la Ley N.° 9699, solo las personas jurídicas de derecho privado costarricense o extranjero, domiciliado, residente o con operaciones en el país, así como las empresas públicas estatales y no estatales y las instituciones autónomas que estén vinculadas con relaciones comerciales internacionales responden penalmente.

A diferencia de lo que ocurre en España donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual fue instaurada en diciembre de 2010, tras la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 5/2010[15] que modificó el Código Penal y a través de una segunda reforma en dicha norma que empezó a regir en julio de 2015, Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo[16] y además tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2019 del 20 de febrero[17], se amplió el catálogo de diferentes tipos penales aplicables a las personas jurídicas y, además, por medio de estas reformas, se extendió a ciertas conductas penales ya castigadas desde 2010, esto hace que, en la actualidad, la financiación ilegal de partidos políticos genere responsabilidad penal a las personas jurídicas en España.

Para julio de 2022, con ocasión de las pasadas elecciones nacionales de 2022, el Departamento de Financiamiento de Partidos Políticos del Tribunal Supremo de Elecciones mantenía abiertas las investigaciones por la denuncia por la presunta recolección de donaciones irregulares contra el partido Alianza Demócrata Cristiana, el estudio por presunta donación irregular por parte de Meco a la campaña de precandidatura de Rolando Araya Monge; el estudio por presuntas irregularidades en el financiamiento del proceso de renovación de estructuras distritales en el cantón de Alajuela por parte del partido Liberación Nacional, ante supuestas contribuciones de la empresa MECO; el estudio especial del financiamiento de la precandidatura y candidatura de Rodrigo Chaves Robles por el partido Progreso Social Democrático, asociado a un fideicomiso no reportado; la denuncia por supuestas donaciones en especie irregulares a favor de los partidos Liberación Nacional y Unidad Social Cristiana, entre otras[18].

Es decir, se trata de un número importante de denuncias y estudios por presuntas irregularidades en la financiación de partidos políticos y, es que la tensión en el financiamiento de los partidos políticos ha existido a lo largo de la historia, ya que han buscado el ocultamiento de todo tipo de información, incluida la financiera, de hecho la autora Puente lo describe muy bien al señalar

15 Agosto, 11, 2024, https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.
16 Agosto, 11, 2024, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.
17 Agosto, 11, 2024, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2363.
18 Agosto, 10, 2024, https://elguardian.cr/partidos-politicos-tse-mantiene-abiertas-7-investigaciones/

que "estamos ante un campo especialmente susceptible al desarrollo de conductas irregulares y corruptas, y en el que además coinciden simultáneamente los reguladores y los regulados: son los propios partidos políticos quienes han de crear normas que limiten y sancionen sus propias formas de financiación[19]".

En ocasiones, el financiamiento privado ilegal a los partidos políticos hace que estos deban luego asumir compromisos que representan los intereses de aquellos sectores que los dotaron de recursos y "este tipo de financiamiento es el que a lo largo de los años ha evidenciado que sin tratamiento jurídico adecuado, podría tener un efecto pernicioso en el sistema, permitiendo que los partidos políticos representen los intereses privados o particulares de quienes contribuyen a su sostenimiento. No es ajena a esta preocupación la de crear mecanismos para evitar que el dinero con actividades ilícitas financien a los partidos[20]".

De esta manera, la propuesta de que las personas jurídicas respondan por este tipo de delito no es solo por el fin sancionador de una pena, sino más bien se apuesta al fin preventivo de la pena donde la posibilidad de exponerse a una pena genere que, en lo interno de los partidos políticos, se emplee el uso de los programas de cumplimiento o *compliance*, buscando un cambio en el seno de su organización y apostando a una nueva cultura basada en la identificación, prevención, control, gestión de riesgos, todo lo cual conlleve a evitar la realización de delitos.

Por tanto, queda evidenciada la necesidad de ampliación de la lista de delitos por las cuales deba responder penalmente la persona jurídica, pues, como se ha explicado, la desorganización en la cultura de la empresa puede provocar la lesión a cualquier bien jurídico, no solo a hechos vinculados a corrupción, como lo limita la legislación costarricense.

1.2 Criterios de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica

El artículo 4 de la Ley N°. 9699 establece los criterios de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, mencionando tres supuestos que son:

a. Delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas y en su beneficio directo o indirecto por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades generales de organización y control dentro de esta.

b. Delitos cometidos en el ejercicio de actividades de las personas jurídicas por cuenta y en beneficio directo o indirecto de estas, por quien, estando sometido a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, ha podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

c. Delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas y, en su beneficio directo o indirecto, por medio de intermediarios ajenos a la persona jurídica, pero contratados o instados por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en

19 Luz María, Puente Aba. (2017). *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 19.

20 Fernando, Tuesta Soldevilla y Tatiana, Mendieta Barrera. (2006). "Hecha la ley, ¿Hecha la trampa?: Una evaluación del financiamiento de los partidos políticos". *Revista Derecho PUG*. N. °. 59, 67.

Volver al Índice

nombre de la persona jurídica, por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Además, en ese mismo artículo, se excluye la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando cualquiera de las personas físicas señaladas en los supuestos anteriores comete el delito en ventaja propia o a favor de un tercero o si la representación que invocó es falsa.

Aquí la discusión se centra en el análisis de si la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es de heterorresponsabilidad - vicarial o de autorresponsabilidad, partiendo de que, en el modelo de transferencia también conocido como responsabilidad penal derivada, modelo vicarial o de heterresponsabilidad, donde el fundamento de la responsabilidad penal descansa en un hecho ajeno[21], en este caso, el hecho cometido por la persona física.

En contraparte con el modelo de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, donde responde por hechos cometidos por sí misma, "implica la prueba de haber cometido un hecho injusto y propio, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia[22]" de la persona jurídica sin estar supeditada a un hecho de conexión con la persona física.

La forma en que está estructurado el artículo 4 de la Ley N.° 9699 involucra a la persona jurídica por hechos cometidos en primer lugar por las personas físicas que están en el seno superior de la organización: las personas representantes legales, apoderadas, directoras, administradoras, es decir, aquellas que tengan capacidad de mando y decisión en la empresa[23] y, en segundo lugar, lo que realicen aquellas personas físicas subordinadas, ya sean personas empleadas de la corporación o intermediarias ajenas a la persona jurídica y que están sometidas al control y vigilancia de las primeras.

En este segundo supuesto, la empresa responde por no haber cumplido adecuadamente con el deber de vigilancia y control sobre estas personas colaboradoras. Además, la legislación exige que se realicen los hechos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Ahora ese beneficio no tiene que pensarse en que sea solo patrimonial, ya que "hay que valorar la aptitud e idoneidad objetiva de la conducta propiamente *ex ante,* sin que sea necesario que se materialice el beneficio directo indirecto de forma *ex post*. Incluso, podrían situarse situaciones que *ex ante* sean aptas para beneficiar a la persona jurídica y *ex post* ha causado un perjuicio a la entidad[24]".

Asimismo, el término beneficio directo o indirecto permite "extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales[25]".

21 Miguel, Bajo Fernández, Bernardo, Feijoo Sánchez, Carlos, Gómez -Jara Díez. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 26.

22 Miguel, Bajo Fernández, op. cit., 29.

23 En este sentido, para el primero de los supuestos, Ballestero Sánchez habla de un sistema de responsabilidad cuasi objetiva de corte vicarial y, en el segundo supuesto, menciona que guarda relación con la culpa in vigilando. Julio, Ballestero Sánchez. (2021). *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento en la pequeña y gran empresa*. México: Tirant lo Blanch, 354.

24 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit., 355*.

25 Agosto, 14, 2024 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.html.

Volver al Índice

De hecho, la estructura de imputación penal escogida por el legislador costarricense es casi una copia del artículo 31 bis del Código Penal de España, país que ha centrado toda una discusión dogmática en cuanto a qué tipo de responsabilidad sigue su Código Penal y, en ese análisis, podemos mencionar el pronunciamiento que ha tenido la Fiscalía General del Estado español, en la circular n.° 1/2016 del 22 de enero de 2016.

Esta circular hace referencia a la conexión de la responsabilidad de las personas físicas para poder involucrar la responsabilidad de la persona jurídica, incluso menciona que -al igual que en la legislación costarricense-, la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, ni de la identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica, así como tampoco se excluye la responsabilidad, aunque la persona física haya fallecido o se haya sustraído de la acción de la justicia.

Pero, a pesar de esos matices, la circular se decanta en considerar que sigue siendo un modelo de heterorresponsabilidad empresarial aunque atenuado, ya que se puede "incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas[26]".

Por otro lado, sostienen que se trata de un modelo de autorresponsabilidad, en donde la responsabilidad de la persona física no transfiere a su vez responsabilidad penal a la persona jurídica, sino que hace referencia a la propia responsabilidad penal de la persona jurídica que surge como consecuencia de la inexistencia de mecanismos adecuados para prevenir la comisión de conductas delictivas en lo interno de su organización.

Parece que ese modelo ha sido considerado por la Sala Penal del Tribunal Supremo español. En la sentencia n.° 154/2016 del 29 de febrero 2016, Ponente Maza[27] señaló que la culpabilidad de la persona jurídica era diferente a la de la persona física que cometió el delito, ya que la responsabilidad de la persona jurídica se derivó por no contar con medidas eficaces de prevención y de control de delitos. En ese sentido, la sentencia indica que:

> *La tipicidad de la intervención de la persona jurídica, no estriba exclusivamente en la comisión del delito atribuida a su administrador, ni al incumplimiento de su obligación de poner los medios necesarios para evitar los delitos en su seno, sino a la existencia de una infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propio a la persona jurídica […]* a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase

26 Agosto, 14, 2024 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.html.
27 Agosto, 10, 2024, https://STS 154/2016, 29 de Febrero de 2016 - Jurisprudencia - VLEX 599579023.

Volver al Índice

> de formas concretas de vigilancia o control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos.

No obstante, posteriormente, en la sentencia n.° 966/2016 del 16 de marzo de 2016[28]de la Sala Penal del Tribunal Supremo español, Ponente Marchena señaló que:

> *Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. […] Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo.*

Es decir, el Tribunal Supremo español no ha emitido una posición tajante si se sigue un modelo vicarial o de autorresponsabilidad y, justamente, se ha hecho la comparación jurisprudencial con España, ya que, en Costa Rica, si bien la ley entró a regir desde el 2019, no obstante, hasta este momento no existe ningún caso llevado con acusación por el Ministerio Público a los tribunales de justicia. La única causa que está abierta penalmente es conocida policialmente como el caso "Cochinilla"[29] y data del 2021.

La causa se mantiene aún en investigación, fase privada que no permite conocer el fondo del asunto donde se investiga la presunta obtención de beneficios indebidos por parte de empresas privadas en procesos de contratación de obra pública. Entre las empresas involucradas, se encuentra Meco que es una de las empresas mencionadas en el apartado 3.1 de este trabajo y que forma parte de la investigación realizada por el Tribunal Supremo de Elecciones por vincularse también con financiamiento irregular a partidos políticos, lo que recalca la importancia de ampliar el catálogo de delitos que generen responsabilidad penal a las personas jurídicas.

La discusión del criterio de imputación que se debe seguir no es algo meramente doctrinal, pues seguir uno u otro modelo tiene alcances a nivel práctico, por ejemplo, si:

> *el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro enten-*

28 Agosto, 10, 2024, https://complianceandalucia.com/wp-content/uploads/2016/04/sentencia-de-fecha-16-de-29

29 Agosto, 14, 2024, https://www.crhoy.com/nacionales/caso-cochinilla-29-imputados-por-presunta-red-de-corrupcion siguen- detenidos/.

Volver al Índice

> *dimiento -que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización- representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisible. Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación*[30].

La responsabilidad de las personas jurídicas circunscrita a hechos cometidos por las personas físicas (modelo vicarial), donde todo lo que hace la persona directiva, apoderada, entre otras, también se le imputa a la persona jurídica y sería una responsabilidad objetiva, prohibida por las garantías constitucionales y legales del país.

Por ello, la responsabilidad de la persona jurídica debe ser directa por hechos y culpabilidad propios (autorresponsabilidad) y no meramente por hechos de conexión; pero atendiendo, además, a que cuenten con las mismas garantías constitucionales y legales establecidas en la legislación interna e internacional, con esto se quiere decir que, en la construcción de la dogmática y la teoría del delito de la responsabilidad de la persona jurídica debe estar limitada a las mismas garantías que gozan las personas físicas; por ejemplo, contar con una persona abogada de su confianza o ser representadas por una persona defensora pública, respeto al principio de inocencia, principio de legalidad, proporcionalidad, entre otros.

Al respecto, señala Bajo Fernández haciendo referencia a Nieto Martín en que "el único límite en la construcción del modelo de responsabilidad colectiva es que sea conforme al derecho penal constitucional[31]".

La teoría del delito diseñada para los comportamientos individuales se ha ido desquebrajando, pues no es idónea con ese tipo de criminalidad de riesgo que se visibiliza en las personas jurídicas, ya que en donde hay sociedad de riesgo, podemos percibir injusto y culpabilidad como elementos configurativos de responsabilidad a las personas jurídicas.

Dentro de la construcción de la imputación penal de la persona jurídica en un marco de autorresponsabilidad, la idea central es que la empresa, como generadora de riesgos, cuando no los contienen diligentemente y, al final, se materializa en un resultado lesivo a bienes jurídicos, debe responder penalmente.

Por ello, se deben marcar un injusto y la culpabilidad propios. Así, el autor Bajo Fernández menciona que el hecho injusto de la persona jurídica estaría:

> *compuesta de un hecho especifico descrito en la norma concreta de que se trate (eludir pago…verter sustancia…) que contiene una modificación del mundo externo objetivamente constatable (…medio ambiente, etc), más un comportamiento, un hacer (o un omitir) que se verifica en la carencia de normas internas o ausencia de programas de buen gobierno…que disciplinen a sus directivos y empleados en el cumplimiento del Derecho o que origina defectos de organización determinantes del comportamiento típico*[32].

Por otro lado, en relación con el injusto de la persona jurídica, Ballestero señala que "para la configuración del dolo no bastará, únicamente, con establecer una teoría jurídica sobre la exclusiva

30 Agosto, 14, 2024 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.html.
31 Miguel, Bajo Fernández, *op. cit*., 34.
32 Miguel, Bajo Fernández, *op. cit*., 40.

Volver al Índice

base de la infracción de reglas de cuidado para conformarse el defecto de organización […] debe realizarse desde un doble plano de valoración, el doloso y el imprudente[33]".

En torno a la categorización de una teoría del delito para las personas jurídicas, Gómez-Jara Díez rescata que debe hacerse estableciendo equivalencias con la teoría jurídica del delito de las personas físicas[34]. De esta manera, con relación a la tipicidad objetiva, este autor señala que se aplica el criterio de imputación objetiva, basado en el defecto de organización, en otras palabras: "el equivalente funcional de la tipicidad objetiva o de conducta no permitida de la persona física es el defecto de organización de la persona jurídica[35]" y, en cuanto a la tipicidad subjetiva, sostiene que se basa en el "conocimiento organizativo de la persona jurídica respecto de los riesgos derivados de su actividad[36]".

El carácter antijurídico se encuentra cuando la conducta desplegada por la persona jurídica contradice el ordenamiento jurídico; es decir, cuando la conducta resulta contraria al derecho desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico y, desde el punto de vista material, resulta antijurídica porque la conducta lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado.

Con relación a la culpabilidad entendida como la capacidad que tiene una persona de motivarse conforme al derecho y, si no lo hace, resulta reprochable su conducta. En el caso de la persona jurídica, se puede entender dicho concepto desde la perspectiva de que las personas jurídicas pueden "generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho o expresado de otra manera, de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, constituye la base de su culpabilidad[37]".

En relación con la culpabilidad corporativa, Ballestero sostiene que se:

> *trata de aquella capacidad propia, otorgada legalmente para organizarse en libertad en interés del ejercicio de la actividad económica legal, que se expresa en el poder de dirección y corrección sobre los empleados […] se parte de una culpabilidad reactiva, esto es, que la empresa será culpable si tras el inicio de un hecho delictivo no reacciona conforme a lo que sería esperable de una organización diligente con base en la legalidad[38].*

De esta manera, se realiza el reproche a la persona jurídica cuando se determina que no se organizó debida ni diligentemente, ha tenido carencias graves de organización, lo que conllevó a cometer hechos delictivos. Es decir, se le hace el juicio del injusto penal y el reproche a la persona jurídica, porque se ha organizado de manera defectuosa, lo cual ha conllevado a crear un riesgo desaprobado, y ese riesgo finalmente desencadena en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

33 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 340.
34 Carlos, Gómez- Jara Díez, *op. cit*., 103.
35 Carlos, Gómez- Jara Díez, *op. cit*., 105-106.
36 Carlos, Gómez-Jara Díez, *op. cit*., 106.
37 Carlos, Gómez–Jara Díez, *op. cit*., 107.
38 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 343.

Volver al Índice

2 LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Si bien, en el apartado primero, se dio una aproximación conceptual de los programas de cumplimiento, conocidos también como *compliance programs,* interesa ahondar más sobre el tema.

Se debe señalar que estos programas no nacen como respuesta para evitar una sanción penal, pues de acuerdo con el derecho comparado y, propiamente, el anglosajón, surgen como un modelo de prevención de riesgos que lo puede ocupar una empresa para estar presente en determinado mercado, ya sea por exigencia de los partícipes de este, las Administraciones públicas, potenciales clientes, entre otros. Es decir, la idea principal que persiguen es un adecuado funcionamiento de la persona jurídica, respetuoso de las exigencias del derecho en general.

En cada empresa, existen reglas de conducta que determinan o influyen en las personas que la integran[39]. Por eso, se habla de diversas culturas o subculturas que pueden haber dentro de una misma organización corporativa, entonces el *compliance* permite tomar una "radiografía" de la realidad de esa empresa, de forma tal que, mediante diversas herramientas que proporciona el mismo programa de cumplimiento, se pasa de una organización defectuosa con una conducta de ilegalidad a una sola identidad cultural alineada a la responsabilidad y licitud.

Y es que, dentro de esas subculturas que pueden haber dentro de una persona jurídica, una de ellas puede ser, por ejemplo, el soborno para obtención de ganancias, sin importar límites éticos, morales y legales. Aquí uno de los grandes dilemas sería la implementación de la ética en los negocios, ya que cómo se hace para disciplinar a una empresa, si finalmente es una persona libre y privada.
Por tanto, precisamente el *compliance* no es un medio coactivo exigido por el Estado costarricense, sino facultativo, pero su implementación y aplicación son de gran relevancia para la propia persona jurídica como se explicará.

Sobre la importancia de los *compliance* como mecanismos de autorregulación de las personas jurídicas, Laura Zúñiga señala que:

> *de ello se ha derivado la necesidad de auto-contención y el desarrollo de los programas de cumplimiento preventivos de ilícitos, o también llamados compliance programs. Desarrollar códigos éticos al interior de las empresas se ha convertido en un imperativo propio de la responsabilidad social corporativa desde hace unos años. Ahora bien, el peso que han de tener dentro de la responsabilidad penal de las empresas es algo a discutir aún*[40].

Es decir, lejos de que una empresa se limite a implementar programas de cumplimiento, buscando algún tipo de exoneración o atenuación de la responsabilidad penal en caso de que se le persiga por la comisión de algún hecho delictivo, lo cierto es que, como lo señala Zúñiga, debe verse como una necesidad extra-penal donde quienes imperen sean personas jurídicas con programas de cumplimiento reales y eficaces, acordes con los principios rectores sociales de las empresas, en armonía con el respeto a los derechos humanos.

39 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 192.
40 Laura, Zúñiga Rodríguez, *op. cit*., 105.

Volver al Índice

El deber de las empresas de respetar los derechos humanos se refleja tanto en las leyes implementadas por cada Gobierno, así como también que esa responsabilidad subsista con prácticas que asuma voluntariamente y, en esto, el *compliance* juega un papel importante, porque, en esas normas de conducta autoimpuestas, se impulsa la satisfacción de las necesidades sociales de los integrantes de la comunidad.

Esto tiene consecuencias de carácter jurídico, financiero y para la propia reputación de la corporación, pues la comisión de delitos de la persona jurídica les puede afectar para obtener inversiones, potencial pérdida de clientes y, a nivel penal, según el artículo 11 de la Ley N.° 9699, se exponen a inhabilitaciones para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar o participar en concursos o licitaciones públicas, pueden perder beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social, así como la suspensión de los beneficios o subsidios estatales de los que gocen, incluso, se exponen a la disolución.

Por otro lado, para lograr esa cultura organizada o un buen *management* empresarial, el *compliance* debería contar con un mínimo de elementos. Sin pretender ser exhaustiva, este trabajo se enfoca en elementos establecidos en la legislación, sin obviar que existe extensa literatura jurídica que aborda el tema de la configuración de un *compliance*; pero por razones de espacio, se limitará a ese tópico.

Para lograr esa efectividad de un adecuado programa de cumplimiento, el profesor Ballestero Sánchez[41], quien sintetiza los elementos exigidos en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal de España, menciona que debería contener al menos un mapa de riesgos que permita identificar aquellos delitos que podrían cometerse en el seno de la empresa, el establecimiento de protocolos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, así como la adopción de decisiones y su ejecución, y la disposición de recursos financieros para implementar, revisar y mantener los programas de cumplimiento.

También agrega la obligación de informar posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del *compliance*, mediante canales de denuncias seguras (para quien denuncia) y además efectivas, establecer un sistema disciplinario que sancione apropiadamente el incumplimiento de las medidas que establezca cada programa y esto se entiende, ya que la efectividad en el cumplimiento de las normas se da no solo porque exista, sino también porque se ejecuta, es decir, no hay impunidad y, finalmente, la necesidad de verificar periódicamente el modelo, modificándolo cuando se detecten nuevos riesgos o infracciones, ya sea por cambios en la organización o nuevas líneas de negocios.

Este último punto es sumamente importante, ya que una persona jurídica no puede pretender instalar un programa de cumplimiento, sin que lo esté revisando, actualizando y modificando de acuerdo con la realidad que presenta en cada momento histórico, sobre todo, porque son normales la rotación del personal, las nuevas normativas gubernamentales y las exigencias del mercado, entre otras.

Confeccionar el diseño de prevención no es suficiente, se requieren su implementación y ejecución real dentro de la empresa, lo cual se logra no solo con una oficina de cumplimiento y con un oficial de cumplimiento, se debe transmitir a todo el grupo, por medio de capacitaciones, rendición

41 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 407-408.

Volver al Índice

de cuentas, transparencia en la información que se comparte, por lo que, "si la persona jurídica adopta un *compliance*, pero, ni lo implementa ni lo pone en funcionamiento, no podrá tomarse en consideración esta circunstancia tan siquiera a efectos de atenuación de la pena[42]".

Por eso, la persona juzgadora debe analizar muy bien y ser exigente en la valoración de la prueba de este tipo de programas, de forma tal que no resulten ser meramente "maquillaje" o simplemente "programas de papel"[43]; es decir, los programas de cumplimiento no pueden quedarse en meras intenciones de compromisos éticos, "tendrán que prever y establecer medidas preventivas reales para, al menos y como hemos visto, reducir el riesgo de posible realización de delitos de la misma naturaleza del finalmente acontecido, cuando su posible comisión hubiese sido previamente detectada en el mapa de riesgos anteriormente elaborado[44]".

En el caso de la legislación costarricense, los artículos 8 y 10 de la Ley N.° 9699 establecen los presupuestos mínimos que deben contener los programas de cumplimiento, tanto de las grandes empresas, así como las pequeñas y medianas. En ellos, se establece en lo que interesa que el *compliance* debe identificar las actividades que realiza la persona jurídica, aunque sean esporádicos, pero que incrementen el riesgo de comisión de delitos que deben ser prevenidos, el establecimiento de protocolos, los códigos de ética que prevengan la comisión de delitos, de hecho también determina la extensión de este tipo de códigos de conducta a terceros o socios de negocios, como proveedores, distribuidores, intermediarios, cuando sea necesario en función de los riesgos que existen en la empresa.

Por otra parte, exige instaurar protocolos para la formación de la voluntad de la persona jurídica, fijación de procedimientos de auditoría de los recursos financieros, la creación de procedimientos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios en contratos administrativos del sector público, la ejecución de un programa de capacitación periódica sobre el modelo a las personas directoras, administradoras, colaboradoras y terceros o socios de negocios.

Asimismo, prevé la revisión periódica de riesgos y verificación del modelo, y de su eventual modificación, la implementación de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas por la persona jurídica, así como realizar una auditoría externa de su contabilidad. Además, se le impone a ese auditor externo el deber de denunciar ante el Ministerio Público, en caso de que encuentre aparentes hechos ilícitos.

Mediante el Decreto Ejecutivo n.° 42399-MEIC-MJP del 4 de junio de 202045, Reglamento al título 11 de la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas N.° 9699, denominado "Modelo facultativo de organización, prevención de delitos, gestión y control de las empresas públicas estatales, no estatales y las instituciones autónomas", se establecen prácticamente en sus 33 artículos todos los requisitos mínimos y necesarios que debe contener un programa de cumplimiento, el cual es un instrumento importante de consulta en caso de que una persona

42 Jose, León Alapont, *op. cit*., 276.

43 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 415.

44 Alfonso, Galán Muñoz y Elena, Núñez Castaño. (2021). *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 55.

45 Agosto,17,2024, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=92268&nValor3=122111&strTipM=TC

Volver al Índice

jurídica decida implementar un *compliance* en el territorio costarricense.

Interesa explicar que, en la legislación costarricense, los programas de cumplimiento sirven como atenuantes de la responsabilidad penal, a diferencia de España, donde el artículo 31 bis, apartado 4 del Código Penal, establece como causa de exclusión de la responsabilidad penal, si previo a la comisión del delito, la persona jurídica contaba con un *compliance* eficaz para prevenir delitos de la naturaleza, el cual fue cometido para reducir el riesgo de su comisión.

Por otro lado, el artículo 31 *quater*, apartado d del Código Penal español, establece como causa de atenuación de la responsabilidad penal, si previo al juicio oral, la persona jurídica implementa un programa de cumplimiento, situación que es criticada por diversos autores, entre ellos Ballestero señala que:

> *no existe en el Derecho penal de las persona físicas ningún atenuante con base en la expectativa de ser buen ciudadano a futuro […] parece responder más a un acto de confianza ciega en la corporación y una promesa de comportamiento correcto y ejemplar, que a un hecho objetivo, científico, de que se ha modificado la cultura y el management empresarial, en tanto en cuanto, son hechos que requieren de tiempo*[46].

El artículo 12 de la Ley N.° 9699 establece que la persona juzgadora podrá rebajar hasta en un 40% la pena que se va a imponer en los delitos que les generan responsabilidad penal a las personas jurídicas, cuando haya implementado antes de la comisión del delito modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos de la misma naturaleza o para reducir el riesgo de su comisión.

Otro de los factores que atenúan la pena sería la denuncia interpuesta en sede judicial por parte de los altos mandos de la empresa (ya sean personas propietarias, directivas, integrantes de órganos de administración, representantes, apoderadas o encargadas de supervisión), así como la colaboración de estos en la investigación judicial. También gozaría de dicha atenuación cuando la persona jurídica implemente un programa de cumplimiento antes de realizarse el juicio oral. Interesa recalcar que el legislador les da el mismo trato a las personas jurídicas, en cuanto a la implementación de un *compliance,* ya sea *ex ante* o *ex post* comisión del delito y, sobre este punto, resulta relevante la observación apuntada anteriormente del profesor Ballestero sobre la falta de cientificidad en este tipo de beneficios a la persona jurídica, propio de un "derecho penal del amigo", pues se trata de una promesa de la empresa de que "nos vamos a portar bien", es decir, no obedece a criterios racionales y jurídicos (como, por ejemplo, reparar el daño causado) para ser merecedor de un menor reproche ante la comisión de un delito que se consumó y lesionó un bien jurídico.

Analizados los programas de cumplimiento a la luz de la regulación de la Ley N.° 9699 y de acuerdo con el modelo de autorresponsabilidad, el *compliance* sirve como instrumento que delimita ya sea el injusto penal o la culpabilidad de la persona jurídica ante la comisión de un hecho delictivo, ya que, por ejemplo:

> *a través de una medida de control que fue implementada por el programa de cumplimiento podemos acreditar ante el juez que el management de la empresa fue diligen-*

46 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 350.

Volver al Índice

> *te y no superó el nivel de riesgo permitido (ausencia de tipicidad) o, bien, que la empresa tan pronto tuvo conocimiento de un hecho delictivo en su seno despidió al empleado, cesó inmediatamente en la actividad que provocaba el daño y, además, lo comunicó a las autoridades judiciales. Concluyentemente, la corporación actuó diligentemente de forma reactiva (ausencia de culpabilidad)*[47]

Es decir, dependiendo del caso en concreto y los elementos que integren el *compliance*, va a permitir situarlo en el análisis de la tipicidad o culpabilidad según corresponda. Asimismo, podría servir como causa de atenuación de la responsabilidad penal, según el artículo 12 de la Ley N.° 9699.

De tal manera, los programas de cumplimiento van a servir a las personas jurídicas a nivel criminológico como medio de prevención de los delitos, creando una única cultura organizada y enfocada en un adecuado *management*, ya que, al eliminar las carencias en las políticas empresariales defectuosas que no controlan ni vigilan lo que ocurre en el seno de su funcionamiento, y el caso más grave es cuando se dedican a delinquir deliberadamente, por ejemplo, con sobornos para obtener ventajas donde traspasan la barrera de lo lícito.

El *compliance* busca también erradicar ese tipo de prácticas, lo cual es sumamente importante, pues finalmente deriva en empresas que responden al respeto de los derechos humanos en general. Pero, además, en caso de que se genere un hecho delictivo cometido por la persona jurídica, esto sirve como medida de atenuación de la responsabilidad penal dentro del marco normativo penal costarricense.

3. CONCLUSIONES

La realidad de hoy en día exige la construcción de una política criminal, acorde con hechos delictivos que trascienden a la persona física, pues existen delitos cometidos por personas jurídicas, cuya lesión o peligro a bienes jurídicos es de tal importancia por la afectación a los derechos humanos de millones de personas que no debe quedarse sin respuesta estatal.

Para la prevención y control formal de este tipo de delincuencia, en Costa Rica, se utiliza el sistema penal, por lo que se apunta a la necesidad de la creación de una teoría del delito propia para las personas jurídicas, donde se respeten las garantías constituciones y los tratados internacionales.

Es ahí cuando se considera que el modelo de autorresponsabilidad donde la persona jurídica responde penalmente por la comisión de hechos delictivos propios; es decir, con independencia del delito cometido por la persona física, por existir un *management* desorganizado en el seno de la empresa que ha generado un riesgo no permitido, lo cual desencadena en un peligro o lesión a un bien jurídico y es el modelo constitucionalmente adecuado para responsabilizar a las personas jurídicas, pues permite la integración del principio de legalidad junto con los demás principios propios del derecho penal, tales como la presunción de inocencia, taxatividad, proporcionalidad, entre otros.

De esta manera, los programas de cumplimiento se visualizan como un mecanismo eficaz para el buen desenvolvimiento de las personas jurídicas, pues a través de normas que previenen y controlan los posibles riesgos que pueden generarse en lo interno de las empresas, así como las sanciones efectivas en caso de incumplimiento de las normas

47 Julio, Ballestero Sánchez, *op. cit*., 346.

Volver al Índice

permean en una única cultura de organización dentro de la empresa, ya que toda la organización va a estar enfocada en cumplir con la normativa interna y estatal.

Además, de acuerdo con el tratamiento que le dio el legislador, el *compliance* funciona como atenuante de la responsabilidad penal. Por ello, la persona juzgadora debe analizar con sumo cuidado la implementación de programas de cumplimiento que le entreguen las empresas como medio de prueba defensivo, pues es importante que dichos programas tengan una veracidad práctica dentro de la empresa y no sean solo "programas de papel".

Finalmente, se apunta a la creación de nuevos delitos que generen responsabilidad a las personas jurídicas, pues la desorganización de una empresa puede llevarla a cometer no solo delitos de corrupción, sino además ambientales, financiación ilegal de partidos políticos, trata de personas, entre otros. Es decir, la dañación social va más allá, se requiere visibilizar esos bienes jurídicos colectivos, donde se cambie la percepción social de aquel delincuente construido con estereotipos lombrosianos y que pueda ser consciente de que la sociedad no es algo difuso, sino que realmente puede ser víctima cuando las empresas se componen de una organización defectuosa que termina cometiendo hechos delictivos.

4. BIBLIOGRAFÍA

Bajo Fernández, Miguel, Feijoo Sánchez, Bernardo y Gómez –Jara Díez, Carlos. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.

Ballestero Sánchez, Julio. (2021). *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento en la pequeña y gran empresa*. México: Tirant lo Blanch.

Buxó Olivé, Jordi y Gómez i Casalta, Guillem. (2022). "Sobre la configuración de un sistema de compliance: algunas variables a tener en cuenta". *Revista La Ley*. N.° 6292.

Forcada Barahona, Ignacio. "Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos". En Demetrio Crespo, Eduardo y Nieto Martín, Adán (directores). (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Galán Muñoz, Alfonso y Núñez Castaño, Elena. (2021). *Manual de derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

León Alapont, José. (2020). *Compliance penal especial. Referencia a los partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Martínez, Jorge. (2021). *La transparencia y rendición de cuentas de los partidos políticos en México*. México: Tirant lo Blanch.

Morón Lerma, Mercedes. "El perfil criminológico del delincuente económico". En García Aran, Mercedes (directora). (2014). *La delincuencia económica prevenir y sancionar*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Puente Aba, Luz María. (2017). *El delito de financiación ilegal de partidos políticos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Volver al Índice

Tuesta Soldevilla, Fernando y Mendieta Barrera, Tatiana. (2006). "Hecha la ley, ¿Hecha la trampa?: Una evaluación del financiamiento de los partidos políticos". *Revista Digital Derecho PUG*. N.° 59. En: htpp//www.redalyc.org/pdf/5336/533656158004.pdf.

Zúñiga Rodríguez, Laura. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española". En Demetrio Crespo, Eduardo y Nieto Martín, Adán (directores). (2018). *Derecho penal económico y derechos humanos.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Documentos institucionales

Fiscalía General del Estado. Circular n.° 1/2016 del 22 de enero de 2016. 14 de agosto de 2024. https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2016.html.

Ley Orgánica 5/2010. Boletín Oficial del Estado (152): 54811 a 54883. 23 de junio de 2010. 14 de agosto de 2024. https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

Ley Orgánica 1/2015. Boletín Oficial del Estado (77): 27061 a 27176. 31 de marzo de 2015. 14 de agosto de 2024. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

Naciones Unidas. (2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. 17 de gosto de 2024.

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf.

Naciones Unidas. (2020). Agenda para el Desarrollo Sostenible. 17 de agosto de 2024. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). (2011). Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. 21 de septiembre de 2023. En: https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf.
Poder Judicial, Departamento de Planificación. (2021). 14 de septiembre de 2024.

https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fsistemaplanificacion.poder-judicial.go.cr%2Fphp%2Festadistica_ju_po%2FMinisterio_P%25C3%25BAblico_2021__(Entrada_neta)_-_Cuadros_estad%25C3%25ADsticos2023-05-08_10-27-06.xls&wdOrigin=BROWSELINK.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. (2019). Ley N.° 9699. 21 de septiembre de 2024. ww.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=116544.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. (2004). Ley N.° 8422. 22 de septiembre de 2024. www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53738&nValor3=130556&strTipM=TC.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. (2009). Ley N.° 8765. En: www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=66148.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. (1973). Ley N.° 4573. 22 de septiembre de 2024. www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=5333.

Sistema Costarricense de Información Jurídica. Decreto EJECUTIVO 42399-MEIC-MJP. 2020. 17 de agosto de 2024.

Volver al Índice

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=92268&nValor3=122111&strTipM=TC.

Resoluciones judiciales extranjeras

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción: Penal. Sentencia n.°. Res. 154/2016. Fecha: 29/2/2016. Ponente: José Manuel Maza Martín. 10 de agosto de 2024. https://vlex.es/vid/599579023?from_fbt=1&forw=go&fbt=webapp_preview.

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección Primera. Jurisdicción: Penal. Sentencia n.°. Res. 966/2016. Fecha: 16/3/2016. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 10 agosto de 2024. https://www.bing.com/search?q=sentencia-de-fecha-16-de-marzo-de-2016-Ponentedea-MANUEL-MARCHENA-GOMEZ.pdf.

Noticias de prensa

Rojas, Pablo. 15 de junio de 2021. “Caso Cochinilla: 29 imputados por presunta red de corrupción siguen detenidos”. *CRHoy*. San José. https://www.crhoy.com/nacionales/caso-cochinilla-29-imputados-por-presunta-red-de-corrupcion-siguen-detenidos/.

“Partidos políticos: TSE mantiene abiertas 7 investigaciones”. 26 de julio de 2022. *El Guardián*. San José. https://elguardian.cr/partidos-politicos-tse-mantiene-abiertas-7-investigaciones/ .

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 121 - 134, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

FINES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEGISLACIÓN ESPECIALIZADA PENAL JUVENIL COSTARRICENSE, FRENTE A LA RESPUESTA PUNITIVA ESTATAL Y AL AUMENTO DELINCUENCIAL ACTUAL

MSc. Andrea Ortiz Hernández[1]

RESUMEN

Este artículo pretende analizar los fines y principios rectores de la materia penal juvenil, desde el desarrollo madurativo del cerebro adolescente, a fin de comprender la ideología que sostienen la legislación local y el bloque de convencionalidad, la necesidad de abogar por el fin socioeducativo y resocializador de la sanción penal juvenil, ante el aumento de la criminalidad en Costa Rica.

Palabras claves: derecho penal juvenil, principios rectores, sanción.

ABSTRACT

This article aims to analyze the purposes and guiding principles of juvenile criminal matters, from the maturation development of the adolescent brain, in order to understand the ideology that sustains national legislation and conventionality block, and the need to advocate for the socio-educational and resocializing purpose of juvenile criminal sanctions, in the face of the increase in criminality in Costa Rica.

Keywords: juvenile criminal law, guiding principles. sanction.

Recibido: 06 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1. Es máster de doble titulación en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España, y la Universidad de Palermo, Italia. Cuenta con 25 años de experiencia como defensora pública, destacándose en materias como penal ordinario, probidad y función pública, penalización de delitos contra la mujer y, desde el año 2019, en la Jurisdicción Penal Juvenil de Alajuela. Es facilitadora de contenido de la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública. Correos electrónicos: aortizh3318@gmail.com y aortizh@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

INTRODUCCIÓN

En tiempos actuales, nuestro país enfrenta una crisis preocupante en su estructura social, resquebrajada por el desgano de algunos sectores en la inversión en dicho componente. Esto ha llevado a que la falta de políticas efectivas para el fortalecimiento de la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, desencadene en la merma de la protección y asistencia necesaria para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad, generando un efecto nocivo en las poblaciones más vulnerables; entre ellas, las personas menores de edad.

No es de extrañar que la falta de inversión en educación, espacios de esparcimiento, en el fomento del desarrollo de actividades culturales y en la concientización sobre valores positivos para una adecuada convivencia social repercute negativamente en el aumento de la tasa de criminalidad, y esto lleva entretejida la inmersión paulatina de personas menores de edad en las estructuras de grupos delincuenciales.

Teniendo ese marco de referencia, hoy en día, existen algunos sectores que abogan por el aumento en el *quantum* y la severidad de las sanciones, en el marco del sistema judicial penal juvenil, argumentando que ello podría solucionar y detener la participación de personas menores de edad en conflictos judiciales.

Sin embargo, existe otro sector que apuesta por otro tipo de solución, evidentemente integral, y para el cual, el hecho de aumentar las sanciones en materia penal juvenil tendría un roce directo con la ideología propia de la materia especializada. Por ende, no habría forma de armonizar los principios y fines de la normativa con el bloque de convencionalidad, con la protección, la tutela efectiva de los principios rectores y los fines que integran el eje penal juvenil.

Con este líbelo, se abordará la razón de ser de una legislación diferenciada a la de las personas adultas, los principios rectores de la legislación penal juvenil, así como su fin ulterior, para comprender la ideología y el espíritu que marcan la materia especializada, según el desarrollo madurativo cerebral de la población adolescente, con el propósito de poder determinar si la posición que invita al aumento de las sanciones en esta esfera resulta antagónica con la protección del principio superior de la persona menor de edad, los principios rectores y los fines de la sanción penal juvenil, como respuesta punitiva estatal.

La población menor de edad requiere una protección especial y, si bien es cierto, la legislación costarricense se enmarca en un sistema de responsabilidad, esto no debería influir para que se olvide que las personas menores de edad que enfrentan un proceso penal no dejan de ser seres humanos en pleno desarrollo madurativo. Por eso, su tratamiento requiere aterrizar los principios rectores que integran la rama penal juvenil donde no se apuesta por el castigo, sino por un fin socioeducativo y resocializador.

LA ESPECIALIZACIÓN DE LA MATERIA PENAL JUVENIL

La materia penal juvenil es una materia especializada y tiene su razón de ser no solo por lo que determina la propia ley en su artículo 12, sino también porque así ha sido dispuesto por los tratados y convenciones que Costa Rica ha ratificado en esta materia.

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) de 1989, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, es el tratado internacional de mayor relevancia en materia penal juvenil. Surgió a la vida jurídica como todo un logro, después de mucho esfuerzo ante las injusticias que, en

Volver al Índice

tiempos antiguos, se cometían en detrimento de las personas menores de edad, dada la falta de regulaciones y disposiciones expresas para el resguardo de los derechos humanos de este grupo tan vulnerable.

Así mismo, determinó en nuestro país que la antigua Ley Tutelar de Menores no armonizaba con el contenido de la CDN y, por ello, en 1996 entró en vigencia la Ley de Justicia Penal Juvenil actual (en adelante LJPJ).

La especialización en la materia penal juvenil no solo implica que las personas defensoras, fiscales y juzgadoras que operan en la materia penal juvenil tengan una formación especializada, sino que deben mantenerse continuamente actualizadas, ya que, al ser el derecho una empresa social, entra en movimiento, según las necesidades sociales que pauten su regulación.

Resulta importante citar lo establecido en el artículo 37 de la CDN:

> *Los Estados Partes velarán por qué:*
> *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por los delitos cometidos por menores de 18 años de edad;*
> *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
> *Todo niño privado de su libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menor que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;*
> *Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción,*

Por su parte, el numeral 40 de la CDN dispone:

> *"Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que haya infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad […].*
> *[…] 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*
> *El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales;*
> *Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos*

Volver al Índice

> *niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.*
> *4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

Las anteriores transcripciones resultan relevantes y necesarias, porque de ellas se extrae mucho del contenido de la legislación penal juvenil costarricense. Así vemos que el espíritu del legislador fue armonizar el contenido de la LJPJ con lo dispuesto por la CDN, como parte del compromiso de nuestro país al ratificarla.

En los artículos 1 y 4 de la LJPJ, encontramos el marco de aplicación de la ley, ubicando dos grupos etarios que se clasifican a partir de los 12 años y hasta los 15, y de los 15 años hasta tanto no hayan cumplido los 18 años.

En el punto 21 de la Observación 24-2019, la edad recomendada por el Comité de los Derechos del Niño es de 14 años como marco de inicio, para que las personas menores de edad enfrenten un proceso penal juvenil, por lo que Costa Rica se ubica por encima de la media.

Por su parte, en el artículo 7 de la LJPJ, se encuentran los principios rectores que enmarcan la materia, los cuales se detallan de la siguiente manera:

> *Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como a protección e intereses de las víctimas del hecho.*

Abandonando la antigua Ley Tutelar de Menores, la LJPJ enfoca como su fin ulterior en su ordinal 44: "*[…] la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley y la ley de Justicia Restaurativa*". Por tanto, de forma hermenéutica, se van tejiendo los principios con los fines de la legislación, dirigidos por el bloque de convencionalidad, determinando con ello una ideología propia lejana a la materia penal de adultos.

Los principios rectores cumplen una función primordial. Siguiendo a Amey (2023, p. 86), los principios sirven como enmarcadores o conectores constitucionales de lo procesal, ya que unen los puntos entre cada principio. Además, tienen un papel perfilador o caracterizador, ya que delinean los aspectos fundamentales del sistema. Sirven de guía al sistema hacia su espíritu y finalidad, resguardando el carácter instrumental de las normas procesales en el marco de lo constitucional y de los instrumentos internacionales. Otorgan una perspectiva contextualizada y tienen una función sistematizadora, ya que dan coherencia y completez al sistema. Por ende, los principios cumplen un cometido de vitalización, ya que propician un destino de perfeccionamiento del sistema.

Para seguir construyendo esa armonía entre lo establecido en la CDN y la legislación local, observamos también cómo, en el tema de las medidas alternas, se priorizan la aplicación de la conciliación regulada en los artículos 61 y siguientes de la LJPJ, así como la suspensión del proceso a prueba en concordancia con lo

Volver al Índice

dispuesto por los numerales 89 y 132 de dicho cuerpo normativo. Ambas medidas alternas son utilizadas bajo construcciones de planes reparadores individualizados para cada caso concreto, tomando en cuenta no solo el bien jurídico que se pretende proteger, sino además las condiciones personales, sociales y comunales en que se ubica la persona menor de edad que opta por alguna de ellas.

Por su parte, en el tema de sanciones, priorizando lo dispuesto en el punto 4 del artículo 40 de la CND, en la legislación nacional, se les da a la persona juzgadora y a las partes un abanico de opciones para la imposición de una sanción, considerando el principio de proporcionalidad contenido en el numeral 25 de la ley de rito, los cuales llevan a considerar la sanción privativa de libertad de internamiento directo en un centro especializado, como la sanción más gravosa y, por tanto, impuesta con un análisis detallado y minucioso, cuando no sea posible o viable la imposición de una sanción menos gravosa.

El legislador, de hecho, toma textual el nombre de Órdenes de Orientación y Supervisión que refiere la CDN, para dar un listado de estas como parte de las posibles sanciones que se pueden llegar a imponer en la materia penal juvenil, las cuales incluso pueden ser impuestas como sanción principal o de cumplimiento simultáneo o sucesivo en aras del resguardo del fin socioeducativo. El legislador también utiliza el nombre de Libertad Asistida como una sanción socioeducativa de acuerdo con lo que la CDN llama Libertad Vigilada (tal y como se indicó *supra*).

Así, el ordinal 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil dispone:

> *Tipo de sanciones. Verificada la comisión o participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones:*
> *a) Sanciones socio-educativas. Se fijan las siguientes:*
> *1. Amonestación y Advertencia*
> *2. Libertad Asistida*
> *3. Prestación de servicios a la comunidad*
> *4. Reparación de los daños a la víctima*
> *b) Ordenes de Orientación y supervisión. El juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:*
> *1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.*
> *2. Abandonar el trato con determinadas personas*
> *3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.*
> *4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.*
> *5. Adquirir un trabajo.*
> *6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.*
> *7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.*
> *c) Sanciones privativas de libertad. Se fijas las siguientes:*
> *1. Internamiento domiciliario*
> *2. Internamiento en tiempo libre.*
> *3. Internamiento en centros especializados.*

Con el fin de cumplir con lo dispuesto por la CDN, la sanción socioeducativa de Libertad Asistida lleva inmersa dentro de la legislación local el abordaje en un programa técnico, según el bien jurídico que se protege en la acusación de un delito determinado, el cual se imparte por medio del Programa de Sanciones Alternativas del Departamento de Adaptación Social del

Volver al Índice

Ministerio de Justicia y Paz, ya que el objetivo en la ejecución de las sanciones deberá, a su vez, fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan a la persona menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades (artículo 133 de la LJPJ).

Para lograr lo indicado, se deberá elaborar un plan individual de ejecución de la sanción con cada persona menor de edad sentenciada, el cual contendrá todos los factores individuales de esta, para poder lograr los objetivos de la etapa de ejecución de la sanción (numeral 134 de la LJPJ). Por todo lo anteriormente señalado, la sanción de internamiento directo en un centro especializado es de carácter excepcional y encuentra un tope para cada grupo etario, ya que la ley de rigor establece en su artículo 131 que, en el caso del primer grupo etario, la sanción máxima será de 10 años y, en el segundo grupo etario, será de 15 años.

En el artículo 7, la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles establece la interpretación y la integración de la ley:

> *[…] Esta Ley deberá interpretarse e integrarse con los principios y derechos contenidos en la Constitución Política, la Ley de Justicia Penal Juvenil, el Código de la Niñez y Adolescencia, la Ley de la persona joven, la Ley de igualdad de oportunidades, el Código Penal, el Código Procesal Penal, las disposiciones legales sobre la ejecución y el cumplimiento de las sanciones fijadas para los adultos**, así como la Convención de los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales referentes a la justicia juvenil aprobados por Costa Ric**a. Subsidiariamente, se utilizarán la costumbre y los principios generales del Derecho. (El destacado no forma parte del original).*

Por ello, no es de extrañar que incluso la fase de ejecución de la sanción penal juvenil lleve inmersa como su objetivo la reinserción de la persona joven sentenciada en la familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y sentido de responsabilidad, debiendo brindarse los instrumentos necesarios para su convivencia social, de manera que la persona joven pueda llevar una vida futura exenta de conflictos de índole penal. Por tanto, cada institución del Gobierno y las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro deberán garantizar programas, proyectos y servicios destinados a la población sujeta a la ley (artículo 8 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles).

Es oportuno recalcar que, en su ordinal 43, la CDN crea el Comité de los Derechos del Niño con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes y, en dicha función, ha emitido Observaciones Generales que tienden a orientar la aplicación e interpretación de ciertos aspectos importantes, para el resguardo de los derechos de las personas menores de edad. Por ello, en el artículo 44 de la CDN, se establece el compromiso de los Estados partes de presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención.

Dentro de las Observaciones que guían la materia penal juvenil, encontramos la Observación General 24 del año 2019, la cual sustituye lo dispuesto por la número 10 del año 2007, ya que es mucho más específica e introduce aspectos como lo es la justicia restaurativa, como mecanismo para la reparación y solución del conflicto con la ley para la persona menor de edad ofensora.

Hasta aquí, podemos indicar que Costa Rica ha realizado lo correspondiente para armonizar la legislación local con el bloque de convencionalidad, ya que justamente los derechos

humanos deben ser progresistas. Podemos señalar que son normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos y, por ello, le exigen al Estado el cumplimiento de ciertas obligaciones y la prohibición de determinadas actuaciones. Por ende, ningún Gobierno, grupo o persona individual tienen derecho a llevar a cabo ningún acto que vulnere los derechos de las demás personas.

Los derechos humanos son universales e inalienables, por lo que nadie puede renunciar voluntariamente a estos y a su protección. Son indivisibles (en los derechos humanos, no existen jerarquías) e interdependientes, ya que su cumplimiento a menudo depende total o parcialmente del cumplimiento de otros derechos. Además, conllevan la igualdad y la no discriminación como característica, en virtud de su dignidad intrínseca. Implican la participación e inclusión. Y, por lo anterior, los Estados y otros garantes deben respetar las normas y los principios jurídicos consagrados en los instrumentos de derechos humanos. (https://www.unicef.org./es/convencion-derechos-niño/que-son-derechos-humanos. Consultado el 23 de octubre de 2024).

Es decir, la protección de los derechos de las personas menores de edad ha ido en progreso y, definitivamente, implica que debe procurársele una mayor protección a una persona menor edad. Por eso, no solo la legislación hace la separación de dos grupos etarios en razón del monto máximo de la sanción que se pueda llegar a imponer, sino también de la misma aplicación y tratamiento de la persona menor de edad durante el proceso, ya que, en los artículos 82 y 83 de la LJPJ, se halla la diferenciación entre la indagatoria y la manera progresiva en que la ley le da a la persona menor de edad potestades según su edad.

Lo anterior tiene una razón de ser y de seguido se analizará.

EL DESARROLLO CEREBRAL EN LOS Y LAS ADOLESCENTES Y SU RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL

La Observación General 24-2019 del Comité de los Derechos del Niño, relativa a los derechos del niño en el sistema judicial, establece en su *Introducción* que:

> *[...] 2.* ***Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado.*** *Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables. 3. El Comité reconoce que el mantenimiento de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial, incluido el sistema de justicia juvenil. Sin embargo,* ***los Estados partes deben cumplir ese objetivo con sujeción a sus obligaciones de respetar y aplicar los principios de la justicia juvenil consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño****. Según se indica claramente en el artículo 40 […]* ***Las pruebas demuestran que la prevalencia de los delitos cometidos por niños tiende a disminuir tras la adopción de sistemas acordes con esos principios […].*** *(El destacado no forma parte del original).*

En materia de adolescentes, para comprender la razón de la necesidad de la especialización de la materia y la aplicación de los principios que propicia el bloque de convencionalidad, es indispensable saber que, aunque el cerebro

Volver al Índice

alcanza su mayor tamaño en la adolescencia temprana, los años que la componen sirven para afinar su funcionamiento.

El cerebro humano tiene dentro de sus partes componentes la **CORTEZA PREFRONTAL** que es la encargada de la función del juicio, de juzgar situaciones y toma de decisiones adecuadas y, en el ser humano promedio, es la parte del cerebro que tarda más en madurar. La madurez cerebral en dicha parte alcanza su plenitud a eso de los 24 años de edad. Por lo anterior, los adolescentes suelen ser imprudentes, de escasos controles de impulsos, de carentes habilidades blandas, además por lo general les importa sobremanera lo que opinen sus pares. (Torrens, 2023, p 1-6).

Por consiguiente, existe una razón neurológica desde la neurociencia que explica que hay estudios científicos que indican que no se debe tratar por igual a un o una adolescente y a una persona adulta, mucho menos, tratándose de temas judiciales.

Por respeto de lo regulado por el artículo 33 de la Constitución Política costarricense, no podemos aplicar la legislación penal de adultos a una persona menor de edad, ya que se vulneraría el principio de igualdad ante la ley. No podemos tratar por igual lo desigual.

Los cambios en las áreas del cerebro que son responsables de los procesos sociales pueden hacer que las personas adolescentes se concentren más en las relaciones con sus pares y las experiencias sociales. El énfasis en las relaciones con su entorno social, junto con el desarrollo continuo de la corteza prefrontal, podría ocasionar que la población adolescente corra más riesgos, ya que, para dicho grupo, los beneficios sociales superan las posibles consecuencias de una decisión. La gratificación es sumamente importante para las personas adolescentes. Por ello, en la actualidad, las redes sociales les resultan muy agradables y suelen invertir mucho de su tiempo en estas. Lo anterior puede llevar riesgos que pueden ser negativos o peligrosos en una gran cantidad de supuestos.

La legislación especializada penal juvenil apuesta por la prioridad de la prevención sobre la represión optando por la desjudicialización no entendida como impunidad, sino como la motivación de la aplicación de medidas alternas antes que la realización de un juicio y la imposición de una sanción, y sobre esta última, la prioridad de la sanción no privativa de libertad y, cuando esto no sea posible, la sanción de menor duración y una fuerte determinación del principio educativo en la ejecución de las sanciones.

Lo anterior es así, porque la persona adolescente aún no determina las consecuencias de sus decisiones, se muestra dispersa y dependiente de sus representantes legales, pero es altamente influenciable por sus pares y la presión social que la impulsa a querer ser aceptada y visualizadora en su volátil entorno social. De esta forma, la población adolescente busca constantemente construir su propia identidad.

Por lo anterior, la especialización de la materia penal juvenil conlleva la razón misma de su existencia: proteger y, a la vez, responsabilizar a un sector de la población altamente vulnerable en razón de su corta edad y su falta de desarrollo madurativo.

No se puede ajustar los procesos de personas adultas a la justicia penal juvenil, sino que, en una aplicación técnica y congruente del derecho, lo correcto es comprender que el proceso penal juvenil debe ser diferente, pero consciente de la realidad social, cultural y económica de las personas menores de edad que muchas veces se ven inmersas en el callejeo, el trabajo infanto-juvenil, la explotación sexual y, más recientemente, en el reclutamiento por parte de

grupos de personas adultas que aprovechan todas las anteriores condiciones de vulnerabilidad, para vincular con facilidad a las personas adolescentes en bandas criminales, valiéndose incluso de la carencia de un ambiente familiar y social sano que permita la contención necesaria de la persona adolescente.

Resulta necesario destacar lo indicado por el punto 19 de la Observación General 24-2019:

> *19. Cuando la autoridad competente inicia un procedimiento judicial, se aplican los principios de un juicio imparcial y equitativo […]* ***El sistema de justicia juvenil debe ofrecer amplias oportunidades para aplicar medidas sociales y educativas y limitar estrictamente el uso de la privación de libertad, desde el momento de la detención, a lo largo de todo el procedimiento y en la sentencia. Los Estados partes deben tener un servicio de libertad vigilada*** *o un organismo similar con personal competente que garantice recurrir, en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles, a* ***medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada****, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria y la posibilidad de una puesta en libertad anticipada. (El destacado no forma parte del original).*

En igual sentido, el punto 22 de la Observación General 24-2019 establece que:

> ***Las pruebas documentales en los campos del desarrollo infantil y la neurociencia indican que la madurez y la capacidad de pensamiento abstracto todavía están evolucionando en los niños de 12 a 13 años, debido a que la parte frontal de su corteza cerebral aún se está desarrollando. Por lo tanto, es poco probable que comprendan las consecuencias de sus acciones o que entiendan los procedimientos penales. También se ven afectados por su entrada en la adolescencia. Como señala el Comité en su Observación general núm.20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, esta es una etapa singular de definición del desarrollo humano caracterizada por un rápido desarrollo del cerebro, lo que afecta a la asunción de riesgos, a ciertos tipos de toma de decisiones y a la capacidad de controlar los impulsos. Se alienta a los Estados Partes a que tomen nota de los últimos descubrimientos científicos y a que eleven en consecuencia la edad de responsabilidad penal en sus países a 14 años como mínimo. Además, las pruebas obtenidas en los ámbitos del desarrollo y la neurociencia indican que los cerebros de los jóvenes continúan madurando incluso más allá de la adolescencia, lo que afecta a ciertos tipos de toma de decisiones*** *[…]. (El destacado no forma parte del original).*

La condición de vulnerabilidad de las personas menores de edad es una realidad. Por ello, la CDN establece en su artículo 3:

> *1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
> *2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas res-*

Volver al Índice

> *ponsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
> *3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuido o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes […].*

Relacionado con el punto anterior, es trascendental citar lo contenido en el punto 39 de la indicada Observación General, donde el Comité pone de relieve que la formación continua y sistemática de los profesionales en el ámbito de aplicación de la justicia penal juvenil es fundamental para poder respetar las garantías que se disponen en el CDN.

Por medio del trabajo en equipos interdisciplinarios y la adecuada información sobre el desarrollo físico, psicológico, mental y social de las personas menores de edad, así como la conciencia de las necesidades especiales de esta población tan vulnerable, se logrará comprender que las políticas estatales no pueden caer en discursos punitivos ni en un populismo carente de objetividad que clama por un aumento en las sanciones de la población menor de edad como solución bastante simplista y equivocada, para la problemática que enfrenta nuestro país hoy en día, donde el crimen organizado cobra fuerza, y los grupos delincuenciales más bien aprovechan las condiciones propias de las personas adolescentes, las cuales implican pobreza, marginación, necesidad de pertenencia, deserción escolar, y así encuentran terreno fértil para poner sus garras y atraerlas a acciones que ni siquiera tienen capacidad de representar, mucho menos, de asumir sus consecuencias.

PROCESO PENAL JUVENIL Y LA RESPUESTA PUNITIVA

Al introducir el tema que se aborda, se enfatizó que en este momento existen posturas antagónicas con relación a la necesidad de soluciones, ante el aumento en la participación de la población menor de edad en el mundo delincuencial. Algunos sectores abogan por el aumento en el *quantum* y la severidad de las sanciones en el marco del sistema judicial penal juvenil, argumentando que esto podría solucionar y detener la participación de personas menores de edad en conflictos judiciales.

También existe un sector que apuesta por otro tipo de solución, evidentemente integral, y para el cual, el hecho de aumentar las sanciones en materia penal juvenil tendría un roce directo con la ideología propia de la matera especializada.

Por tanto, no habría forma de armonizar los principios y fines de la normativa con el bloque de convencionalidad que, como vimos líneas atrás, con la protección y tutela efectiva del principio rector del interés superior de la persona menor de edad en el eje penal juvenil, se lleva entrelazada su falta de desarrollo madurativo.

En Costa Rica, entre los inicios de la década de los cincuenta y finales de los sesenta, se dio el mejoramiento de las condiciones de vida de los y las habitantes, tanto en zonas urbanas como rurales. La intervención estatal en áreas de salud, educación, tecnología, conflicto social y político permitió satisfacer los retos generados por el crecimiento económico, la urbanización acelerada, la reestructuración agraria, los conflictos ideológicos y políticos internos y externos, la movilización y cambios en la estratificación social.

No obstante, las demandas y los conflictos en el orbe internacional y la incapacidad del Estado benefactor en las latitudes latinoamericanas para

Volver al Índice

afrontar la crisis económica arrastrada de los años ochenta exigieron la reestructuración del aparato estatal. El abandono de las políticas estatales implicó un debilitamiento de los tejidos sociales, lo que favoreció la germinación de elementos propulsores de distintas formas de violencia, el tráfico de drogas y la expansión de la delincuencia organizada. (Burgos, 2016, pp. 111-121).

La concurrencia simultánea de ciertos factores de riesgos, como la posición social y el debilitamiento de los mecanismos de socialización primaria y secundaria de las personas, familia, sistemas educativos, la alteración de valores éticos y la descomposición familiar, favorecen la aparición y acentuación de las causas violentas. (Chinchilla, 1997, p. 6).

En este contexto, las políticas de combate de la criminalidad han adquirido un enfoque autoritario, represivo y punitivo. El derecho penal juvenil no ha quedado fuera de esas últimas corrientes punitivas, aunque, como se explicó líneas atrás, nuestro sistema de derecho penal juvenil está inspirado por la CDN, dentro de la doctrina de protección integral, y lo que se puede denominar una postura "**punitivo-garantista**", debido a que le atribuye a la persona menor de edad en conflicto con la ley la responsabilidad correspondiente, pero reconociéndole una serie de garantías sustantivas y procesales. (Burgos, 2016, pp. 124-125).

El objetivo principal de la aprobación de la LJPJ costarricense es garantizar que todas las personas menores de edad acusadas de infringir una norma penal sean juzgadas con todas las garantías internacionales reconocidas; es decir, dentro de un debido proceso judicial. Por otro lado, la LJPJ tiene también como objetivo concomitante: establecer un sistema de responsabilidad juvenil, independiente, especializado y, por ende, diferente al juzgamiento de las personas adultas.
La Ley Penal juvenil no tiene por objetivo la eliminación o la reducción del delito. No puede ser de otra manera, ya que el delito es un fenómeno social complejo. El delito no sucede en el vacío, sin ninguna explicación (Tiffer, 2016, p. 29). Por el contrario, es el resultado de la convergencia de múltiples y complejos factores, como lo hemos señalado líneas atrás.

Ahora bien, el análisis de los principios que integran la materia penal juvenil debe enfocarse en la forma en la que estos logren restringir el excesivo *ius puniendi* estatal, de modo que se armonice el sistema penal con el bloque de convencionalidad que impera en el marco ideológico de la materia especializada. Por eso, los principios rectores son verdaderos fundamentos que estructuran el derecho penal juvenil y no deben verse como meros límites formales al poder punitivo estatal.

Dejando de lado una posición sistemática o dogmática-penal, la orientación material, sustancial o teleológica es la que puede definir el poder punitivo del Estado, no solo desde los fines, sino también desde los principios en su sistema de argumentación y aplicación, es decir, en su faz legislativa y judicial. Así las sanciones penales no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador de turno, sino que deben tratarse de decisiones fundamentadas directamente en las valoraciones, principios y reglas que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal. (Durán, 2016, pp. 1-3).

Tomando como base lo anterior, las corrientes que abogan por el incremento de sanciones en materia penal juvenil arrastran un criterio simplista (la sanción en su uso tradicional represivo e intimidatorio), propio de la prevención general negativa que no se integra con el fin de la sanción preventiva general positiva, donde, a través de su Constitución, el Estado ayude a fortalecer la colectividad en su conciencia jurídica y a educarla en la obediencia al derecho, acudiendo para ello a leyes acordes con dicha finalidad.

Volver al Índice

Para poderlo lograr y no caer en una simple ilusión, es necesario que el Estado vuelva a asumir su responsabilidad en la inversión social. La población menor de edad requiere regresar a las aulas escolares y no desertar. Esto garantizaría la movilidad social y el crecimiento económico. La educación en valores consolidados hará más sencilla la labor de conciencia en la población, para comprender que la familia es la base de la sociedad y que requiere de cuidado para su mantenimiento y proyección.

Si el fin de la sanción en materia penal juvenil es un fin socioeducativo y resocializador, este no puede comulgar con un fin meramente retributivo, y aquí es cuando las posturas que piden con ansías el incremento de sanciones y topes a estas chocan contra un muro integrado por el ordenamiento jurídico armonizado desde su cimiento.

CONCLUSIÓN

La materia penal juvenil es una materia especializada. La legislación nacional se encuentra inspirada por la CDN, la cual es el tratado internacional más relevante en la protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad.

Las Observaciones Generales suscritas por el Comité de los Derechos del Niño se encargan del análisis de temas importantes y de rendir la guía para la aplicación e interpretación de las normas. De acuerdo con lo anterior, desde el año 2016, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido sobre los avances científicos para la explicación y exposición que se desarrollan en la Observación General 24 del año 2019, donde se destaca que las pruebas documentales en los campos del desarrollo infantil y la neurociencia indican que la madurez y la capacidad de pensamiento abstracto todavía están evolucionando en la población menor a los 14 años, debido a que la parte frontal de su corteza cerebral aún se está desarrollando. Por tanto, es poco probable que este sector comprenda las consecuencias de sus acciones o que entienda los procedimientos penales.

De esta forma, se insta a los Estados partes a mantener dentro de sus legislaciones locales figuras como la libertad asistida y las órdenes de orientación y supervisión con un enfoque socioeducativo, dentro de la gama de sanciones con que la persona juzgadora cuenta al momento de decantarse por la imposición de una sanción, y que se prioricen estas por encima de las sanciones privativas de libertad que serían de aplicación excepcional.

Por lo anterior, la materia especializada lleva como su estandarte principios rectores que, junto con sus fines, han sido los pilares que marcan la ideología y la razón de ser de la materia, y se fundan en la necesaria diferenciación que se debe realizar con la materia penal de personas adultas. Tomando en cuenta que el desarrollo madurativo del cerebro adolescente representa ciertas condiciones que incluso hacen que su despliegue pleno no se alcance hasta en los años tempranos de la adultez es como se comprende que la población que regula la legislación penal juvenil es vulnerable, por lo que, de cara a la respuesta punitiva estatal, hay que concluir que la idea de las reformas legales para procurar el aumento en las sanciones o los montos establecidos resulta contraria a la ideología que inspiran la legislación nacional y el bloque de convencionalidad.

La respuesta que necesita la población adolescente para tratar el flagelo en que se ubica se encuentra en un sentido más integral y complejo: requiere el compromiso de todos los sectores involucrados para fomentar programas de educación, esparcimiento, construcción de valores positivos, el sentido de pertenencia y del cuido de la familia como base y pilar de la sociedad.

La comisión del delito es un fenómeno complejo que no germina por sí solo, y las posiciones que mejor concilian lo regulado por la materia especializada se ubican dentro de la prevención general positiva y no ven el castigo encubierto en la sanción como un fin retributivo o intimidatorio, sino como un fin resocializador que le devuelva a la persona menor de edad en conflicto con la ley los insumos de los que evidentemente careció y que le hicieron proclive al involucramiento temprano con el sistema judicial.

Sostener que la criminalidad puede ser detenida con el aumento de las sanciones y su monto refleja una posición en extremo simplista, alejada de una efectiva respuesta que definitivamente debe ser buscada de forma integral, armonizando la estructura propia del sistema judicial desde sus pilares, principios y fundamentos.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Costa Rica, 1949**.**

Ley de Creación del Patronato Nacional de la Infancia, N.° 39, 1930.

Ley de Justicia Penal Juvenil, N.° 7376, 1996.

Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, N.° 8460, 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia, N.° 7739, 1998**.**

Convención de los Derecho del Niño, 1989.

Observación General 24: Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, 2019**.**

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal, 1992.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, 1985.
Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores de edad privados de libertad, 1990.
Amey Paola. (2023). *Manual para personas defensoras públicas en materia de pensiones alimentarias y familia conforme al Código Procesal de Familia*. 1.ª edición. Heredia, Costa Rica, p. 86.

Burgos Álvaro. (2016). *Manual de derecho penal juvenil*. 3.ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Continental, pp.1-6,11-121,124-125.

Chinchilla Laura. (1997). Seguridad ciudadana y política en Centroamérica. Esfuerzos regionales en marcha. En *Delito de seguridad*

Volver al Índice

de los habitantes. México: Editorial Siglo XXI. Programa Sistema Penal de Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea, p. 6.

Durán, Mario. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión de su función. *Revista de Derecho.* Valdivia. Versión *on line.* ISSN 0718-0950. Recuperado de https://www.scielo.cl>scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013. Consultado el 31 de octubre de 2024 a las 12:30 horas, pp.1-6.

Torrens, Bueno i. (2023). *El cerebro adolescente: época de cambio y transformación*, pp. 1-6, recuperado de https://www.ub.edu.uploads>2023. Consultado el 4 de junio del 2024.p.1-6.

Tiffer Carlos. (2016). *Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada. 1.ª edición. San José. Costa Rica: Editorial Continental, p.2 9.*

https://www.unicef.org./es/convencion-derechos-niño/que-son-derechos-humanos. Consultado el 23 de octubre de 2024 a las 12:05 horas.

Entrevista al Dr. Carlos Tiffer Sotomayor sobre el aumento de la ultraviolencia en Costa Rica. 2021. Recuperado de https://youtu.be/gkrPEox4X7I?si=IW9DyRC1IpCQCzCk . Consultado el 3 de junio de 2024.

El cerebro adolescente. Neurociencias. Recuperado en https://YOUTU.BE/DAOdnS39HiQ?-si=XCNcCXVovij4UtXU. Consultado el 11 de junio de 2024.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 135 - 149, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

LA APERTURA DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EN LA UTILIZACIÓN DEL REENVÍO PREJUDICIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL EUROPEO[1]

Dr. Haideer Miranda Bonilla[2]

RESUMEN

El presente estudio analiza la apertura de algunas jurisdicciones constitucionales europeas para utilizar la cuestión o reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea y, con ello, ser partícipes del *judicial dialogue*. Por tanto, se analizarán los primeros reenvíos prejudiciales planteados por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional español.

Palabras claves: reenvío prejudicial, Corte de Justicia de la Unión Europea, derecho comunitario, derecho constitucional, justicia constitucional, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

The present study analyzes the openness of some European constitutional jurisdictions in using the question or prejudicial referral before the Court of Justice of the European Union and thereby being participants in the judicial dialogue. To do this, the first preliminary rulings raised by the Italian Constitutional Court and the Spanish Constitutional Court will be analyzed.

Keywords: preliminary referral, Court of Justice of the European Union, community law, constitutional law, constitutional justice, effective judicial protection.

Recibido: 11 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Las opiniones y los comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

2 Es doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Es especialista en Estudios Internacionales y máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, ambos títulos obtenidos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento. Es especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos en la Universidad de Pisa. También es profesor catedrático en la Universidad de Costa Rica, autor de múltiples publicaciones a nivel nacional e internacional y miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: haideer.miranda@ucr.ac.cr.

Volver al Índice

Sumario: 1. Introducción. **2.** El reenvío prejudicial como mecanismo de "diálogo institucional" en la relación entre la Corte de Justicia de la Unión Europea y el juez nacional. **3.** La utilización del reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea por algunas jurisdicciones constitucionales. **3.1.** La Corte Constitucional Italiana **3.2.** El Tribunal Constitucional español. **4.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La tutela multinivel de los derechos humanos alude al complejo entramado de mecanismos de protección de derechos fundamentales y a las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o supranacionales que se encargan de su fiscalización[3]. Esta noción se refiere a aquel aspecto de la realidad contemporánea por la cual los derechos de las personas, además de encontrar tutela en aquella que es todavía la sede clásica, natural, por así decirlo, la sede estatal, existen formas, si bien diversificadas de tutela también a niveles diversificados de aquel estatal, a nivel internacional y/o supranacional o a niveles subestatales[4].

En este sentido, el constitucionalismo multinivel presupone dos ideas fundamentales[5]. La primera señala que existe el derecho constitucional solo donde se tutelan los derechos y las libertades fundamentales, o bien, los derechos fundamentales se convierten en tales (es decir: derechos en sentido jurídico) propios en virtud de la disciplina constitucional[6]. La segunda indica que el reto de los ordenamientos pluralistas contemporáneos reside en asegurar la garantía jurisdiccional y, por lo tanto, la efectividad de los derechos constitucionales.

En este sentido, el verdadero problema de un ordenamiento jurídico no es fundamentar los derechos constitucionales sino protegerlos[7]. Es fundamental la existencia de garantías y mecanismos eficaces de control en la actuación de los derechos fundamentales, en donde los Estados no son los únicos garantes, sino que han transferido competencias de manera voluntaria a organismos de carácter internacional, convencional y supraestatal, lo que evidencia la existencia de un pluralismo jurídico.

En Europa, la relación entre las jurisdicciones nacionales se lleva a cabo en un ámbito multinivel. En primer lugar, la "dimensión convencional" se caracteriza por la relación entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante Tribunal EDH–, a quien le corresponde determinar la responsabilidad internacional de un Estado miembro del Consejo de Europa por la violación de alguna disposición de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad[8]. Tiene una competencia subsidiaria o complementaria, motivo por el

3 La noción de tutela multinivel es autoría de Pernice Ingolf. (1999). *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution- making revisited?* Common Market Law Review, 703 ss.

4 De Marco Eugenio (2011). "La tutela dei diritti nel quadro del costituzionalismo multilivello". *Multilevel Constitutionalism tra Integrazione Europea e Riforme degli Ordinamenti Decentrati*. D'ignazio Guerino, 121 – 141, Milán: Giuffrè.

5 Cardone Andrea. (2012). *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*. Milán: Giuffrè, 5.

6 Como bien señala la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en su artículo 16: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".

7 Bobbio Norbeto. (1999). *L'eta dei diritti*. Turín: Eunadi, 11 y ss.

8 Sobre el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, se puede consultar: Randazzo Barbara. (2013). *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo.* Milán: Giuffrè. Zanghì Claudio. (2002). *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*. Turín: Giappichelli.

Volver al Índice

cual, la víctima debe agotar los recursos internos que tiene a disposición en el ordenamiento nacional de previo a acudir a la jurisdicción convencional europea.

En segundo lugar, se tiene la "dimensión supranacional" caracterizada por un ordenamiento sui géneris como lo es la Unión Europea, en donde la integración entre el juez nacional -ordinario y constitucional- y el juez comunitario encuentra un canal privilegiado de comunicación a través del reenvío prejudicial previsto en el artículo 267 del *Tratado de la Unión Europea* (*ex* artículo 234 del *Tratado* C.E.E.).

En este sentido, si el juez nacional tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea – en adelante Corte de Justicia U.E. –, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces[9].

El procedimiento o la cuestión prejudicial facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales, la Corte de Justicia U. E. y la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo judicial por excelencia.

En este sentido, el presente estudio pretende evidenciar la apertura de algunas jurisdicciones constitucionales europeas para utilizar la cuestión o reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea y, con ello, ser partícipes del *judicial dialogue*. Por tanto, se analizarán los primeros reenvíos prejudiciales planteados por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional español.

2. EL REENVÍO PREJUDICIAL COMO MECANISMO DE "DIÁLOGO INSTITUCIONAL" EN LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL JUEZ NACIONAL

El diálogo institucional es aquel que se encuentra regulado a nivel normativo y está circunscrito a un determinado ordenamiento jurídico. En esta temática, se puede hacer referencia a la "cuestión" o "reenvío prejudicial" previsto en el artículo 267 del *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea* (*ex* artículo 234 del *Tratado* C.E.E.)[10], el cual permite que cuando el juez nacional tenga serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria pueda plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de

9 Sobre el mecanismo de la cuestión o reenvío prejudicial que lleva a cabo el juez nacional ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (U.E.), se puede consultar Giovanetti Tommaso. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia. 4. En Passaglia Paolo. *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*. Estudio realizado por la Corte Constitucional italiana: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf

10 El artículo 267 del *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea* (ex artículo 234 del Tratado C.E.E.) determina: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad".

Volver al Índice

la Unión Europea –órgano jurisdiccional de la integración europea–.

Lo anterior es una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces ordinarios, a pesar de que estos últimos la utilizan con bastante frecuencia. Este procedimiento le permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto[11].

En el derecho comunitario transnacional, el reenvío prejudicial ha sido formalizado en ordenamientos supranacionales como en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), en el artículo 22 k) del *Protocolo de Tegucigalpa*, en el cual se ha previsto que la cuestión prejudicial sea planteada ante la Corte Centroamericana de Justicia[12]. Asimismo, en el ámbito de la Comunidad Andina, este instrumento ha sido formalizado en los artículos 32 y 36 del *Protocolo de Cochabamba.*

La cuestión o reenvío prejudicial le permite a un órgano jurisdiccional nacional consultar a la Corte de Justicia U. E. sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto[13].

En este sentido, la Corte de Justicia realiza una doble función en apariencia bien delimitada: por un lado, lleva a cabo el rol de juez de la *legitimidad* de los actos comunitarios a través de un mecanismo del todo análogo a aquel del proceso en vía incidental de las leyes. Por otra parte, cumple una tarea de carácter puramente nomofiláctica resolviendo dudas interpretativas relativas a las normas comunitaria, esclareciendo el *significado* de estas, ya sean contenidas en un acto derivado o en el *Tratado*[14].

El procedimiento prejudicial es una cuestión entre jueces. En el reenvío prejudicial, el juez nacional puede solicitar que se especifique un punto relacionado con la interpretación del derecho europeo para poder aplicarlo correctamente o solicitar que controle la validez de un acto del derecho europeo.

Al respecto, desde hace varios años, la Corte de Justicia emitió un texto con recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, el cual hacía referencia a la competencia del Tribunal de Justicia en materia prejudicial, quien podía presentar una petición de decisión prejudicial y explicar lo relacionado con las cuestiones de interpretación y de validez, forma y contenido de la petición de decisión prejudicial, costas y asistencia jurídica gratuita, así como los requisitos para la aplicación del procedimiento acelerado y del procedimiento de urgencia[15].

En este sentido, el juez comunitario no puede pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones de leyes o reglamentos nacionales, sino debe limitarse a proporcionar al juez nacional los elementos de interpretación atinentes al derecho comunitario que le permitan resolver el

11 Roberto Romboli. (2014). "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo". *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.* N.° 3: 3 – 5.

12 Cfr. Ulate Chacón Enrique y Salazar Grande César. (2011). *Manual de derecho comunitario centroamericano.* El Salvador: Ed. Corte Centroamericana de Justicia.

13 De Vergottini Giuseppe. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bolonia: Il Mulino. 56.

14 Giovanetti Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, 4.

15 El siguiente texto se enmarca en el contexto de la adopción, el 25 de septiembre de 2012, en Luxemburgo, del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DO L 265 de 29.9.2012).

Volver al Índice

problema que le fue sometido en un determinado proceso judicial.

A diferencia del resto de los procedimientos jurisdiccionales, el procedimiento prejudicial no es un recurso interpuesto contra un acto europeo o nacional, sino una consulta judicial sobre la aplicación del derecho europeo. Es una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces. Los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, es decir, cuyas decisiones no pueden ser objeto de recurso, están obligados a ejercer un procedimiento prejudicial de oficio o si una de las partes así lo solicita.

En este sentido, se puede invocar la responsabilidad del Estado por la violación del derecho de la Unión Europea, en aquellos supuestos en que la violación del juez de última instancia por no haber llevado a cabo el reenvío prejudicial se acompañe de una decisión jurisdiccional que vulnere una norma de la Unión Europea[16].

Asimismo, se implementa una noción de órgano jurisdiccional en "sentido amplio", lo cual permite que las Cortes o Tribunales Constitucionales puedan plantear un reenvío prejudicial, a pesar de la resistencia de algunos órganos de justicia constitucional a utilizarlo, aunque sobre ese tema, se han dado importantes avances que vienen a fortalecer el diálogo judicial.

La Corte de Justicia U.E. se pronuncia únicamente sobre los elementos que el juez nacional ha planteado en la cuestión prejudicial. El órgano jurisdiccional nacional mantiene plena competencia en lo que respecta a la causa o al proceso judicial interno.

La decisión del tribunal de justicia tiene fuerza de cosa juzgada y es obligatoria no solo para el órgano jurisdiccional nacional que ha remitido la cuestión prejudicial, sino también para todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros[17].

El procedimiento prejudicial facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E., así como la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo judicial por excelencia[18].

La *ratio* originaria del reenvío prejudicial responde, por lo tanto, a la necesidad de evitar la aparición de nacionalizaciones del derecho europeo a causa, principalmente, de la actividad interpretativa de cada una de las jurisdicciones estatales, lo que convierte al juez nacional en juez europeo. En otros términos, el riesgo que se quiere evitar es aquel de una progresiva diversificación del significado y del alcance del derecho U.E., a través de la acción "descoordinada" de los jueces nacionales[19], con efectos perjudiciales

16 Corte de Justicia de la Unión Europea. Sentencia Köbler del 30 septiembre de 2003, C-224/01. Por otra parte, la Corte de Justicia ha determinado en su jurisprudencia que no era necesario plantear la cuestión prejudicial cuando: a) La cuestión es materialmente idéntica a una que fue ya decidida por la Corte sobre una cuestión análoga o sobre la que existe una jurisprudencia reiterada sobre el punto. b) La respuesta a la cuestión prejudicial no alimenta ninguna razonable duda interpretativa.

17 Este tema fue ampliamente tratado por la profesora Ana Carmona Contreras en la lección que impartió el 23 de enero del 2013 sobre *La tutela supranacional de los derechos en Europa. La Unión Europea y la Corte de Luxemburgo, en el ámbito de la segunda edición del curso de Alta formación en justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos* que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa del 14 de enero al 1 de febrero de 2013.

18 De Vergottini Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, 56.

19 Ziller Jacques. *L'armonizzazione degli ordinamenti*, 44 - 45. El autor recuerda que el derecho de la Unión Europea es ante todo un "derecho multilingüe" y resalta que la "función principal del reenvío prejudicial ha sido siempre y será aquella de dar claridad más allá de las simples consideraciones de una o más versiones lingüísticas de la normativa de la U.E.". En Portulari Pier Luigi (a cura di). (2012). *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*. Atti del convegno di Lecce del 27 – 28 di aprile 2012. Nápoles: Scientifiche Italiane.

Volver al Índice

sobre el objetivo general de la creación de un espacio único entre los Estados miembros de la U.E.[20]. En este sentido, es considerado uno de los pilares sobre los cuales se ha construido la Unión Europea como comunidad de derecho, y su uso es paradigmático del proceder jurídico de la integración europea[21].

Por otra parte, un sector de la doctrina italiana resalta el "carácter creativo" de la jurisprudencia comunitaria, en tanto, la Corte de Justicia, llamada a interpretar las disposiciones normativas europeas, no se limita a efectuar una mera actividad hermenéutica de una disposición normativa, sino que, como cualquier otro órgano jurisdiccional, debe colmar lagunas normativas y formular reglas no expresas o cuanto menos no explícitas[22].

En este sentido, con frecuencia, el supremo juez comunitario, de hecho, opera, como la doctrina lo ha definido como una *forma di sindacato occulto sulle legislazioni nazionali*, pronunciándose más o menos directamente entre una cierta compatibilidad y una disciplina nacional –en particular vigente en el país al que pertenece el juez que planteó la cuestión– y la comunitaria de la cual ha esclarecido contextualmente el sentido y su ámbito de aplicación[23].

En la relación entre la Corte de Justicia U.E. y las cortes nacionales, la temática del reenvío prejudicial presenta una ulterior particularidad cuando la cuestión es presentada por un órgano de justicia constitucional. Al respecto, existen ordenamientos en donde los jueces constitucionales han presentado efectivamente cuestiones prejudiciales, como Austria, Bélgica y Lituania, o bien, han afirmado explícitamente su legitimación para llevarlas a cabo.

Por otra parte, en otras experiencias, solo recientemente los tribunales o las cortes constitucionales han presentado un reenvío prejudicial ante la jurisdicción comunitaria como en Alemania, España, Italia y Francia.

Esta tendencia de los órganos europeos de justicia constitucional de ser partícipes de este útil instrumento de cooperación (el cual por muchos años no implementaron atendiendo a una noción restrictiva de autoridad jurisdiccional) incentiva y los hace partícipes del diálogo judicial como actores privilegiados en el fortalecimiento del proceso de integración comunitaria.

El diálogo en la relación entre la Corte de Justicia U. E. y los tribunales de los Estados miembros no solo consiste en que estos interpreten sus constituciones y sus ordenamientos en los términos más conformes con el derecho de la U. E., sino también que la Corte de Justicia U. E. adecúe la interpretación del ordenamiento europeo en los términos más cercanos posibles a las constituciones de los Estados miembros[24]. Por ello, es fundamental ese carácter bidireccional en el ámbito del diálogo judicial.

---

20 Galetta Diana Urania. Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra Giudici, 122-123. Portulari Pier Luigi. (2012). *L'Europa del diritto. Atti del convegno di Lecce del 27 – 28 di aprile 2012*. Nápoles: Scientifiche Italiane.

21 Chiti Mario. (2012). *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo*: www.giustizia-amministrativa.it/webcds/studi_e_contributi.htm.

22 Galetta Diana Urania. *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE e obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra Giudici*, 133 – 136.

23 Giovannetti Tommaso. L'inarrestabile «cammino comunitario»: nuovi scenari nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, 365 – 366. En Panizza Saulle, Romboli Roberto (a cura di). (2009). *Temi e questioni di attualità costituzionale*. Pádova: Cedam.

24 Macías Castaño José María. (2014). *La cuestión prejudicial europeo y el tribunal constitucional. El asunto Melloni*. Barcelona: Atelier, 148.

Volver al Índice

3. LA UTILIZACIÓN DEL REENVÍO PREJUDICIAL ANTE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA POR ALGUNAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES

En el presente apéndice, se analizarán las primeras cuestiones prejudiciales presentadas por la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Constitucional español.

3.1. La Corte Constitucional Italiana

La relación entre la Corte de Justicia U.E. y la Corte Constitucional Italiana ha tenido diferentes fases[25]. La primera de ellas tiene origen en lo dispuesto en la sentencia número 14-1963 donde la Corte *Costituzionale* afrontó por primera vez el tema de la eficacia de los actos comunitarios en el derecho interno, relativa a una cuestión de legitimidad constitucional de una ley de nacionalización de las empresas de energía eléctrica[26].

En esa resolución, la Corte determina que es posible suscribir tratados internacionales con los cuales se asuman limitaciones a la soberanía nacional, dando ejecución con una ley ordinaria, y que tal ejecución no importa alguna desviación de las reglas vigentes en orden a la eficacia en el derecho interno de las obligaciones asumidas por el Estado en relación con los otros Estados.

La Corte precisó que la ley ordinaria de ejecución del *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica* (C.E.E.) no tenía una fuerza formal superior en relación con las leyes ordinarias. Si bien la violación de una norma del *Tratado* por parte de una ley interna determina la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional, no quita a la ley su plena eficacia.

Para los jueces constitucionales de ese entonces, tiene que prevalecer el imperio de la ley posterior, según los principios de la sucesión de las leyes en el tiempo y la hipótesis de conflicto entre una y la otra no pueden dar lugar a cuestiones de constitucionalidad, pues ello se resuelve con el principio de la primacía de la ley posterior.

De este modo, se sanciona el criterio cronológico para resolver la contradicción entre la norma comunitaria y la norma interna: el derecho producido por las fuentes comunitarias, introducido en nuestro ordenamiento viene asimilado a las normas nacionales y luego sometido a los principios comunes de la sucesión de las leyes en el tiempo. Consecuentemente, las leyes internas prevalecen sobre las normas comunitarias incompatibles y viceversa[27].

Posteriormente, con la sentencia número 183-1973, la Corte Constitucional cambió de criterio y reconoció la inconstitucionalidad de la norma interna incompatible con el derecho comunitario. Esta sentencia marca el inicio de lo que podríamos denominar la segunda fase. En dicha sentencia, el juez constitucional determinó algunos principios fundamentales en la relación entre los ordenamientos comunitario y nacional. Al respecto, basándose en las mismas premisas teóricas utilizadas en la sentencia número 14-1963, justifica la limitación de la soberanía del ordenamiento italiano en favor de las comunidades europeas, a través de lo dispuesto por el exartículo 11 de la Constitución Política.

25 Celotto Alfonso. (2008). Italia, 217 - 259. AAVV *Justicia constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

26 Corte Constitucional Italiana. Sentencia número 14-1963 del 5 de marzo de 1963.

27 Celotto Alfonso. Italia, 219.

Volver al Índice

En segundo plano, determinó que el derecho de la comunidad europea y el derecho nacional no podían configurarse como sistemas jurídicos autónomos y distintos, sino como coordinados según la repartición de competencias establecida y garantizada por los tratados.

En tercer plano, dispuso que las exigencias fundamentales de igualdad y certeza jurídica postulaban que las normas comunitarias –no calificables como fuente de derecho internacional, ni de derecho extranjero, ni de derecho interno de cada uno de los Estados– debían tener eficacia obligatoria y directa aplicación en todos los Estados miembros, sin la necesidad de leyes de recepción y desarrollo, como actos de fuerza y valor de ley en cada país de la comunidad, de forma que entraran simultáneamente en vigor y consiguieran aplicación idéntica y uniforme para todos los destinatarios[28].

En dicha sentencia, la jurisdicción constitucional reconoció la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno. Sin embargo, dispuso que, con fundamento en el artículo 11 de la Constitución, únicamente se han permitido limitaciones de la soberanía para conseguir las finalidades indicadas, y debe excluirse luego que semejantes limitaciones, puntualizadas concretamente en el Tratado de Roma –suscrito por países cuyo orden jurídico se inspira en los principios del Estado de derecho y garantiza las libertades esenciales de los ciudadanos–, puedan comportar en todo caso para los órganos del C.E.E. la imposibilidad de poder violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional o los derechos inalienables de la persona humana[29].

En virtud de lo anterior, podría existir un control de constitucionalidad de la Corte en la hipótesis en que una norma del *Tratado* vaya en detrimento de principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Lo anterior presupone además que, en la incorporación de las fuentes comunitarias en el ordenamiento nacional, viene instaurado un *controlimite* que consiste en el respeto de los principios supremos del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona humana reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, límites que incluso tienen que ser tomados en cuenta en relación con el poder de revisión constitucional[30].

La sentencia número 170-1984 *La Pergola o Granital* enmarca la tercera etapa dentro del reconocimiento del derecho comunitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en referencia al magistrado instructor que tuvo a cargo su redacción[31]. En dicha sentencia, la Corte dispone que el derecho comunitario debe ser inmediatamente aplicable sobre todas las disposiciones internas incompatibles tanto precedentes como sucesivas.

Los jueces comunes deben ejercer el control sobre el contraste entre norma comunitaria e interna, los cuales tienen el poder de negar el valor formal de una ley interna cuando esta entre en conflicto con una norma comunitaria autoaplicativa. No obstante, la preferencia otorgada a la norma comunitaria no conlleva a la anulación de la norma interna incompatible, sino que esta debe ser *inaplicada* por el juez en la resolución de una controversia.

En sustancia, frente a normas comunitarias directamente aplicables, en toda la variedad de las formas en que el fenómeno puede presentarse: reglamentos, decisiones, directivas, etcétera, el operador jurídico nacional tiene que eventualmente omitir la aplicación de las normas

28 Corte Constitucional. Sentencia número 183-1973 del 18 de diciembre de 1973, párr. 7.
29 Corte Constitucional. Sentencia número 183-1973 del 18 de diciembre de 1973, párr. 9.
30 Corte Constitucional. Sentencia número 366-1991 del 11 de julio de 1991.
31 Corte Constitucional. Sentencia número 170-1984 del 6 de diciembre de 1984.

Volver al Índice

interiores contradictorias, efectuando un tipo de control difuso de compatibilidad comunitaria, sobre lo cual es preciso hacer dos precisiones: la primera se relaciona con el hecho de que tal control se resuelve, casi siempre, con la elección de la norma por aplicar en el caso en concreto; la segunda con el hecho de que, en el desarrollo de esta función, los jueces ordinarios pueden acudir a la Corte de Justicia a través del reenvío prejudicial dispuesto en el artículo 234 del *Tratado*, en aquellos casos en donde tengan dudas sobre la aplicación de una norma comunitaria[32].

Posteriormente, en las sentencias números 389-1989, 249-1995 y 482-1995, la Corte *Costituzionale* precisó que la inaplicación no producía efecto alguno sobre la existencia de las normas internas contradictorias, las cuales quedaban en vigor, con lo cual se convertía en una exigencia para el legislador realizar las necesarias modificaciones o anulaciones del derecho interno con el fin de depurarlo de eventuales incompatibilidades con las normas comunitarias, para garantizar tanto la primacía del derecho comunitario, como el principio de la certeza del derecho[33].

La cuarta fase del camino comunitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se enmarca a partir de la sentencia número 384-1994. En dicha oportunidad, la Corte declaró inconstitucional una norma interna por ser contraria a las normas comunitarias. Esa tesis fue confirmada en la sentencia número 94-1995.

En virtud de lo anterior, en el caso de que una ley nacional vulnere disposiciones comunitarias puede ser declarada su inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, máxime que la entrada en vigor del artículo 117 párrafo 1 constitucional expresamente reconoce los vínculos constitucionales del ordenamiento comunitario.

En la sentencia número 406-2005, la Corte *Costituzionale* declaró la inconstitucional de una ley regional por violación del artículo 117, párrafo 1 de la Constitución, lo anterior, en virtud de que la normativa nacional iba en detrimento de disposiciones fundamentales de la Directiva número 2000/75/CE del veinte de noviembre de dos mil.

La última fase del camino comunitario de la Corte Constitucional está marcada por la utilización de la cuestión o el reenvío prejudicial a la que se había negado por años atendiendo a una interpretación restrictiva de la noción de autoridad jurisdiccional[34].

En la sentencia número 102 y la orden número 103 del 2008, la Corte Constitucional utilizó por primera vez la cuestión prejudicial que al efecto dispone el artículo 267 T.U.E. (*ex*artículo 234 del *Tratado* C.E.E.)[35]. Estas decisiones marcaron el abandono por parte de los jueces constitucionales de aquella tesis restrictiva en relación con la posibilidad de considerarse órgano legitimado para solicitar directamente la intervención prejudicial a la Corte de Justicia U. E. que, hasta

32 Giovannetti Tommaso. *Riflessioni sul controllo di legalità comunitaria tra Corte Costituzionale. Giudice Comuni e Corte di Giustizia*, 425.

33 Celotto Alfonso. Italia, 227.

34 Desde tiempo atrás, la doctrina italiana consideraba que la Corte Constitucional se encontraba facultada como autoridad judicial para presentar una cuestión prejudicial ante la Corte de Justicia; en particular, se pueden mencionar los estudios de Cartabia Marta. *La Corte Costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Zanon Nicolo (a cura di)*. (2006). *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana.* Nápoles, Scientifich. Groppi Tania. La Corte Costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE. Pitruzzella Giovanni. Tarchi Rolando (a cura di). (1997). *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.Turín: Giappichelli.

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

Volver al Índice

ese momento, había representado el principal obstáculo para instaurar un diálogo directo con el supremo juez comunitario[36].

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

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

El reenvío prejudicial fue hecho en un proceso en vía principal[37] en el que se cuestionaba la legitimidad constitucional de los artículos 2, 3 y 4 de la Ley de la Región de Cerdeña del 11 de mayo de dos mil seis. En ese tipo de procesos, la jurisdicción constitucional actúa como única instancia, motivo por el cual, esa apertura era más que previsible, pues en esa omisión no solo se podría verificar una lesión al principio general de la uniforme aplicación del derecho comunitario, sino también se podría generar la responsabilidad del Estado.

En particular, para algunos, la impresión que se tiene de la lectura de la sentencia número 102 y de la resolución 103 del 2008 es que la vía que se eligió fue la del "doble binario". Esto quiere decir que, en los procesos en vía incidental, la tarea de efectuar el reenvío prejudicial a la Corte de Justicia continuaría como una tarea a cargo de los jueces ordinarios, mientras que, en los procesos en vía principal, esto sería llevado a cabo por la Corte Constitucional.

El reenvío prejudicial que formuló la jurisdicción constitucional italiana estaba relacionado con lo dispuesto en artículos 2, 3, y 4 de la Ley de la Región de Cerdeña que establecía una tasa de lujo para las aeronaves y las embarcaciones de recreo, y fue declarado fundado por la Corte de Justicia en la sentencia del 17 de noviembre de 2009 (causa C-169/08) en virtud de que el artículo 49 C.E. debía ser interpretado en el sentido de que eso excluía la norma tributaria de una autoridad regional, como la de la región Cerdeña que estableció una tasa regional sobre el tránsito turístico de las aeronaves y las embarcaciones de recreo privado de personas que gravaba únicamente a las personas físicas y jurídicas que tenían el domicilio fiscal fuera del territorio regional.

36 Giovannetti Tommaso. *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia*, 6.

37 Pesole Luciana. (2008). *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessioni sull'ordinanza* n. 103 dl 13: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=10639&content=&content_author=

Volver al Índice

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

Posteriormente, en la orden número 207/2013[38] de la Corte Constitucional, se presentó un reenvío prejudicial ante la corte de justicia en el ámbito de un proceso en vía incidental, el cual nacía de la iniciativa de un juez ordinario, quien, en la tramitación de un proceso judicial, tiene que aplicar una norma indispensable para resolver el caso, sobre la cual tiene serias dudas sobre su constitucionalidad, convicción que puede llegar a tener también una de las partes. El juez remitente *a quo* suspende el proceso, creando un incidente dentro de este (de aquí el nombre de procedimiento en vía incidental) y somete la cuestión de legitimidad constitucional de esa disposición legislativa ante la Corte Constitucional.

La Corte no motiva esa histórica decisión, sino que únicamente afirma que tiene el carácter de jurisdicción nacional en los términos del artículo 267 párrafo 3 T.F.U.E., también en los procesos en vía incidental. La cuestión incidental ante la Corte Constitucional fue planteada por el Tribunal de Roma y por el Tribunal de Lamezia Terme, quienes cuestionan la legitimidad constitucional de los artículos 4, coma 1 y 11 de la Ley Número 4 del 3 de mayo de 1999, relativa a las disposiciones urgentes en materia de personal escolástico por la violación de los artículos 11 y 117 de la Constitución integrados en el cuadro del trabajo a tiempo determinado de la Directiva número 1999/70/CE.

Cuando los jueces constitucionales plantean una cuestión prejudicial a la que no se encontraban obligados por no ser una jurisdicción de última instancia, demuestran su apertura a participar en ese *judicial dialogue.*

Posteriormente, a lo largo de estos años, la jurisdicción constitucional italiana ha planteado cuestiones prejudiciales con las ordenes números 24 del 2017, 117 del 2019, 182 del 2020 y 216 y 217 del 2021, 29 y 161 del 2024, lo que evidencia que es un actor privilegiado y partícipe en el diálogo judicial institucional europeo.

3.2. El Tribunal Constitucional español

En el auto número 86/2011 del 9 de junio de dos mil once, el Tribunal Constitucional español planteó por primera vez un reenvío prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea[39]. Esta

38 Sobre la orden número 207/2013 de la Corte Constitucional, se realizaron varios comentarios, entre los cuales se destacan: Adamo Ugo. *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte Costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale*. *Note a caldo sulla ord.* n. 207/2013: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0021_nota_207_2013_adamo.pdf . Guastaferro Barbara. *La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza* n. 207 del 2013: https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2013/0028_nota_207_2013_guastaferro.pdf. Repetto Giorgio. *La Corte Costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*: https://www.dirittticomparati.it/la-corte-costituzionale-effettua-il-rinvio-pregiudiziale-alla-corte-di-giustizia-ue-anche-in-sede-di/

39 El auto número 86/2011 fue comentado por un sector de la doctrina española: Augusto Aguilar Calahorro. La primera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del Tribunal Constitucional 86-2011 del 9 de junio. *Revista de Derecho Constitucional Europea*, N. 16, (2011): 471 – 512. Luis Arroyo Jiménez. Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias. *Revista para el Análisis del Derecho*. N°. 4, (2011): 1- 25. Magdalena Nogueira Guastavino. De la primera cuestión prejudicial española a la primera planteada por el Tribunal Constitucional. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N.° 102 (2013): 35-72.

Volver al Índice

resolución se emitió en el marco de la tramitación de un recurso de amparo en el cual se impugnaba la resolución de un órgano jurisdiccional en la que se acordó la entrega de un ciudadano italiano, en el marco de la ejecución de una orden europea de detención, a fin de que cumpliera una condena penal impuesta en rebeldía. En el auto número 86/2011, el Tribunal Constitucional acordó plantear una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación y validez de la Decisión Marco 2002/584/JAI del consejo del 13 de junio de dos mil dos relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros[40].

En particular, en el auto, el tribunal le planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

> *1. El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?". 2. En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?". "3. En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?*

Por otra parte, en su voto particular, si bien el exmagistrado constitucional Pérez Tremps discrepó por las razones de fondo por las que la cuestión prejudicial fue planteada, resalta el carácter histórico de esa decisión:

> *En primer lugar debo dejar constancia de que estoy de acuerdo con que, desde la lógica expresada en el razonamiento de la mayoría, resulta perfectamente coherente el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; otra cosa es que discrepe del contenido sustantivo de dicho razonamiento. Es más, debo manifestar mi satisfacción y mi acuerdo con el hecho novedoso de que el Tribunal Constitucional español se sume a ese proceso jurídico que se ha denominado el "diálogo de los tribunales" o "diálogo judicial europeo". Con la decisión de plantear esta cuestión prejudicial, el Tribunal se separa de su tradicional posición en la que, basándose en una, a mi juicio, incorrecta comprensión de las relaciones entre los ordenamientos estatal y comunitario y en una también incorrecta comprensión de*

40 El texto integral del auto número 86/2011 puede ser consultado en el sitio web del Tribunal Constitucional español: http://www.tribunalconstitucional.es

Volver al Índice

las relaciones entre los respetivos órganos supremos de garantía, Tribunal de Justicia y Tribunal Constitucional, negó explícita (STC 28/1991, de 14 de febrero) o implícitamente la posibilidad misma de acudir a este mecanismo prejudicial. Por tanto, respecto de este aspecto de la decisión no sólo no discrepo sino que reitero mi plena satisfacción y acuerdo, de modo coherente con lo que en decisiones anteriores, de forma minoritaria, yo mismo he sostenido e incluso sugerido, en concreto, en el voto particular a la STC 199/2009, de 28 de septiembre, dictada en un asunto cuyo paralelismo con éste se recalca en el fundamento jurídico 2 c)". Asimismo, indicó que: "me muestro plenamente de acuerdo con la decisión del Tribunal de abandonar estériles disputas de "jerarquías jurisdiccionales" para integrarse en un mucho más fructífero diálogo entre las instancias jurisdiccionales nacionales, en concreto los tribunales constitucionales, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque en mi opinión este caso no cumpla técnicamente con las exigencias del art. 267 TFUE.

En la sentencia número C-399/2011 del 26 de febrero de 2013, la Gran Sala de la Corte de Justicia U. E. resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional y determinó que el derecho de la Unión Europea pertinente, tanto las decisiones marco como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza), debía interpretarse en el sentido de no permitir que un Estado miembro subordinara la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pudiera ser revisada en el Estado miembro emisor en contra de lo establecido por la Decisión marco 2009/299/JAI.

En la sentencia 26-2014, el Tribunal Constitucional acogió materialmente el contenido de la sentencia Akerberg Fransson del 26 de febrero de 2013 de la Corte de Justicia de la Corte de Justicia, modificando su doctrina, no solo en relación con posibles condenas en rebeldía en otro Estado miembro de la Unión, sino por cualquier Estado extranjero[41].

Posteriormente, el Tribunal Constitucional no ha vuelto a plantear otra cuestión prejudicial tras el asunto Melloni y no ha sido por falta de oportunidades para hacerlo, como así lo demuestra el asunto C-632/22 que bien podría haber sido realizado por el Tribunal Constitucional antes de dictar sentencia en los asuntos referidos en el auto del Tribunal Supremo. Esta aproximación podría interpretarse como una manifestación implícita de la voluntad del Tribunal Constitucional de renunciar a su condición de órgano jurisdiccional exartículo 267 TFUE, relegando al juez ordinario la labor de aplicar e interpretar el derecho de la Unión y volviendo, por lo tanto, al momento anterior al planteamiento de la cuestión prejudicial en el asunto Melloni.

Aunque desconocemos si esta aparente retirada del diálogo prejudicial es definitiva, la conducta del Tribunal Constitucional al respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales solo puede entenderse si consideramos asimismo la función que viene desarrollando como garante del diálogo judicial europeo[42].

41 Daniel Sarmiento y Enrique Arnaldos Orts. La cuestión prejudicial europea en la jurisdicción española, ¿un mito desmentido por las cifras? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N.° 76 (2023): 99.

42 Daniel Sarmiento y Enrique Arnaldos Orts, 100.

Volver al Índice

4. CONCLUSIONES

En el ámbito de la Unión Europea caracterizado por un ordenamiento sui g*é*neris, la integración entre juez nacional y juez comunitario encuentra un canal privilegiado de comunicación a través del reenvío o cuestión prejudicial, el cual es considerado un mecanismo de diálogo institucional. En este sentido, si el juez nacional -ordinario y constitucional- tiene serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria, puede plantear un reenvió prejudicial ante la Corte de Justicia U.E., siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para los restantes jueces.

El procedimiento prejudicial facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E., así como la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia.

En este sentido, se constata la apertura de algunas jurisdicciones constitucionales europeas en plantear el reenvío prejudicial, así, por ejemplo, las órdenes números 102 y 103/2008 en un proceso en vía principal y la orden número 207/2013 en un proceso en vía incidental que llevó a cabo la Corte Constitucional Italiana, quien posteriormente ha planteado cuestiones prejudiciales con las órdenes números 24 del 2017, 117 del 2019, 182 del 2020 y 216 y 217 del 2021, 29 y 161 del 2024, lo que evidencia un activismo en utilizar este instrumento.

Posteriormente, en esa tendencia, se encuentran el auto número 86/2011 del Tribunal Constitucional español, la orden número 207 del 2013 del *Conseil Constitutionnel* y la resolución del 14 de enero de 2024 por parte del Tribunal Federal Constitucional Alemán *Bundesverfassungsgericht*.

Lo anterior evidencia cómo los órganos de justicia constitucional son interlocutores privilegiados en el diálogo judicial institucional con la Corte de Justicia de la Unión Europea.

5. BIBLIOGRAFÍA

Bobbio Norberto. (1999). *L'eta dei diritti.* Turín: Eunadi.

Cardone Andrea. (2012). *La tutela multilivello dei diritti fondamentali.* Milán: Giuffrè.

Celotto Alfonso. (2008). *"Italia*". En *AAVV*. *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, 217 - 259. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Chiti Mario. (2012). *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo*: www.giustizia-amministrativa.it/webcds/studi_e_contributi.htm.

De Vergottini Giuseppe. (2010). *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Bolonia: Il Mulino.

Giovannetti Tommaso. (2008). "L'inarrestabile «cammino comunitario»: nuovi scenari nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia". En Panizza Saulle, Romboli Roberto (a cura di). *Temi e questioni di attualità costituzionale*, 365 – 366. Pádova: Cedam.

Giovanetti Tommaso. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in Italia, 4. En Passaglia Paolo. *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.* Estudio realizado por la Corte Constitucional Italiana: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf

Macías Castaño José María. (2014). *La cuestión prejudicial europeo y el Tribunal Constitucional.* El asunto Melloni. Barcelona: Atelier.

Portulari Pier Luigi (a cura di). (2012). *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti. Atti del convegno di Lecce del 27 – 28 di aprile 2012.* Nápoles: Scientifiche Italiane.

Pesole Luciana. (2008). *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessioni sull'ordinanza. N.° 103 del* 13: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=10639&content=&content_author.

Sarmiento Daniel y Arnaldos Orts Enrique. (2023). La cuestión prejudicial europea en la jurisdicción española, ¿un mito desmentido por las cifras? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N.° 76.

Romboli Romboli. (2014). "Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*"*. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. N.° 3.

Ulate Chacón Enrique y Salazar Grande César. (2011). *Manual de derecho comunitario centroamericano.* El Salvador: Ed. Corte Centroamericana de Justicia.

Corte Constitucional Italiana

Sentencia número 14-1963.

Sentencia número 183-1973.

Sentencia número 170-1984.

Sentencia número 389-1989.

Sentencia número 366-1991.

Sentencia número 406-2005.

Sentencia número 102-2008.

Orden número 103-2008.

Orden número 207-2013.

Tribunal Constitucional español

Auto número 86/2011.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 151 - 169, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONA CONSUMIDORA EN COSTA RICA. ANÁLISIS TEÓRICO-NORMATIVO DEL E COMMERCE

MSc. Greivin Steven Mora Alvarado[1]

RESUMEN

El mundo de la web constituye en la actualidad un inimaginable sistema de publicidad, difusión, oferta y venta de productos o servicios. Este artículo pretende aventurarse a valorar el marco jurídico que podría regular su comercialización en nuestro país, verificando la normativa existente y los aspectos teóricos aplicables a la compraventa electrónica también denominada contrato electrónico de consumo, con el fin de establecer un estándar mínimo que garantice la aplicación de la buena fe y la seguridad jurídica en el comercio

Palabras claves: contrato electrónico de consumo, compraventa electrónica, e *commerce*, contratos, consumidor electrónico, derechos de la persona consumidora, compra venta, equivalencia funcional.

ABSTRACT

The world of the web today constitutes an unimaginable system of advertising, dissemination, offer and sale of products or services. This essay aims to venture to assess the legal framework that could regulate its commercialization in our country, verifying the existing regulations and the aspects theoretical principles applicable to electronic sales, also called electronic consumer contracts, to establish a minimum standard that guarantees the application of good faith and legal certainty in commerce.

Keywords: electronic consumer contract, electronic sales, *e-commerce*, contracts, electronic consumer, consumer rights, sales, functional equivalence.

Recibido: 11 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Máster en Derecho Constitucional y en Administración de Justicia, enfoque Socio-Jurídico con Énfasis en Derecho Civil. En el Poder Judicial, se ha destacado como juez de lo contencioso administrativo y juez civil. Es gestor de la Reforma Procesal Civil y de la Jurisdicción Civil. Actualmente, colabora como investigador y conferencista en distintas universidades y en la Escuela Judicial. Correo electrónico: gmoraa@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

1. INTRODUCCIÓN: GENERALIDADES Y DATOS SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COSTA RICA

Según datos emitidos por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio de Costa Rica, para el año 2022, un 48.5% de los consumidores del país realizaron compras a través de los medios electrónicos anclados en el mundo del internet.

El estudio en cuestión fue generado por dicha institución en asocio del Centro de Investigación del Desarrollo de la Universidad de Costa Rica. La base del documento se sustentó en los resultados obtenidos por medio de la primera encuesta nacional sobre comercio electrónico.

El trabajo indicado se realizó en el proyecto denominado "Desarrollo de Capacidades en Comercio Electrónico en Centroamérica", impulsado por el Centro para la Promoción de la Micro y Pequeña Empresa en Centroamérica (CENPROMYPE), institución regional adscrita al Sistema de Integración Centroamericana (SICA), para fortalecer en las MiPymes el uso de canales de comercio electrónico como una herramienta estratégica para el acceso a mercados[2].

Uno de los datos que llama poderosamente la atención y que incide de manera relevante en el deseo de redactar el presente artículo es el conocimiento de los derechos de la persona consumidora, en tanto las personas encuestadas en un apabullante 71 % del total de las personas entrevistadas informaron de manera contundente que conocían los derechos derivados de la normativa de protección al consumidor. Pero solamente el 28.3% de las personas entrevistadas señaló que conocía la normativa específica relacionada con el comercio electrónico. Dicho tema toma relevancia porque revierte el resultado sobre el conocimiento de los derechos de la persona consumidora cuando se trata de comercio electrónico.

Otros de los elementos que brinda el estudio señalan el tipo de medio utilizado para la realización de las compras por internet, el género de las personas usuarias y la ubicación geográfica, entre otros.

Tomando en consideración lo enunciado en los párrafos precedentes, es necesario analizar la figura del *e commerce* desde una perspectiva más funcional -compraventa electrónica-, entendiendo las bases que sustentan la figura jurídica, sus características y sus muy variados efectos.

Hoy en día, todos hemos escuchado en mayor o menor medida sobre la existencia del comercio electrónico. Nos bombardean con información que señala las virtudes, beneficios o posibilidades que se ofrecen tanto a las empresas como a las personas consumidoras. Pero eso no significa que todas las personas que incursionen tienen la posibilidad de ver satisfechas sus necesidades, ni que se logre el éxito deseado en cada plataforma. Tampoco permite conocer los elementos que se consideran al realizar contratos de consumo electrónico o, bien, sus efectos.

2 https://www.meic.go.cr/comunicado/1146/un-485-de-los-consumidores-del-pais-realizan-compras-por-algun-medio-electronico.php. El anterior enlace corresponde a la citada información brindada por el Ministerio de Economía Industria y Comercio, consultada por última vez el 17 de octubre de 2024. Según los datos brindados en la consulta, la encuesta se realizó con una muestra de 1210 personas mayores de 18 años, entre el 9 de marzo y el 5 de abril de 2022, con un error de muestreo de 2.7 puntos porcentuales. No existen datos posteriores, pero por la tendencia en el comercio, a la fecha del presente estudio, se considera que existe un aumento de la tendencia en el consumo de bienes por medio de la compraventa electrónica en los años 2023 y 2024.

a. Aproximaciones sobre un concepto para comercio electrónico–*e commerce*

No es fácil lograr una definición para el citado concepto, en tanto existen miles de posibles elucubraciones conceptuales, casi en la misma proporción de que existen autores dispuestos a señalarlas. Sin embargo, el presente estudio se abocará a generar un esquema práctico que nos permita hacer del término algo más o menos práctico.

Por ejemplo, el autor DE LA PALADÉELA, citado por Christian Eduardo Obando Vargas, incluye dentro de su concepto una amplia enumeración de actividades que pueden constituir comercio electrónico. En consideración a lo citado, propone el autor:

> *[…] el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes o servicios, que es el concepto común que se tiene, sino que también incorpora el uso de las redes para actividades anteriores o posteriores a la venta, como son: la publicidad, la búsqueda de información, el aseguramiento de las posibles transacciones, el tratamiento de clientes y proveedores, incluso inversores, trámites ante autoridades de control y fiscalización, la negociación de condiciones de compra, suministro, etc., la prestación de mantenimiento y servicios posventa y la colaboración entre empresas*[3].

También otro autor (JIJENA LEIVA), citado por Christian Eduardo Obando Vargas, indicó sobre el concepto varios elementos de mucha relevancia, por ejemplo:

> *el intercambio telemático de información entre empresas (Business to Business) o entre empresas y consumidores (Business to costumer) que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en lineo de bienes intangibles (datos, documentos, imágenes, música, videos, servicios, etc.) o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Ampliamente, se ha dicho que es el conjunto de actividades con finalidad mercantil que se realizan mediante sistemas y redes computacionales, sin que exista contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda, y que cubre no solamente actos comerciales directos sino también acciones preparatorias como las de publicidad o mercadeo*[4].

Ahora bien, si analizamos lo indicado por parte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en adelante), podremos verificar otros elementos que resultan aplicables al comercio electrónico. La CNUDMI ha elaborado un conjunto de textos con fines legislativos para permitir y facilitar el uso de medios electrónicos en las actividades comerciales, los cuales han sido adoptados por más de 100 Estados.

El texto con una mayor incorporación es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), la cual establece las normas para que la información electrónica y la información en papel reciban el mismo trato y para que se confiera reconocimiento jurídico a las operaciones y los procesos electrónicos, sobre la base de los principios fundamentales de no discriminación del uso de medios electrónicos, equivalencia funcional y neutralidad tecnológica.

3 Obando Vargas, Christian Eduardo. (2002). *La administración de controversias por ciber ocupación bajo la observancia y aplicación de los procedimientos de mediación y arbitraje a lo interno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho, pp. 21-25.

4 *Ibidem* 21-25.

Volver al Índice

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001) establece más normas sobre la utilización de las firmas electrónicas. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005) toma como punto de partida los textos anteriores de la CNUDMI para erigirse en el primer tratado que da seguridad jurídica a la contratación electrónica en el comercio internacional.

Más recientemente, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos aplica los mismos principios para permitir y facilitar la utilización de documentos y títulos transmisibles en formato electrónico, tales como conocimientos de embarque, letras de cambio, cheques, pagarés y resguardos de almacén.

Por su parte, en el año 2019, la CNUDMI aprobó la publicación de las notas sobre las principales cuestiones relacionadas con los contratos de computación en la nube, al tiempo que seguía trabajando en la elaboración de un nuevo instrumento sobre la utilización y el reconocimiento transfronterizo de los servicios de gestión de la identidad electrónica y los servicios de autenticación (servicios de confianza). Todos estos aspectos han sido desarrollados y conjuntados en la base de datos de dicho instituto internacional.

Ahora bien, de acuerdo con este tema, en su artículo segundo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional indica algunas referencias respecto a los contratos de carácter informático, señalando que es aquel realizado por medio de la transmisión de datos de una terminal informática a otra a través de un formato normalizado. También comprende la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso y, por último, integra una transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de internet[5].

b. Breves antecedentes y contexto aplicable

Conocido lo anterior, tomando como punto de partida las definiciones señaladas, para los efectos del presente trabajo, es importante identificar la materia que regula la compraventa electrónica. Según se señala en las normas implementadas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el énfasis de los aspectos tanto de la teoría como la práctica nos lleva a considerar al derecho privado como la materia que regula los intereses entre las partes involucradas en los acuerdos de este tipo.

En tal sentido, los elementos básicos de la contratación le resultarían plenamente aplicables, desde la idea básica que diseña el contrato como un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y patrimoniales hasta otros elementos más detallados de la teoría básica de la contratación privada.

Como breves ejemplos de lo anterior, a este acuerdo le resultan aplicables los principios, tales como la buena fe, la equidad, la equivalencia de las condiciones, la igualdad, el abuso del derecho y otros principios esenciales de la contratación privada (artículos 1 al 22, 627 y 1023 todos del Código Civil). Entre los elementos aplicables, se

5 Esta información fue recogida de los datos suministrados por parte de las Naciones Unidas, concretamente por información brindada de parte de la Comisión de las Naciones Unidas parar el Derecho Mercantil Internacional (CNUDIM). Esta consulta fue realizada al enlace https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce el 17 de noviembre de 2023. Versión para el idioma español. La CNUDMI genera leyes modelo y acuerdos que pueden ser utilizados por los Estados como referencia para la implementación de legislación interna.

Volver al Índice

destacan los esenciales, aquellos necesarios para la validez del acuerdo; los naturales que deben presumirse como efectos propios del negocio, siendo solo posible que se excluyan por la voluntad explícita de los y las contratantes. Igualmente, en caso de que se verifique la posibilidad de aplicar elementos accidentales, la voluntad expresa de las personas contratantes deberá estar presente en el convenio.

El negocio electrónico en la contratación actual conlleva una concepción abierta, profunda y diferenciada y, si bien le resultan aplicables los elementos y características de los contratos tradicionales, también debemos ser conscientes de la influencia de la masificación de las relaciones jurídicas que conllevan a considerar los contratos de adhesión o el régimen de las condiciones generales que se afianzaron desde finales del siglo XIX y principios del siglo pasado.

Además de soportar los anteriores aspectos dentro de su concepción, los contratos o negocios de carácter electrónico presentan o suman sus propias preocupaciones. La identidad de las partes contratantes, como el tema de la voluntad o el consentimiento, donde el dolo, el error o la violencia podrían ser muy difuminados en el ámbito probatorio, es igualmente otro ejemplo de ello. La mediatez o inmediatez en la manifestación de la voluntad podría ser otro aspecto que conlleva mayores dificultades a la hora de analizar las intenciones de los y las contratantes.

Lo anterior, aunado a la variable y creciente área de las TICS (Tecnologías de la Información y Comunicación) con su aplicación en distintos y muy cambiantes mercados, genera muchas interrogantes y miedos a la hora de hacer valer los contratos electrónicos por parte de las personas civilistas, pensando principalmente en una idea de un derecho más uniforme y elástico.

Sin embargo, en el derecho internacional privado, sigue de forma acertada la idea de que se puede ajustar el ámbito tradicional de la contratación privada a los modos y formas de la contratación electrónica, al menos desde la visión sustantiva de los componentes jurídico-doctrinarios.

Para ilustrar el punto, se propone analizar los elementos y características de fondo de la contratación privada que podrían ser aplicados a la contratación electrónica. En nuestro país, existen varias normas que podrían resultar aplicables a la contratación electrónica, desde tratados internacionales aprobados y ratificados por Costa Rica que incluyen algunos de las mencionadas líneas arriba, así como otros relacionados a la compraventa internacional de mercaderías.

En la normativa interna, tenemos como eje principal tres normas de rango constitucional. El artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica establece la posibilidad de negociación, como un derecho libre que además fija la autonomía de la voluntad de las partes, la posibilidad de realizar todo aquello no prohibido en cuanto no atente contra la ley, la moral o, bien, las buenas costumbres.

Por su parte, los artículos 45 y el 46 de la Constitución Política regulan el tema de la propiedad privada y la libertad de empresa, como elemento base del comercio en nuestro país. Y, por último, para efectos de la presente propuesta, el citado artículo 46 de la Constitución, además de que regula la libertad empresarial, es una norma que genera las bases que tutelan los derechos de los consumidores. En sí mismo, dicho artículo desarrolla un concatenado y numeroso eje de derechos a nivel del consumidor.

A nivel legal, el Código Civil es una de las principales normas que se analizan para la actividad entre particulares no comerciantes, pero que, por su enfoque, base y su elemento práctico, resultan aplicables a las demás leyes.

Volver al Índice

El Código de Comercio para regular las relaciones entre los y las comerciantes, aplicado de forma supletoria en temas de consumo por los temas intrínsecos que atañen a la actividad comercial en general, contratos, títulos valores, sujetos del derecho mercantil o, bien, actos de comercio en general.

Por último y, para nuestro interés, se encuentra la Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento, este último quizá es el documento más acertado y directo que considera el tema en cuestión, aunque, para algunos operadores, podría caer en un problema de constitucionalidad por querer dar a un decreto ejecutivo elementos que son competencia exclusiva del legislador y que no están regulados en ninguna ley de forma expresa, tema que no es objeto de este estudio.

No obstante, para verificar por qué es importante el documento y por qué se considera que regula lo relacionado con el comercio electrónico y, concretamente, con la compraventa electrónica, se valorará más adelante el contenido en lo competente de dicho reglamento.

Es importante reiterar que el enfoque de este pequeño trabajo se dirige a investigar un planteamiento de fondo, respecto a los elementos y características de la compraventa electrónica en Costa Rica y con enfoque en la normativa aplicable que lo podría regular en nuestro país. Los aspectos procesales relacionados con la jurisdicción y competencia internacional serán abarcados en otro artículo.

2. DESARROLLO DE LOS ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS EN GENERAL QUE RESULTAN APLICABLES A LOS CONVENIOS ELECTRÓNICOS TOMANDO EN CUENTA EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL QUE REGULA LAS RELACIONES CONTRACTUALES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

a. Capacidad y legitimación en el ámbito electrónico

En cuanto a los elementos básicos del acuerdo en este tipo de contratos electrónicos, igualmente se encuentran presentes la capacidad y la legitimación.

La capacidad es la misma para todas las obligaciones, tanto en su posibilidad de actuar teniendo en cuenta aspectos, como la edad para obligarse o su debida constitución y representación.

En lo que respecta a su función jurídica -capacidad jurídica-, como centro de imputación de derechos y obligaciones, se considera que participan sin ninguna limitación y en las mismas condiciones que en cualquier acuerdo de orden civil, mercantil o en sus relaciones de consumo.

En relación con la legitimación sustantiva, lo requerido en el acuerdo electrónico es la verificación de la relación jurídica conforme al sujeto con la causa o el objeto del negocio, siendo un aspecto de derecho de fondo. Se debe tener presente que es necesario diferenciar entre la legitimación de carácter activo y pasivo, según la posición de los sujetos contratantes en el acuerdo.

b. El objeto base de las convenciones electrónicas

En la contratación electrónica, se requiere tener presente la titularidad respecto al objeto del acuerdo y la compatibilidad de lo pretendido. Cuando se habla del objeto tanto en los contratos tradicionales como los electrónicos, se hace referencia a varias acepciones, entre ellas, se puede destacar el hecho, el comportamiento, la obligación, la prestación o la cosa de que se trate, los cuales son ejemplos de las distintas posibilidades que cobija el concepto.

En Costa Rica, se habla en la normativa civil de prestaciones o cosa en varios numerales, como, por ejemplo, los artículos 627, 629 y 631 del Código Civil. Al igual que se aplica en el tema de obligaciones en general, el objeto de la contratación electrónica debe ser existente, determinado o determinable, debe estar dentro del comercio lícito de las personas, se necesita que su esencia sea patrimonial, es decir, que resulte susceptible de estimación económica. Cuando se indica que un objeto debe ser posible, tanto física como jurídicamente, se refiere a que es posible en tanto resulte existente al momento de celebrarse el convenio.

No obstante, resulta admisible que las cosas futuras puedan ser objeto de acuerdo, siempre y cuando los y las contratantes estén conscientes de que no existe en ese momento, pero que va a llegar existir. Cuando se mencione que un objeto es jurídicamente posible, se habla de que esté en el comercio, que sea lícito, pero que también sean susceptibles de entrar en el patrimonio de los demás, dejando de lado los objetos con carácter demanial o de uso común a una colectividad.

c. Voluntad y consentimiento electrónico en las transacciones de esta naturaleza

La voluntad considerada como esa capacidad humana que tiene cada individuo para decidir con libertad qué desea y qué no, apreciada desde su manifestación en el ámbito jurídico como la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos, es un elemento esencial identificable tanto en los acuerdos comunes como en el propio negocio electrónico.

El operador jurídico debe estar consciente de que las implicaciones que conlleva la tecnología en este tipo de acuerdos la hacen más compleja; pero no se desliga de sus consideraciones más tradicionales.

En los negocios de esta naturaleza, los operadores jurídicos deben ser conscientes de que la capacidad de las partes para obligarse resulta esencial. Pero se plantea como todo un reto porque por lógica se puede determinar que, en muchas ocasiones, las partes no se encuentran presentes en el mundo electrónico.

Para evitar el fraude, es necesario tener en cuenta que el proveedor de servicios o de productos en la red; es decir, quien ofrece en un campus digital, red social o página web entre otros, bienes o servicios es el responsable de tomar las precauciones necesarias para evitar el daño de los potenciales clientes o interesados, debiendo, claro está, tener claro que el objeto del acuerdo y su causa deben ser lícitos, determinados o determinables y posibles dentro del mundo jurídico.

Para la formación del convenio, sea cual sea su objeto, se requiere que una de las partes tome la iniciativa, proponiendo desde el punto de vista general y público un objeto, las condiciones de la contratación y las modalidades de convenio posibles que se deben celebrar, permitiendo que la o las personas interesadas generen su aceptación o contrapropuesta a fin de generar un consentimiento. Lo anterior se ha denominado oferta y aceptación.

Volver al Índice

Para lograrlo, es necesario tomar varios aspectos en consideración. Por ejemplo, en materia de la manifestación de la voluntad por medios electrónicos, es necesario distinguir entre voluntad interna o de contenido, en la cual, reside su querer o, bien, el propósito que lleva al ser humano a tomar una determinada decisión, y otra que se distingue de la anterior, también denominada manifestación externalizada, en que la segunda es la declaración de lo que cada sujeto emite electrónicamente para el caso concreto, mediante signos, símbolos, letras, palabras, sonidos o cualquier elemento que permita a otros sujetos conocer lo que se piensa. Puede ser expresa si es deducible directamente de lo manifestado o tácita cuando por medio del análisis de su mensaje se revela inequívocamente su intencionalidad.

Para que la voluntad sea considerada en el perfeccionamiento de un contrato de esta y cualquier naturaleza, se requieren una declaración libre y manifiesta, entender sus motivos y fines, que se encuentre libre de cualquier tipo de vicio, puede ser tanto unilateral, como bilateral o, incluso, plurilateral, en ese supuesto, no existe limitación.

En lo que respecta al consentimiento señalado en la doctrina y que además ha sido mencionado en tantas ocasiones por la jurisprudencia, ese acto contractual, libre, consciente y espontáneo se realiza entre los y las contratantes para que responda al objeto que el legislador se ha propuesto al darle fuerza obligatoria; es decir, crear un medio que sirva de forma eficaz para afianzar las operaciones legítimas de orden jurídico que se producen entre los individuos de la comunidad.

En resumen, se podría entender cómo por medio de ese acuerdo de voluntades las partes convienen el objeto del contrato. Los artículos 1007 y 1008 del Código Civil enmarcan el desarrollo de este tema. La aceptación es un aspecto que genera una cierta discusión en materia de convenios electrónicos, no por los elementos básicos que conllevan el entendimiento entre los sujetos contratantes, sino por el medio que genera el consentimiento electrónico.

Normalmente, en el tema de la capacidad para obligarse que ya reseñamos, se presentan las dificultades para saber a quién se está contratando, ya que el sistema no exige la presencia de las partes entre sí, sino de forma remota y a través de ciertos mecanismos que disminuyen los cuestionamientos, pero que no los eliminan, como, por ejemplo, si quien paga el precio es el mismo que compra, si quien vende es el mismo productor o proveedor de los productos o servicios señalados o es un tercero.

No obstante, se considera que el proveedor de los productos o servicios a través de la red es quien debe tomar la precauciones para que no se cometan defraudaciones ni afectaciones de ninguna índole durante la aceptación del acuerdo. Por ello, al momento de la oferta, se requiere que el o la oferente tome la iniciativa y proponga a los interesados el objeto, las condiciones, así como las modalidades o tipos de convenios por celebrarse. Así la otra persona puede mostrar su conformidad generando el vínculo contractual.

Conforme lo señala el artículo 1010 del Código Civil, se regula, entre otros aspectos, la aceptación libre de la oferta. En la lógica de un razonamiento legislativo, este numeral representa una continuidad esperada respecto a la práctica jurídica en el ámbito de la costumbre negocial. La posibilidad de que el o la estipulante de la oferta pueda retirarla antes de que sea aceptada o, bien, que esta sea aceptada y válida, si quien estaba en la posibilidad de aceptarla lo hace antes de que tenga noticias de que se ha retirado la oferta.

En este acápite, se podría cuestionar el tema de la forma de obtener la noticia del retiro formal

de la oferta o de alguna modificación, máxime si los aspectos tecnológicos no muestran una claridad meridiana en la conceptualización de la aceptación. Piénsese en aquellas ofertas aplicadas mediante plataformas tecnológicas, donde se oferta un producto, pero no se puede verificar la existencia en tamaño, medida o respecto a algo tan sencillo como el color que implican compras con aceptaciones no tan clarificadas o con las cláusulas "sujeto a disponibilidad según términos y condiciones".

En materia de compraventas electrónicas, la aceptación electrónica se podría tratar de definir como una declaración unilateral de voluntad que se realiza por los medios de comunicación e informática, cuando un sujeto acepta una propuesta recibida por los mismos medios a través de un proponente u ofertante. En estos casos, pueden aplicar varios tipos de teorías detalladas de forma clara en la legislación, ajustables a los convenios celebrados en nuestro territorio.

La aplicación de la teoría entre presentes que se deduce de la interpretación de los artículos 1009 y 1010 del Código Civil resulta vacía, si no se consideran los efectos de la tecnología en el tema de las distancias y el universo digital o, inclusive, en el denominado metaverso que conlleva un análisis más detallado y que se reserva para otro artículo.

En este tema, existen dos situaciones que normalmente se plantean como fueron esa oferta y esa aceptación. Si bien ambas partes pueden estar presentes, se podría dar de forma verbal o bien escrita, parece que la intensión del legislador fue considerar la primera situación, en tanto, es la única que requiere realizarse de forma indispensable entre presentes, ya que el o la ofertante debe oír en el acto la aceptación a su propuesta.

Se ha indicado igualmente que las ofertas realizadas por teléfono se asimilan a las verbales entre presentes, por los efectos producidos y las características intrínsecas al acto. Tomando como parámetro lo anterior, con el avance de las nuevas tecnologías y el tema de la virtualidad, las interpretaciones en torno al punto deberán ajustarse con exactitud y prudencia.

Como dato curioso, se presenta con fuerza la nueva teoría derivada de la virtualidad, el cambio que implicaron los sucesos dados posteriormente al año 2020 (pandemia COVID 19) que incrementaron fuertemente otra noción de la aceptación, el denominado "consentimiento virtual", el cual se lleva a cabo durante el proceso donde dos o varias personas actúan de manera tal que sus voluntades se encontrarán a través de redes digitales desde el momento mismo en que la oferta se halle disponible, la aceptación que la encuentra hará considerar presentes a los sujetos, principalmente en aquellos espacios 24/7 donde las compras en línea y las transacciones no tienen límite de horario ni de plazo.

También existe otro tipo de ofertas que se realizan por parte de las empresas a través de comunicaciones vía correo electrónico a los clientes. En dicho sentido, aunque sea automatizado el servicio en algunas ocasiones, se parece más al consentimiento entre ausentes que se regula en los artículos 1009 y 1010 ya señalados.

Aquí se podrían aplicar varias teorías, una de ellas es la de la declaración o manifestación, aunque el o la oferente la desconozca con solo que el aceptante exteriorice su voluntad y, sin que remita respuesta, se tiene por aceptada la oferta. Tiene como salvedad las ofertas sin plazo que implican que, sin la emisión de respuesta en dichas propuestas, se tiene por no aceptada; por ejemplo, al tercer día si no se señaló plazo en la misma provincia, diez días si no está en dicha provincia y 60 días fuera del territorio nacional, artículo 1012 del Código Civil.

Volver al Índice

La teoría de la expedición conocida también como comunicación o envío señala la existencia del envío de la aceptación, como forma de perfeccionar el contrato, pero no requiere que el o la oferente se manifieste ni siquiera que conozca de la aceptación. Esta teoría es muy precaria e insuficiente.

La tercera teoría es la teoría de la información donde el aceptador remite su respuesta admitiendo la oferta, el oferente recibe o tiene a su alcance la recepción de la comunicación, sin necesidad de que la abra o analice la respuesta, se deja a su arbitrio, y el aceptador no sabe si se informó.

La cuarta teoría implica que el consentimiento se forma con el mutuo conocimiento de las manifestaciones de voluntad; es decir, en el momento en que el oferente conoce de la aceptación, y el aceptador es informado de ello, (artículos 1013 del Código Civil con relación al numeral 444 del Código de Comercio).

c. Vicios de la voluntad que anulan el consentimiento electrónico en el mundo del *e commerce*

Según señala el *Diccionario jurídico* del Poder Judicial, los vicios en el consentimiento se refieren a la ausencia de libertad, discernimiento, intención o conocimiento en la manifestación de voluntad. El error, la violencia o la intimidación son ejemplos de vicios en el consentimiento. Se agrega que el vicio en materia contractual hace referencia al error, violencia, intimidación o dolo que afectan el consentimiento, la causa u objeto para la celebración de un contrato[6].

De acuerdo con lo que señala nuestro Código Civil en el artículo 1007, la falsedad es un vicio de la voluntad que afecta la validez del acuerdo, aspecto plenamente aplicable a los contratos electrónicos de compraventa. En este apartado, es necesario resaltar dos elementos esenciales del sistema contractual contemporáneo, constituido claro está, desde los mismos cimientos del derecho romano, pasando por la evolución e influencia canónica de la Edad Media en complemento de las grandes luces codificadoras del principio de la Revolución Francesa y hasta la actualidad.

Igualmente, el Código de Comercio regula aspectos de formalidad, si bien expresamente señala la no sujeción de acuerdos a la forma, en su artículo 411, por ejemplo, se señala lo siguiente: Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que quisieron obligarse. Lo anterior también rige para toda modificación que posteriormente quiera hacerse (artículos 411 y 412 Código de Comercio de Costa Rica).

El consentimiento señalado en la doctrina y que además ha sido mencionado en tantas ocasiones por la jurisprudencia es ese acto contractual, libre, consciente y espontáneo para que responda al objeto que se ha propuesto el legislador al darle fuerza obligatoria; es decir, crear un medio que sirva de forma eficaz para afianzar las operaciones legítimas de orden jurídico que se producen entre los individuos de la comunidad.

Por eso, el error (artículos 1015 y 1016 del Código Civil) entendido como el falso conocimiento o, bien, el desconocimiento de una realidad que fue sustituida por otra alterada o falsa, la violencia y el dolo también llamados vicios del consentimiento, cuando intervienen en el pacto, lo vician en términos de poder consolidar su invalidez.

6 La anterior definición se obtuvo del *Diccionario digital electrónico* del Poder Judicial de Costa Rica, el cual se verificó en la siguiente dirección electrónica: https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?query=vicio&search_type=contains&start=130. Consulta realizada el 16 de noviembre de 2023. Se considera una fuente de información fiable, validada en la práctica jurisdiccional con enfoque académico.

La violencia, el miedo grave o la intimidación, entendido el miedo como la aquella violencia de carácter moral, psicológica, y la intimidación vista como aquellas amenazas que incluyen la violencia física grave, se consideran vicios de la voluntad, conforme a los numerales 1017, 1018 y 1019 del Código Civil, formas que igualmente afectan los contratos electrónicos.

Otros aspectos que vician la voluntad y que igualmente se deberán considerar para los contratos de compraventa electrónicos están relacionados con la simulación valorada como aquella distorsión artificiosa entre lo que se quiere y lo que se declara con el propósito de afectar a terceros (artículo 1007 del Código Civil) o, bien, los aspectos que produzcan afectación a la buena fe, artículo 21 del citado Código Civil, y el abuso del derecho o ejercicio antisocial de este tal y como lo describe el numeral 22 del código de rito.

d. La forma como elemento de contratación en la compraventa electrónica

Al igual que, en cualquier contrato de corte tradicional, la libertad de forma es la regla y la formalidad viene a ser la excepción en este tipo de contratos de compraventa electrónica, siendo la mayoría de los asuntos de corte formal regulados por ley cuando así se requiera, aquellos contratos que resultan solemnes, por ejemplo, el contrato de fideicomiso (artículo 634 del Código de Comercio), la hipoteca (artículo 409 del Código Civil) o, bien, la donación de inmuebles (artículo 1397 del Código Civil). Para los aspectos de prueba, igualmente las partes pueden acordar de manera expresa alguna forma bajo pena de nulidad, teniendo una vinculación especial para las partes, artículo 1022, en relación con el 1049, ambos del Código Civil.

En estos temas, igualmente resultan aplicables los aspectos de la contratación en general, tanto para convenios de carácter civil como de carácter mercantil y de consumo.

Conforme lo señalado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), normativa mencionada líneas *supra*, se reconoce el principio de equivalencia funcional, con el cual se menciona que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de datos.

Este principio se plantea en atención al avance tecnológico que se ha presentado en las últimas décadas. Se puede afirmar que el documento en soporte electrónico, informático o telemático tiene las mismas características, en principio y en cuanto a su validez jurídica que cualquier otro de los tradicionalmente aceptados en soporte de papel.

En Costa Rica, la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos recoge dicho principio y señala de forma expresa que:

> *"[…] Artículo 3º-**Reconocimiento de la equivalencia funcional.** Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos".*

Igualmente, conforme al artículo 4 de dicha ley, se le otorgará la misma fuerza probatoria, por lo que no se debería discriminar soportes digitales frente a documentos físicos. Para que las copias, enlaces, documentos digitales o electrónicos prueben según su naturaleza, es necesario que se dé garantía fidedigna de conservación en su integridad y, para que las copias sean admisibles como medios de prueba, rige el mismo principio establecido para los documentos tradicionales,

Volver al Índice

en el sentido de que un documento electrónico no original puede probar su validez, siempre y cuando cumpla con los requisitos que la legislación establece para que pueda servir como prueba; por ejemplo, conforme lo establece el artículo 45.1 del Código Procesal Civil vigente.

Para complementar lo indicado en el apartado de antecedentes y contexto aplicable, se valorará la regulación expresa que el Poder Ejecutivo planteó en el Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor.

3. REGLAMENTO A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR Y SU RELACIÓN CON LA COMPRAVENTA ELECTRÓNICA (DECRETO 40703 MEIC)

Para entender su vinculación al tema, basta con analizar el apartado considerativo del contenido reglamentario, concretamente los considerandos V y VI, mediante los cuales se justifica la reforma al mencionado decreto.

En concreto, el punto V señala que las disposiciones contenidas en los capítulos V, VI y VII de la Ley 7472 son amplias y aplican a todos los mercados en general. No obstante, a criterio del ejecutivo, es necesario precisar, mediante disposiciones específicas, el alcance de la ley en el contexto del comercio electrónico, a fin de otorgar mayor claridad y seguridad jurídica a todas las personas participantes de estos mercados; es decir, a criterio de quienes emiten el documento, ya la Ley 7472 regula el tema, pero resulta de suma importancia aclarar los efectos del *e commerce*.

Por ello y, conforme al considerando VI, se menciona la necesidad de adicionar un nuevo capítulo sobre la protección al consumidor en el ámbito del comercio electrónico. Asimismo, se deben reformar algunos artículos que tienen relación directa con dicha forma de contratación. Para determinar su ámbito de aplicación, en su artículo primero, el Reglamento informa que este apartado regulará las relaciones entre comerciantes y consumidores, sin detrimento de la demás normativa del consumidor. Esta investigación se enfoca en dicho tipo de relaciones, sin perjuicio de las clasificaciones que se han planteado en la compraventa electrónica (entre personas comerciantes, consumidoras o entre sujetos civiles).

La creación del capítulo X, relacionado con la protección al consumidor en el contexto electrónico, será el objeto de análisis del reglamento, salvo algunos aspectos asociados al comercio electrónico que puedan igualmente aplicarse en ciertas materias que la citada normativa considera.

Para la aplicación práctica, en complemento de la Ley 7472, este Reglamento regula de manera detallada y directa las relaciones entre consumidor y comerciante en el comercio electrónico, sin perjuicio de lo que la materia del consumidor puede aplicar por consideraciones particulares de cada caso en concreto.

a. Consideraciones generales

Dicha normativa presenta conceptos generales atinentes a la materia de estudio que pretenden generar un mejor grado de precisión lógica y doctrinaria a la compraventa electrónica. Uno de los aspectos que más llama la atención es lo que denomina principio de equivalencia funcional. En resumen, se señala que la información dada a los consumidores y las propias transacciones de comercio electrónico cuentan con la misma tutela que se daría a otras formas de comercio. En concreto, se menciona que el mismo tratamiento

que se le daría a una transacción plasmada en un medio físico debe resultarle aplicable a un medio electrónico. La protección al consumidor en el comercio electrónico no podrá ser menor a la otorgada por la Ley de Protección al Consumidor de forma regular incluyendo su Reglamento.

b. Información sobre los elementos esenciales de la contratación

En cuanto a la información, se indica que deberá ser fidedigna, cierta, suficiente, clara, accesible y actualizada. La identidad de este comerciante debe cumplir con este supuesto, debiendo especificar su ubicación geográfica principal, su nombre o razón social con la debida identificación de su cédula física o jurídica, la forma en que podrá ser contactado (teléfono o correo electrónico, por ejemplo).

Igualmente, debe informar al público los datos que identifiquen el registro del nombre y del dominio de sus sitios web, y debe igualmente presentar cualquier otra información de interés para el consumidor, incluyendo los datos de los terceros que participen de las transacciones. (Esto podría referir a proveedores, transportistas, intermediarios, entidades financieras asociadas, autoridades de gobierno involucradas). También es necesario incluir información sobre permisos de operación o licencias, etc.

Como se puede apreciar de lo anterior, las exigencias respecto a la información del comerciante son vastas y detalladas, siendo importante no solo para efectos de que el comerciante demuestre el cumplimiento de la norma, sino también para que el consumidor pueda asegurarse de la seriedad con la que se muestra el ofertante, implicando responsabilidades para el negocio que incumpla con las disposiciones descritas.

Se rescata este elemento por el contexto de la compraventa electrónica, el uso de vías electrónicas como sitios web, páginas electrónicas, redes sociales etc., las cuales representan casi la mayoría de los medios conocidos y utilizados para la realización del *e commerce*.

No es un secreto la desconfianza que representan muchos sitios en el vasto mundo de la web para los usuarios y optantes que buscan satisfacer sus necesidades o intereses por medio del internet y la conectividad. Conlleva los anteriores requerimientos para quienes generen el comercio electrónico en nuestro territorio, una responsabilidad directa respecto de los efectos generados en la sociedad, cuando se incumplan de manera directa y desinteresada.

Ahora bien, la información respecto a los bienes y servicios, los precios, las transacciones entre consumidores de los servicios electrónicos y los comerciantes de esa misma naturaleza se regula de manera detallada en la norma. Es una derivación de lo que la propia Ley de Protección y Defensa Efectiva del Consumidor ya ha venido regulando desde hace algunas décadas en temas de comercio.

Dentro de los puntos que presentan una innovación y que tienden a incorporar la naturaleza de los nuevos modelos de negociación electrónica, resalta la necesidad de que los comerciantes que pertenezcan a programas de autorregulación, a organismos de regulación de controversias o, bien, asociaciones empresariales, la norma ordena que deben otorgar la información necesaria para que el consumidor pueda contactarlos. En el ámbito de la información sobre la transacción, resalta, entre otros, el sistema de reclamaciones adoptado y según la naturaleza de la compraventa, términos, condiciones, garantías y los servicios postventa y los aspectos relacionados a la duración del contrato.

Tomando en cuenta lo anterior, el tema del precio resulta sumamente relevante, por lo que el detalle deberá cumplir igualmente con todos los aspectos

Volver al Índice

relacionados con la claridad, el detalle, los costes completos incluyendo los adicionales, comisiones, cargos, gastos o erogaciones adicionales, en asuntos de duración indeterminada, igualmente los datos de las tarifas periódicas con un detalle de todos los rubros que lo componen con el pago final. Lo anterior deberá constar en el mismo medio en que se anuncie o promueva la venta del bien o servicio, conforme con los numerales 185 y 186 del Reglamento 37899-MEIC.

c. Opciones preseleccionadas y engaños en la suscripción y su relación con el proceso de confirmación

Este aspecto igualmente se muestra novedoso, el citado reglamento indica, en su artículo 188, que el comerciante no puede preseleccionar en su sitio de compras ninguna prestación, ni tampoco prestaciones sucesivas ni recurrentes, y cualquier intento planteado en dicho sentido es considerado como un engaño.

El mismo artículo es tajante en señalar por qué la conducta es engañosa, en tanto explica que incorpora una venta atada en perjuicio del consumidor. Cuando se demuestre (aquí se debe valorar la carga de la prueba en consideración a la responsabilidad objetiva) que la compra aconteció con esa limitación, desde el punto de vista patrimonial, el vendedor deberá asumir las consecuencias negativas no queridas de la contratación defectuosa.

Otra prohibición explícita se puede deducir del documento en este tema y está relacionada con mecanismos automáticos o de suscripción automática para obtener el consentimiento del usuario final, en tanto pueden constituirse en mecanismos que induzcan a error a los consumidores. El consentimiento debe ser expreso y constatable, en este punto, remitimos a la persona lectora al apartado de este artículo que trata al consentimiento como elemento esencial de los contratos de forma general, con lo cual se podrá entender los aspectos razonables que deben considerarse en este tipo de situaciones relacionadas con el consentimiento.

Es clara la relación existente entre la posibilidad de escoger una opción de venta y una confirmación de esa compra o, bien, la suscripción para un determinado servicio. Por eso, se debe garantizar no solo el conocimiento claro de los términos de la contratación, sino también deben contener la información clara, previa, suficiente e inequívoca del producto, al igual que los pasos necesarios para completarla.

Al momento de generar el consentimiento, es obligatorio que el comerciante resuma la transacción con la descripción del bien o servicio, el tiempo de entrega, precio, eventuales costos adicionales de la transacción con el monto total de la operación y cualquier otro elemento relevante que deba ser tomado en cuenta. Así la persona consumidora podrá modificar el contenido, corregir sus errores y decidir si continúa o desiste de la transacción.

La normativa exige que este apartado no incluya información desagregada en tanto puede modificar el consentimiento. La transacción solo será procesada si el consumidor aceptó todos los términos de forma expresa.

d. Perfeccionamiento del acuerdo y la emisión del comprobante según el reglamento

Este tema tratado en el apartado de *Voluntad y consentimiento de las transacciones electrónicas* presenta una regulación muy similar a lo mencionado en el Código Civil. Sin embargo, la mayor diferencia radica en la especificación que hacen los emisores del reglamento sobre la perfección del acuerdo en el artículo 190 de la citada normativa reglamentaria.

Señalan que, desde el momento que se recibe la aceptación de la propuesta o de las condiciones para que sea modificada, se tiene perfeccionado el acuerdo. La visita al sitio de internet no impone a la persona consumidora obligación alguna. Pero, además de lo anterior, le establece una serie de requisitos que deben cumplirse de previo a entender que el consentimiento está formado. Entre ellos destaca el acceso a las condiciones generales, la aceptación expresa de las condiciones dichas y un elemento novedoso relacionado con la accesibilidad y prueba de la información, la necesidad de permitirle almacenar digitalmente las condiciones o, bien, la posibilidad de imprimirlas.

En cuanto a la comprobación del acuerdo, según lo detalla el numeral 191 del Reglamento, es obligación del comerciante enviar al consumidor un comprobante íntegro, preciso y duradero de la transacción, permitiendo el envío por vía electrónica o, bien, previo acuerdo, se permite el uso de cualquier medio de comunicación incluyendo el documento físico, ya que no hay limitación si las partes lo convinieron. El anterior supuesto puede darse en los envíos de los productos, siempre que cumpla con el desglose efectivo de la información.

e. Seguridad en los medios de pago y la necesaria notificación del intermediario financiero

Desde hace muchos años, se han regulado el tema de las formas de pago y la necesaria seguridad que debe brindarse a los consumidores. Es un tema que no parece a nivel general como algo novedoso. No obstante, se puede resaltar la adaptación que realiza el Reglamento a la realidad derivada de la compraventa electrónica.

Entre los aspectos que más llaman la atención, se puede mencionar la información del nivel de protección respecto a los datos brindados por los consumidores en conjunto con las limitaciones de los sistemas de seguridad. Igualmente, en cuanto a la seguridad, es importante informar sobre la tecnología que se utiliza para proteger la transmisión, procesamiento y almacenamiento de los datos financieros, y se debe señalar de forma clara la entidad certificadora de los sistemas de seguridad. Cuando se genere la transacción, la entidad financiera intermediaria deberá informar inmediatamente al cliente, según los medios acordados.

f. Entrega del bien, prestación del servicio, reclamaciones y evaluaciones dadas por el consumidor

El plazo para entregar el bien o para brindar el servicio deberá ser respetado, pero con la posibilidad, en caso de que no se acate la fecha, de tener por incumplido el acuerdo debiendo devolver la suma pagada sin ninguna deducción. Se establece una aplicación supletoria del Código de Comercio para la omisión en la determinación de un plazo, el artículo 194 del reglamento señala la necesidad de aplicar el artículo 465 del Código de Comercio y le otorga un plazo de 24 horas para cumplir desde el momento de la celebración del acuerdo.

Asociado con lo anterior, pero cobijando otras situaciones, la norma de comentario regula cómo debería procederse en aquellos asuntos donde se necesita presentar un reclamo o una queja. El mecanismo que se establezca debe ser gratuito, transparente y eficaz, y debe aplicar el mismo medio electrónico empleado para completar la transacción. Se requiere, además, que sea de fácil acceso y uso, lo que conlleva lógicamente la consideración sobre la brecha tecnológica.

Se necesita igualmente informar los plazos de respuesta que deben ser razonables según el tema que trate, brindando medios o alternativas para que el consumidor dé seguimiento a su queja o

Volver al Índice

reclamación. Es necesario mencionar un punto que se muestra muy novedoso, la evaluación que el consumidor puede dar al bien o servicio ofrecido por medios electrónicos.

El artículo 196 consigna de forma general el punto en consideración. Los redactores de la norma señalaron que debe establecerse (la redacción se plantea de forma obligatoria) de forma gratuita y transparente un mecanismo para recibir y hacer públicas las evaluaciones positivas o negativas que los consumidores realicen respecto a la calidad de los bienes y servicios que adquirieron del comerciante. Debe ser de fácil acceso y también debe informarse al consumidor de su existencia.

Lo anterior no muestra una adaptación, sino una innovación que mejora la experiencia de la contratación electrónica respecto a los mecanismos de comercialización y adquisición física de los productos, pues ayuda a mejorar la transparencia y la calidad de los bienes y servicios, no solo respecto a las negociaciones propiamente dichas, sino también a la información que el cliente debe recibir de previo a las tratativas. Esto como consecuencia lógica dirige hacia el establecimiento de las normas las reglas que señalen los aspectos más importantes en temas tan relevantes como la publicidad y el mercadeo de productos.

g. Reglas para realizar la publicidad y el mercadeo en general, así como su relación con sectores vulnerables de la sociedad

La identificación de los temas de mercadeo o publicidad es una necesidad, los artículos 197 y 198 refieren a eso. Los elementos relacionados a la publicidad y al mercadeo deben mostrar las características de los productos, el acceso y el uso real, informando el precio final tal y como la propia Ley 7472 lo señala.

En cuanto a los temas de vulnerabilidad en general, las normas indican que toda esa publicidad debe tener un especial cuidado, tomando en cuenta que esas personas podrían no tener la facultad de comprender la información que les brindan, buscando que no se atente contra su dignidad ni bienestar integral.

Entre otros puntos que se detallan, se encuentra la necesidad de identificar cuáles bienes o servicios no deberían ser de acceso a menores de edad y cuándo no presentar a menores en situaciones peligrosas, conductas impropias, ilegales o que atenten contra su dignidad y su bienestar integral. Se debe respetar cualquier otra obligación de orden legal que limite la publicidad dirigida a las personas menores de edad.

h. La autodeterminación informativa de las personas consumidoras: protección de datos personales y comunicaciones electrónicas no solicitadas

El derecho a la autodeterminación informativa es clasificado como fundamental, ya que le permite a la persona decidir sobre quién, cuándo y bajo cuáles circunstancias otras personas pueden acceder a sus datos, así como el derecho a conocer la información que conste en las bases de datos siendo posible que se rectifique, actualice, complemente o suprima cuando sea incorrecta.

También se le conoce como el derecho a determinar el control de datos que son públicos o que pueden ser comunicados a terceros, claramente siempre y cuando sean elementos como los mencionados en este acápite o cuando se practique el derecho al olvido, tal y como, en el voto 10114-2008, la Sala Constitucional lo definió que sucede cada cuatro años.

Lo anterior está completamente relacionado con el derecho a la intimidad. Este aspecto se deduce de la Ley 9868, conocida como la Ley de

Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

En lo que respecta a las comunicaciones en Costa Rica y principalmente a las comunicaciones no solicitadas, en su artículo 44, la Ley General de las Telecomunicaciones señala el derecho de los ciudadanos a no recibir comunicaciones no solicitadas. Se relaciona igualmente con la Ley 9868 ya citada en tanto uno de los elementos cuestionables es la idea de que se permita el uso de correo de contacto para remitir información no solicitada.

Las anteriores normas se complementan con el presente reglamento, ya que tanto el artículo 199 y el 200 del decreto citado regulan el uso de los datos derivados del comercio y las comunicaciones electrónicas no deseadas o solicitadas por los consumidores.

4. CONCLUSIONES

En nuestro país, existen varias normas que resultan aplicables a la contratación de consumo electrónico, como se verificó en el desarrollo de este artículo, desde tratados internacionales aprobados y ratificados por Costa Rica.

Como quedó expuesto, dentro de la normativa interna, tenemos como eje principal tres normas de rango constitucional. El artículo 28 de la Constitución Política de Costa Rica establece la posibilidad de negociación, como un derecho libre que además fija la autonomía de la voluntad de las partes, la posibilidad de realizar todo aquello no prohibido en cuanto no atente contra la ley, la moral o las buenas costumbres.

Por su parte, los artículos 45 y el 46 de la Constitución Política regulan el tema de la propiedad privada y la libertad de empresa, como elemento base del comercio en nuestro país. Y, por último, para efectos de la presente propuesta, el citado artículo 46 de la Constitución, además de regular la libertad empresarial, es una norma que genera las bases que tutelan los derechos de los consumidores. En sí mismo, dicho artículo desarrolla un concatenado y numeroso eje de derechos a nivel de la persona consumidora.

A nivel legal, el Código Civil es una de las principales normas que se analizan para la actividad entre sujetos particulares no comerciantes; pero, por su enfoque base y su elemento práctico, resulta aplicable a las demás leyes que se desarrollen en el ámbito contractual. El Código de Comercio, utilizado para regular las relaciones entre los comerciantes, aplicado de forma supletoria en temas de consumo por los temas intrínsecos que atañen a la actividad comercial en general, contratos, títulos valores, sujetos del derecho mercantil o actos de comercio en general, brinda complemento a los aspectos normativos que el Código Civil ya sustenta.

Por último y, para nuestro interés, se encuentra la Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento, este último quizá es el documento más acertado y directo para considerar el tema en cuestión. Tomando en cuenta el principio de equivalencia funcional que regula las negociaciones a nivel electrónico, se determina en concreto que, en cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos.

Además, se debe considerar que el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos ni las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular, no pudiendo discriminar un negocio o convenio físico respecto a uno electrónico o viceversa.

Volver al Índice

En tal sentido, todos los elementos normativos y teóricos relacionados con la actividad resultan aplicables tanto a los convenios comunes como a las negociaciones a través de medios electrónicos. Los aspectos especiales que se deben considerar en las relaciones de consumo a través del *e commerce* son regulados por la Ley 7472 y su Reglamento.

Concretamente este último instrumento permite definir algunos elementos, tales como la información de las propuestas electrónicas, aclarar lo relacionado a la preselección o los engaños en la suscripción, identificar la importancia de la claridad en la confirmación de la compra, el perfeccionamiento de los acuerdos y la emisión de los comprobantes, definir lo relacionado con los medios de pago y la actividad del intermediario financiero, vincular la entrega de los bienes y la prestación del servicio con los reclamos o la calificación del consumidor a este último punto. Además, pretende regular lo relativo a la publicidad, el mercadeo en asocio a las consideraciones respecto a los sectores vulnerables de la sociedad y la autodeterminación informativa.

Estos elementos, junto con la teoría contractual y las demás normas del sistema jurídico costarricense aquí citadas, permiten analizar los acuerdos suscritos entre los comerciantes, los comerciantes y los consumidores o entre los demás miembros de la sociedad civil en general, y solucionan los conflictos generados a raíz de la aplicación del comercio electrónico o las propuestas de contratación electrónica común, según la aplicación de principios especiales para cada materia, dando énfasis para el presente caso en los asuntos relacionados al consumidor electrónico.

5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

a. Libros, ensayos y revistas

Bruce Esquivel, Oswald. (Septiembre-diciembre de 2003). Comercio electrónico y derechos del consumidor. *Revista de Ciencias Jurídicas.* N.° 99, pp. 167-169. San José.

Feldstein de Cárdenas, Sara L y otros. (2013). *Derecho del consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional*. 1.ª edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Giner Parreño, César A. (2014). *El derecho de la competencia, comercio electrónico y marcas*. 1.ª edición. Valencia: Tiran lo Blanch.

González Rafael, Martínez Víctor y Sojo Saray. (2000). *Propuesta de estrategias para el desarrollo del comercio electrónico en Costa Rica*. Proyecto de graduación. Maestría en Administración de Empresas. Instituto Tecnológico de Costa Rica.

Knörr Briceño, Jolene Marie y Roldán Sauma, Marcelo. (2001). *La protección jurídica del consumidor en el comercio electrónico.* 1.ª edición. San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Obando Vargas, Christian Eduardo. (2002). *La administración de controversias por ciber ocupación bajo la observancia y aplicación de los procedimientos de mediación y arbitraje a lo interno de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.* Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

Rincón Cárdenas, E. (2020). *Derecho del comercio electrónico y de internet*. 4.ª edición. Bogotá D C: Tirant Lo Blanch.

Volver al Índice

b. Referencias electrónicas: documentos y sitios web

Novelli, Mariano H. (2013). *El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado*. Universidad Abierta Interamericana. Consultado el 13 enero de 2024. Recuperado de https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://uai.edu.ar/media/42513/ganadores-2013el-perfeccionamiento-de-los-contratos-celebrados-por-medioselectr%C3%B3nicos-en-el-derecho-argentino.pdf.

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico UNCITRAL. Consultada el 6 de diciembre de 2023. Recuperado de http://www.uncitral.orq/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453SEbook.pdf.

Elementos aplicables al comercio electrónico. Comisión de las Naciones Unidas parar el Derecho Mercantil Internacional (CNUDIM). Consultada el 5 de marzo de 2024. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce.

Investigación sobre consumo electrónico. Sitio web del Ministerio de Economía y Comercio. Consultada el 17 octubre de 2024. Recuperada de: https://www.meic.go.cr/comunicado/1146/un-485-de-los-consumidores-del-pais-realizan-compras-por-algun-medio-electronico.php.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Sitio web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Consultada el 17 de junio de 2024, recuperada de: https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/06-57455_ebook.pdf.

c. Leyes y reglamentos

Constitución Política de Costa Rica. (2024). Recuperada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Código Civil de Costa Rica. (2024). Recuperado del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Código de Comercio. (2024). Recuperado del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. (2024). Recuperada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales. (2024). Recuperada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Ley para la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor 7274. (2024). Recuperada del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Reglamento N.° 37899-MEIC. (2024). Reglamento a la Ley para la Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor 7274. Recuperado del Sistema Costarricense de Información Jurídica.

Reglamento N.° 44400. Decreto Ejecutivo N.° 44400 (26 de febrero de 2024) que modificó el Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.° 7472.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 171 - 180, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

PROCESO DE PROTECCIÓN URGENTE DEL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA. ¿TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

MSc. José Miguel Fonseca Vindas[1]

RESUMEN

Desde un enfoque de derechos humanos, se pretende descifrar la naturaleza jurídica de los procesos de protección "cautelar" que trae el numeral 234 del Código Procesal de Familia, respecto a las poblaciones vulnerables de personas en situación de discapacidad y adultas mayores, distinguiendo con ello, los procesos de protección que operan bajo la Ley contra la Violencia Doméstica. Básicamente, se pretende reforzar su naturaleza de procesos de protección urgente y no solo cautelar.

Palabras claves: protección, cautelar, derechos humanos, derechos fundamentales, medidas de protección, garantía y reconocimiento del deber de protección estatal.

ABSTRACT

From a human rights perspective, it is intended to decipher the legal nature of the precautionary protection processes brought by numeral 234 of the Family Procedural Code, with respect to vulnerable populations of people with disabilities and older adults. Distinguishing with this, the protection processes that operate under the Law against Domestic Violence. Basically, it is intended to reinforce their nature as urgent protection processes, and not merely precautionary.

Keywords: protection, precautionary measures, human rights, fundamental rights, protection measures, guarantee and recognition of the duty of state protection.

Recibido: 11 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Juez de familia desde el 2005; juez suplente del Tribunal de Familia desde el 2014; docente y máster en Administración de Justicia de la UNA; especialista en derecho procesal civil, derechos humanos y violencia de género por las Escuelas Judiciales de Costa Rica, Argentina y España

Volver al Índice

Sumario: 1. Introducción. 2. Tutela de Protección. 3. Procesos de Protección Urgente. 4. Conocimiento Constitucional en los Juzgados de Violencia Doméstica y Protección Cautelar. 5. Naturaleza Jurídica de los Procesos de Protección del 234 del Cpf. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía. 8. Normativa. 9. Votos.

1. INTRODUCCIÓN

El 1. ° de octubre de 2024, entró en vigencia la Ley 9747, la cual, en su artículo 1.º, establece lo que conocemos como el «Código Procesal de Familia». Dicha normativa instituye un proceso de protección urgente que se denomina «protección cautelar" a partir del numeral 234.

Considero importante destacar que ahora, en el derecho familia, no solo tenemos una especialidad en materia de niñez, alimentos, familia y violencia doméstica, sino además contamos con una subespecialidad de protección cautelar.

Valga señalar que, de acuerdo con el numeral 212 del Código Procesal de Familia, tenemos **cuatro procesos principales** en el derecho procesal familiar: resolutivos familiares, procesos de protección cautelar, procesos de petición unilateral y procesos especiales. En efecto, la protección cautelar es un proceso más del derecho de familia, el cual será tramitado ante los juzgados de violencia doméstica y de protección cautelar.

Podemos apreciar algo que quizás dibuje mejor de qué trata esa protección cautelar en el Reglamento a los artículos 133 y 139 del Código de la Niñez y la Adolescencia N.° 41902-MP-MNA, mediante el cual se dispuso llamar «*protección cautelar*" a las medidas de protección en sede administrativa otorgadas por el Patronato Nacional de la Infancia a favor de la niñez y la adolescencia en condición de riesgo.

Concretamente, en el artículo 8 del mencionado Reglamento, se dispuso que, en caso de emergencia, las medidas de protección eran consideradas una medida de protección cautelar, la cual podría inclusive ser dictada antes de otorgar audiencia a las partes, con la finalidad de brindarle a la persona menor de edad una protección inmediata ante un peligro grave.

En mi criterio y por las razones que se darán más adelante, el término cautelar resulta inexacto en este tipo de acciones, por cuanto, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso de protección urgente.

En el presente artículo, se pretende exponer algunos puntos de vista para distinguir la naturaleza jurídica de los procesos urgentes de protección, con aquellos meramente de índole cautelar. En tanto, se plantea diferenciar el alcance del marco de tutela de esa protección, entre los procesos que regula la Ley 7586 (Ley contra la Violencia Doméstica, en adelante LcVD) y el ya mencionado 234 del Código Procesal de Familia (en adelante CPF).

Lo expuesto será un mero piso donde se puede iniciar una discusión de nunca acabar.

2. TUTELA DE PROTECCIÓN

Nuestra Sala Constitucional indicó que la justicia cautelar respondía a la necesidad de garantizar el principio constitucional de una justicia pronta y cumplida, al "*conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución de la sentencia"*. (Resolución 7190-1994 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994). En tanto, la doctrina señaló que la justicia cautelar:

Volver al Índice

> *no tiene como fin declarar un hecho o una responsabilidad, ni la de constituir una relación jurídica, ni ejecutar un mandato y satisfacer el derecho que se tiene sin ser discutido, ni dirimir un litigio, sino prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal. (Gallegos, 2006).*

Tomemos en cuenta entonces que, sobre el tema de las medidas cautelares, su único fin es brindar seguridad de la ejecución en una eventual decisión estimatoria que satisfaga los intereses y derechos discutidos. Es decir, depende de un proceso principal por el cual se procura asegurar a través de la cautela la ejecución del fallo estimatorio.

Ahora bien, la protección urgente pretende brindar tutela al derecho fundamental lesionado, a través de una medida que se valga por sí misma y que solo admita el contradictorio en caso de oposición en el mismo proceso, sin tener que acudir a otro en concreto.

Las medidas de protección de la Ley 7586 (LcVD) son un ejemplo clásico de un proceso urgente de protección, por las cuales se brinda protección inmediata sin tener que acudir a otro proceso -ni depender de otro- manteniendo el contradictorio consigo dentro de la estructura monitoria que ha sido diseñada desde el año 2011 con la reforma al procedimiento.

De acuerdo con Solís (2021, p. 14), las medidas de protección de la LcVD tienen una naturaleza autosatisfactiva, por lo cual, tienen como fin "*brindar protección frente a situaciones concretas y en beneficio de personas específicas"*.

Citando a Peyrano (1997), las medidas autosatisfactivas "*son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles"*. Es decir, tratan de una disposición judicial inmediata que no requiere dar audiencia para otorgarla y que necesita una fuerte verosimilitud del derecho de protección alegado para su debida protección.

En nuestro entorno, la protección urgente deviene de un mandato constitucional que impone el artículo 51 constitucional, el cual establece como **deber al Estado** brindar protección especial a determinadas poblaciones. Entre ellas, a las mujeres, personas adultas mayores, personas en situación de discapacidad, así como a la niñez y adolescencia.

No es casualidad entonces que tengamos una Ley contra la Violencia Doméstica (en adelante LcVD), un Código de Niñez y Adolescencia, una Ley Integral para la Persona Adulta Mayor (en adelante LIPAM) y una Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Todo ese marco de legalidad deviene a su vez de todo un bloque de convencionalidad, como lo son las convenciones de derechos humanos de los derechos de las mujeres (CEDAW); personas adultas mayores (Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe del año 2012); personas en situación de discapacidad (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad) y, por supuesto, a favor de la niñez y adolescencia (Convención de los Derechos del Niño).

Como es posible apreciar, tenemos en nuestro país un mandato constitucional de protección especial, el cual mantiene resguardo en las leyes y las convenciones internacionales de derechos humanos. Sumemos a lo expuesto la jurisprudencia vinculante de nuestra Sala Constitucional y de la Corte IDH.

Volver al Índice

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

> *en los términos del artículo 25 de la Convención,* ***es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado****. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes* ***que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas****. La segunda,* ***garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos****. (Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú. Serie C n.°. 438. Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay. Serie C n.° 429).*

Como se aprecia, el Estado costarricense tiene la obligación de amparar a todas las personas que requieran protección de sus derechos fundamentales y, para ello, debe garantizar las formas o medios para proteger efectivamente esos derechos.

En lo que nos ocupa y de acuerdo con el numeral 121 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), se establece de forma tangible que a los juzgados de violencia doméstica y protección cautelar les corresponde conocer todo lo relativo a los procesos de protección, respecto a la violencia intrafamiliar, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Valga señalar el amplio espectro de tutela a esa protección que dicha norma pretende asignar a los despachos de violencia doméstica y protección cautelar, dejándose claro que la protección a favor de la niñez y adolescencia se asignó en la sede administrativa al PANI y en la sede judicial a los juzgados de niñez y adolescencia o juzgados de familia, según corresponda.

3. PROCESOS DE PROTECCIÓN URGENTE

De acuerdo con Víquez (2019, p. 25), los procesos urgentes de protección y las medidas cautelares son cuestiones distintas. Desde mi punto de vista, las medidas cautelares son la especie, y los procesos urgentes la generalidad. Es decir, las medidas cautelares, las medidas de protección, las medidas autosatisfactivas, los *habeas* y los amparos (estos últimos conocidos en la sede de la jurisdicción constitucional) son procesos urgentes de protección.

Para lo que nos interesa, dicha autora destaca que la naturaleza jurídica de los procesos de protección urgente se evidencia a partir de la "*entidad del bien jurídico y la naturaleza del derecho violentado o amenazado*" (2019, p. 30). De este modo, la primera afirmación que se puede arrojar en el contexto del numeral 234 del CPF es que no se trata de un proceso que pretenda brindar protección contra un acto de agresión, sino por el cual se pretende dar tutela de protección especial a determinadas poblaciones vulnerables, de sus derechos fundamentales en concreto.

Resulta claro que el numeral 234 mencionado establece y regula un proceso de protección urgente -tal cual ha sido expuesto-. Empero, dicha tutela va dirigida a la protección de los derechos fundamentales de las personas en condición de vulnerabilidad, salvo aquellas que la encuentran en leyes especiales.

Es decir, si el derecho fundamental lesionado, amenazado o violentado trata de una relación "de trabajo", lo procedente es aplicar los fueros de protección que regula el Código de Trabajo. Si se

Volver al Índice

trata de una lesión, amenaza o afectación contra un derecho "del consumidor", lo pertinente será aplicar la Ley de Protección al Consumidor, así sucesivamente.

No obstante, si la lesión o amenaza versa sobre un derecho fundamental de una persona adulta mayor o en situación de discapacidad, lo procedente es brindar tutela de protección urgente a través del diseño del proceso que regula el 234 CPF.

Para ello, interesa determinar esa naturaleza de la afectación al derecho alegado. Al respecto, considero importante destacar los alcances del artículo 1.º del CPF, dado que establece con total contundencia que dicho cuerpo normativo fija la base procesal para «*hacer efectivas las normas jurídicas sustanciales relacionadas con la materia familiar*".

A la luz de los artículos 234 CPF y 121 bis LOPJ, junto con la variable constitucional del 51 -arriba mencionado-, esa materia familiar fija como población vulnerable para brindar tutela de protección urgente a las personas adultas mayores y a las personas en situación de discapacidad. Es decir, el proceso de protección urgente sirve para atender ese deber estatal de protección a las personas en situación de discapacidad y adultas mayores que aleguen la violación, limitación o amenaza a cualquiera de sus derechos fundamentales.

4. CONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y PROTECCIÓN CAUTELAR

Una afirmación plausible que se puede lograr de fácil comprensión es que la administración de justicia opera bajo el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de toda la ciudadanía. Es decir, en cada asunto judicial, se pretenden el reconocimiento y, por ende, el ejercicio de un derecho.

Evidentemente, dicha afirmación contempla el resguardo y el reconocimiento de los derechos constitucionales, en todos los ámbitos jurisdiccionales. Dicho de otro modo, en todas las materias del derecho, está implícita la Constitución Política. No podríamos tramitar cualquier asunto judicial, sin garantizar -por ejemplo- el derecho de defensa o, bien, de un debido proceso o acceso a la justicia.

De acuerdo con el señor magistrado Fernando Castillo (2024), en una publicación de la *Revista Tribuna Libre*, titulada *Los desdoblamientos de la jurisdicción constitucional de la libertad*, este alcanza el siguiente postulado en una de sus conclusiones:

> *Hay una diferencia entre la jurisdicción constitucional y la justicia constitucional. La primera hace referencia al conjunto de procesos constitucionales de la jurisdicción constitucional, a través de los cuales se resuelven las controversias jurídicas constitucionales, la que corresponde a la SC. La segunda refiere al caso de un juez, sea este constitucional u ordinario, que imparte justicia constitucional en el caso concreto.*

Volver al Índice

De suma importancia, el autor hace distinción entre aquello que conoce la Sala Constitucional y lo que toda persona juzgadora ordinaria realiza a partir del conocimiento del caso concreto.

Apoyado en esa afirmación y valorando aristas en otras jurisdicciones como la laboral a través de los fueros o, bien, de la materia contencioso-administrativa con el dictado de medidas cautelares, me surge el cuestionamiento del límite constitucional en el conocimiento de la tutela de protección urgente de los procesos que regula el ya reiterado 234 del CPF.

Al respecto y, solo con el fin de brindar un ejemplo al respecto, cito quizás el primer voto del Tribunal de Familia que conoció en alzada un caso de protección cautelar. Me refiero a la resolución n.º 00949-2024 del 22 de octubre de 2024 de las 11:38, redactado por la señora jueza Shirley Víquez Vargas.

En esa resolución, se conoció en alzada el rechazo de una petición de contacto de unas personas allegadas a otra adulta mayor, quien habitaba en un hogar. El Juzgado de la Primera Instancia denegó conocer el asunto, y el tribunal decidió revocar dicha disposición para que el Juzgado de Violencia Doméstica y Protección Cautelar correspondiente diera trámite a dicho asunto como un proceso de protección cautelar.

En efecto, se cita en lo conducente un extracto de la fundamentación de dicha resolución, la cual dispuso:

> *Este es un caso muy particular porque las apelantes mencionan que tenían 40 años de vivir con la persona adulta mayor y aportan testimonial y documental para respaldar los hechos, además, se observa de un documento adjunto, que* ***han gestionado las visitas al lugar donde reside el señor, las cuales, les han sido denegadas pues los familiares no permiten visitas de nadie*** *y, se ha informado que la familia de don [Nombre 004] ni siquiera tenía relación con él durante años.*
>
> *La Jueza de primera instancia, de manera diligente, entrevistó a don [Nombre 004] y éste manifestó no querer recibir visitas; sin embargo, se ha hecho saber que al parecer el señor tiene demencia senil, por lo cual,* ***no es posible concluir con certeza que él supiera bien quiénes eran las personas que la juzgadora le comentó ya que también dijo no recordar los nombres de los hijos****.*
>
> ***Comprendo que se alegue que debe respetarse la autonomía de voluntad de la persona adulta mayor, pero en un caso como éste, a priori, no podría descartar que sea cierto que don [Nombre 004] no tuviera relación alguna con hijos u otros parientes durante años y que desde hace cuarenta vivía con las actoras y eran ellas quienes se encargaban de todas sus necesidades viéndolo como un amigo muy querido y hasta parte de la familia****.*
>
> *La demanda presenta* ***una apariencia de buen derecho****;* ***mas no una urgencia inminente ya que no veo riesgo alguno en que el posible derecho perezca y eso genere un perjuicio fatal para la persona beneficiaria****, por eso,* ***estimo no se trata de una medida autosatisfactiva****; sin embargo, en mi criterio,* ***no puede denegarse de plano porque el caso amerita que se curse y se verifique si estas dos señoras tienen derecho o no a tener una relación cercana con el señor [Nombre 004], claro está, contando con los elementos de prueba que se han ofrecido y cualquier otro que la judicatura estime pertinente para resolver****.*

Volver al Índice

> *No puede perderse de vista que la pretensión de la demanda es muy específica: "rogamos se sirva otorgarnos un régimen provisional que nos permita compartir con [Nombre 004], según las reglas del Hogar de Ancianos denunciado." Es claro en la demanda que las actoras* ***no tienen intención de discutir derechos conexos o afines a lo que piden, por lo cual, considero que puede tramitarse este asunto con base en las normas del proceso de protección que se regulan a partir del artículo 234 y hasta el 239 del Código Procesal de Familia pues la persona juzgadora está en resolver una situación de una persona adulta mayor que podría verse beneficiada a nivel emocional y en su desarrollo integral con una medida****. (Lo resaltado se suple por el redactor).*

Como se observa, la decisión alcanzada valoró -**primeramente**- una apariencia del buen derecho alegado; luego, en **segundo lugar**, la vulnerabilidad de la persona beneficiaria; y en **tercer supuesto**, la posible limitación a un derecho fundamental. En este caso, el de autoderminación con su entorno de cuidados.

Cabe destacar que tales supuestos no infieren ningún tipo de agresión o violencia, bajo los alcances del artículo 2 de la LcVD o del numeral -también- 2 de la LIPAM. En otras palabras, no aplica en concreto el proceso de protección cautelar para temas de agresión o maltrato, ya que para ellos se aplica la salvedad que el mismo 234 CPF establece, como lo son el numeral 57 LIPAM que remite a la LcVD, el 121 bis LOPJ para personas en situación de discapacidad y el numeral 1 de la LcVD. Junto con ello, aplica también la cautela de la sede penal por la eventual comisión de un delito.

Atendamos que nuestra Sala Constitucional se ha establecido como la única que ejerce el control constitucional, pues este corresponde, de forma exclusiva y excluyente, a dicha Sala en un control concentrado de constitucionalidad. Sin embargo, la misma Sala indicó que en materia electoral -por ejemplo- es el Tribunal Supremo de Elecciones quien ejerce una jurisdicción constitucional especializada en los derechos y libertades políticas en materia político-electoral. (Resolución 2016-017376).

Bajo ese prisma y a partir del ya mencionado desdoblamiento de la jurisdicción constitucional, es posible afirmar que, en materia de protección urgente a favor de poblaciones en situación de discapacidad y adultas mayores, los juzgados de violencia doméstica y protección cautelar son los llamados como justicia ordinaria a brindar esa tutela de protección urgente que dispone el numeral 51 constitucional.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROCESOS DE PROTECCIÓN DEL 234 CPF

A criterio muy personal y, dejando claro que esto es solo un punto de vista fundamentado, la redacción del artículo 234 CPF incita al resguardo de una tutela de protección urgente a poblaciones vulnerables que el artículo 121 Bis LOPJ ya limitó que deben ser con discapacidad y adulta mayor.

Dicha naturaleza jurídica pretende otorgar, bajo el enfoque de una justicia pronta (art. 41 CPol) y el derecho a su acceso (Reglas de Brasilia), el reconocimiento a la tutela de aquella protección especial que el Estado debe garantizar -a través de la Administración de Justicia- a dicha población vulnerable.

Volver al Índice

En ese sentido, se considera que la referida amenaza, lesión o violación a derechos fundamentales va tendiente con los alcances percibidos por las medidas típicas que regula el propio numeral 237 CPF. Al respecto, cuando se evidencie la amenaza a derechos consagrados por la normativa sustantiva (inciso 1.º), cuando se requiera recibir de forma inmediata atención de carácter médico, educativo u otro (inciso 2.º), para evitar representaciones ante intereses contrapuestos -garante, cuidados, apoyos- (inciso 3.º) y por el cumplimiento de cualquier medida personal para el desarrollo integral de la salud física o emocional, dirigido también a instituciones correspondientes (inciso 5.º).

Estas medidas tienen en su naturaleza la condición de ser autosatisfactivas, ya que son autónomas y no dependen de otro proceso.

En tanto, las medidas típicas de los incisos 4.º y 6.º -ambos del 237 CPF- tienen la característica de una medida meramente cautelar, la cual no se define por sí misma, sino que requiere acudir al proceso principal correspondiente.

Por su parte, el inciso 7.º del ya mencionado 237 CPF potencia la procedencia de establecer medidas atípicas, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, siempre y cuando, brinden garantía de protección al derecho alegado, bajo la vulnerabilidad fijada y en concordancia con la situación fáctica alegada.

El procedimiento diseñado para este tipo de asuntos es muy semejante al fijado desde el 2011 en la LcVD, pues trata de un proceso de estructura monitoria, por el cual, se dicta una sentencia anticipada otorgando la protección peticionada, la cual admite -solamente- una inconformidad fundada entre del plazo de cinco días a partir de su notificación.

A diferencia de los procesos de la LcVD, en este del 234 CPF, el juez o la jueza fija el plazo de la vigencia de las medidas de protección urgente, de acuerdo con las razones, motivaciones y fundamentaciones que ameriten el caso concreto. Así mismo, no basta con pedir la audiencia (comparecencia) para el contradictorio, sino que se requiere una inconformidad fundada, la cual debe contener -al menos- las razones de hecho y derecho por las cuales la medida impuesta no es procedente.

Otra de las distinciones interesantes que trae este proceso de protección urgente es la etapa de seguimiento en el cumplimiento de la protección otorgada. De acuerdo con el artículo 241 del CPF, el juzgado "*dará el seguimiento al cumplimiento de la resolución dictada*", desde dos aristas: primera, cuando se trate de alguna de las medidas de protección previstas para la sede administrativa o las aplicables para los padres, las madres o los responsables de las personas menores de edad, podrá delegar la ejecución de lo acordado para proteger a la persona menor de edad en la oficina local competente del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), la cual deberá brindar informes sobre dicho cumplimiento dentro del plazo señalado. Y, en segundo lugar, tratándose de otras personas en estado de vulnerabilidad, el seguimiento se podrá delegar en las instituciones competentes.

Tómese en cuenta que, con respecto al seguimiento de la protección, se involucran otras instituciones competentes para delegarlo a estas. De acuerdo con el numeral 39 del CPF, esas instituciones son:

> *"Si se trata de personas con discapacidad, la intervención será para el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis) y en casos de personas adultas mayores lo será para el Consejo Nacional de Protección al Adulto Mayor (Conapam)".*

Volver al Índice

Así mismo, dicha normativa establece que es muy importante que esas instituciones **tengan la obligación de servicio y colaboración en la solución del conflicto y en su ejecución;** es decir, existe un mandato de ley por el cual tanto CONAPDIS como CONAPAM deben garantizar la ejecución del seguimiento a la protección urgente requerida.

Algo coincidente entre el proceso de protección urgente del 234 del CPF y el proceso de protección -también perentorio- de la LcVD es que, en ambos, no se declaran, constituyen ni extinguen derechos, sino que, por su naturaleza urgente, **su finalidad consiste únicamente** en decretar medidas para proteger a la población que corresponda. Si se trata de **personas víctimas de violencia física, psicológica, sexual o patrimonial**, en relaciones de pareja, de parentesco hasta el tercer grado y análogos en el escenario del derecho familiar, como tutores o garantes, y al tratarse de personas adultas mayores o en situación de discapacidad, será aplicable la Ley 7586. Pero si se trata de población en situación de discapacidad o adulta mayor, a la que se **le estén lesionando, amenazando o violentando derechos fundamentales**, el 234 del CPF será el que brinde tutela de protección.

6. CONCLUSIONES

El proceso de protección urgente -quizás mal llamado cautelar- del artículo 234 del CPF permite brindar garantía de acceso al derecho de protección especial de las poblaciones vulnerables de personas en situación de discapacidad y adultas mayores, respecto a sus derechos fundamentales (elementales).

Dicho proceso no está diseñado para brindar protección en casos de agresión o violencia física, psicológica, sexual o patrimonial, ya que, para ese tipo de circunstancias, aplica la Ley 7586 (LcVD), en paralelo con toda la cautela penal del caso concreto, si así lo amerita.

Los procesos de protección urgente son autosatisfactivos -con excepción de los incisos 4 y 6 del 237 CPF- y, por ende, son autónomos y requieren garantía de un debido proceso y un contradictorio invertido, a través del dictado de una sentencia anticipada.

El seguimiento de la protección urgente otorgada necesita la intervención de instituciones como el CONAPAM y el CONAPDIS, quienes tienen la obligación de servicio y colaboración en la solución del conflicto y en su ejecución.

7. BIBLIOGRAFÍA

Castillo Víquez, Fernando. (Enero-abril, 2024). Los desdoblamientos de la jurisdicción constitucional de la libertad. *Revista Tribuna Libre*. Vol. *14*. N.° 1 (01- 14). Séptima edición digital.

Gallegos Fedriani, Pablo. (2006). *Las medidas cautelares contra la Administración pública*. 2.ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ábaco.

Solís Madrigal, Mauren Roxana. (2021). *Ley contra la Violencia Doméstica*. 5.ª ed. San José, Costa Rica: IJSA.

Peyrano, Jorge. (1997). *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfacticas*. XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal. El Derecho Procesal en el Umbral del Tercer Milenio. Tomo I. Corrientes, Argentina.

Víquez Vargas, Shirley. (2019). *Medidas autosatisfactivas en el proceso civil y de Familia*. 1.ª ed. San José, Costa Rica: IJSA.

Volver al Índice

8. NORMATIVA

Código Procesal de Familia. Ley 9747. (arts.1 -1, 234, 237 y 241)

Ley Orgánica del Poder Judicial (121 bis)

Ley contra la Violencia Doméstica (1 y 2)

Ley Integral para la Persona Adulta Mayor (2 y 57)

Constitución Política costarricense (41 y 51)

Reglamento a los artículos 133 y 139 del Código de la Niñez y la Adolescencia N.° 41902-MP-MNA

9. VOTOS

Tribunal de Familia. Resolución n.º 00949 - 2024 del 22 de octubre de 2024 de las 11:38 horas.

Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Resolución n.° 7190-1994, del 6 de diciembre de 1994 de las 15:24 horas.

Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Resolución 2016-017376 del 23 de

noviembre de 2016 de las 11:41 horas.
Corte IDH. Caso Cuya Lavy y otros vs. Perú. Serie C n.°. 438. Caso Ríos Ávalos y otro vs. Paraguay. Serie C n.° 429.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 181 - 192, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

EL PORQUÉ, EL CÓMO Y EL QUÉ DEL PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA: LEY N.°10 558

MSc. Eddy Rodríguez Chaves[1]

RESUMEN

Este artículo hace un recorrido por los eventos que justificaron la propuesta de reformas al Código Procesal de Familia, desde los espacios iniciales de capacitación donde surgen las primeras ideas, pasando por la redacción del proyecto de ley y su análisis en el Poder Judicial, hasta culminar con el proceso de discusión en la Asamblea Legislativa, para finalmente ser aprobado de manera unánime y convertirse en ley de la república. Adicionalmente, se hace un análisis de cada una de las normas o artículos reformados para que la persona lectora tenga una mayor claridad del alcance y el porqué de cada modificación.

Palabras claves: Código Procesal de Familia, reformas, Asamblea Legislativa, ley de la república, artículos reformados

ABSTRACT

This article takes a tour of the events that justified the proposal of the "Codigo Procesal de Familia" (*Family Law Procedure Code*), from the start of training, where the first ideas emerge, going through the drafting of the Bill and its internal analysis within the Judiciary Branch, until its culmination with the Legislative Assembly´s discussion, for the Bill to finally be approved unanimously and become law of the Republic of Costa Rica. Additionally, an analisys of every single reformed norm and article is included, to give the reader greater clarity of its range and why each modification was made.

Keywords: Family Law Procedure Code, reforms, Legislative Assembly, law of the republic, reformed articles.

Recibido: 13 de noviembre de 2024 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Juez de familia, niñez y adolescencia de Costa Rica, juez gestor de la jurisdicción de familia, pensiones alimentarias, niñez y adolescencia, magistrado suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: erodriguez@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

1. INTRODUCCIÓN (EL PORQUÉ)

La historia del derecho familiar en Costa Rica inicia su camino a la autonomía desde finales de los años sesenta cuando se empieza a discutir la necesidad de crear un Código de Familia sustantivo separado e independiente del Código Civil. Esto finalmente se logra mediante la aprobación de la Ley N.° 5476 del 1. ° de noviembre de 1973, la cual entró a regir el 5 de febrero de 1974, siendo así uno de los primeros códigos de familia con autonomía en Iberoamérica.

En ese mismo momento histórico, se planteó la necesidad de complementar ese código que regulaba las relaciones familiares con una normativa procesal propia; es decir, con un código que regulara los procedimientos y contara como una autonomía completa, tanto en lo sustantivo como en lo procesal.

A pesar de estas intenciones, no fue sino hasta octubre de 2019 cuando finalmente se aprueba la Ley N.° 9747 que contiene el Código Procesal de Familia, el cual estaba inicialmente previsto para entrar a regir el 1 de octubre de 2020.

Sin embargo, por efectos de la conocida pandemia mundial por el virus SARS COV 2 y otros aspectos de naturaleza presupuestaria, en la Asamblea Legislativa, se autorizan dos períodos de vacancia que retrasaron la fecha inicial. Pero, a partir del 1 de octubre de 2024, ya se encuentra en aplicación plena y se derogan el Código Procesal Civil, Ley N.° 7130, así como una serie de leyes especiales que se habían aprobado en los años anteriores y que tenían como finalidad dotar de reglas procesales a ciertas pretensiones dentro del derecho familiar, como, por ejemplo, las de naturaleza alimentaria, las pretensiones de filiación, la declaratoria de abandono, la adopción, entre otras.

Con la puesta en marcha de la implementación del Código Procesal de Familia, de alguna manera se completó ese reto que inició 50 años atrás y que procuraba que el país no solo tuviera un código sustantivo autónomo, sino que también contara con un cuerpo legal procesal, pero pensado en el abordaje de las diferentes dinámicas familiares que debían afrontarse desde lo judicial e, incluso, desde lo administrativo

.

No obstante, a pocos días de su entrada en vigor, este tan esperado cuerpo legal de naturaleza procesal es objeto de una reforma que impactó una cantidad importante de artículos. Por lo anterior, es razonable que muchas personas se pregunten por qué ocurrió esto, por qué no ha sido práctico que una ley sea modificada de manera tan importante a los pocos días de su entrada en vigor. Justamente el objetivo de este artículo es explicar cuáles fueron el origen y la necesidad de estas modificaciones.

En una necesaria explicación, tienen una importancia medular los dos períodos de vacancia adicionales a la primera fecha de entrada en vigor inicialmente establecida para el primero de octubre de 2020, ya que esto permitió un período de estudio, análisis y discusión mucho más amplia que cualquier otra ley de naturaleza procesal aprobada en nuestro país, puesto que, entre la aprobación en la Asamblea Legislativa del Código Procesal de Familia y su entrada en vigor en octubre de 2024, finalmente transcurrieron más de cuatro años.

En este período, la Escuela Judicial logró alcanzar un impacto fundamental en el proceso de capacitación, lo que facilitó que jueces y juezas de todo el país pudieran intercambiar opiniones e ideas que permitieron entender que algunas disposiciones normativas del Código Procesal de Familia resultaban confusas, incluso, contradictorias entre sí o con otras leyes.

Volver al Índice

Pero, especialmente, se hizo un análisis de funcionalidad práctica donde se determinó, por ejemplo, que la contestación oral en procesos resolutivos familiares podría representar una complejidad que no justificaba mantener como único mecanismo de contestación de una demanda el uso de la oralidad.

Se discutió la conveniencia o no de mantener un plazo de un mes para que una parte ratificara el acuerdo conciliatorio logrado mediante su abogada o abogado director del proceso, y se analizó si realmente no representaba un retroceso que el permiso de salida del país de una persona menor de edad tuviera que ser discutido mediante un proceso resolutivo familiar que necesariamente requería la realización de dos audiencias orales en caso de que no se lograra un acuerdo conciliatorio.

Asimismo, se sometieron a una profunda discusión y análisis los efectos que podría tener la acumulación de un proceso de fijación alimentaria con su diseño monitorio a un proceso resolutivo familiar con un diseño clásico de proceso contencioso.

Resultó sumamente valioso el aporte que hicieron las personas especialistas en resolución alterna de conflictos acerca de la redacción del artículo 9 en relación con la prohibición para realizar audiencias de conciliación en casos de desbalance de poder y la excepción que se planteaba a la prohibición.

Adicionalmente, es importante tomar en consideración que, desde los inicios de la redacción de las primeras versiones de lo que posteriormente fue el Código Procesal de Familia y su aprobación en la Asamblea Legislativa, también transcurrieron alrededor de diez años, lo cual provocó que algunas de las normas y de las soluciones procesales pensadas en su momento no tuvieran la vigencia necesaria por el impacto del transcurso del tiempo, especialmente porque hubo un mejor desarrollo de las tecnologías y de las comunicaciones en general y una consolidación de criterios jurisprudenciales tanto del tribunal como de la Sala Segunda, sin olvidar el impacto que tenía la Sala Constitucional en la materia familiar en general; pero también desde la perspectiva procesal, además de que hubo alguna producción legal posterior que incluso provocaba alguna contradicción entre algunas normas del Código Procesal de Familia y los avances de leyes especiales, sin olvidar los mismos efectos de la pandemia que permitieron un desarrollo muy relevante de la posibilidad de realizar audiencias virtuales y la utilidad que esto podría tener en el desarrollo del proceso y su impacto en algunas soluciones que no consideraron necesariamente estas opciones que ahora se implantaban en el quehacer de la Administración de Justicia.

Estos aspectos entre muchos otros fueron el motor ideológico y de razonabilidad para sentar las bases de la necesidad de plantear un proyecto de reforma, el cual no tenía como intención modificar sustancialmente el Código Procesal de Familia, sino respetar sus bases y sus principios, hacer ajustes que permitieran potenciar de mejor manera su finalidad y aclarar algunos temas confusos, alineando algunos aspectos contradictorios y ajustando algunas normas a la jurisprudencia emergente, especialmente de naturaleza constitucional.

2. LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY N.° 24 131 (EL CÓMO)

Como fue indicado anteriormente, una vez que se producen las bases de análisis para considerar la necesidad de plantear un proyecto para reformar el Código Procesal de Familia, inicia un camino largo y arduo, el cual se pretende describir de manera resumida a continuación, más con el afán de documentar un proceso donde participaron

Volver al Índice

muchas personas relacionadas de una u otra manera con la justicia familiar.

Las ideas iniciales de la necesidad surgen en los procesos de capacitación coordinados por la Escuela Judicial, la Comisión de la Jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, y el Centro de Apoyo, Coordinación y Mejoramiento de la Función Jurisdiccional. En ese proceso, fui designado como capacitador a partir de abril de 2020 y, durante dos años, estuve asumiendo esa importante responsabilidad, especialmente en el curso de *Principales Implicaciones de la Reforma Procesal Familiar*, y el curso de *Pensiones Alimentarias en el Código Procesal de Familia*, lo que permitió un importante intercambio de ideas con jueces y juezas de familia, pensiones alimentarias y violencia doméstica.

Esa etapa permitió ir levantando un listado de normas que, según los espacios académicos, presentaban algunas deficiencias en su redacción que generaban confusión, o bien, de normas que tenían una importante funcionalidad, pero que tenían un margen de mejora importante.

A partir de este listado, posteriormente, en conjunto con don Mauricio Chacón Jiménez, analizamos cada norma y redactamos un documento con una propuesta de reforma, ya con un formato de proyecto de ley, donde se incluyó una exposición de motivos por cada propuesta de reforma, documento que posteriormente fue socializado con algunas personas especialistas en la materia, incluidos abogados y abogadas litigantes, quienes nos dieron su visión desde el ejercicio de sus funciones.

Una vez establecida esa primera versión del proyecto, esta fue puesta en conocimiento de la Comisión de la Jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, donde se designó una subcomisión para analizar una a una las propuestas de reformas, la cual estuvo integrada por la magistrada Roxana Chacón, los magistrados Luis Porfirio Sánchez y Jorge Olaso, así como por el coordinador del Tribunal de Familia, Alexis Vargas Soto, y la gestoría de familia, el suscrito y don Cristian Martínez Hernández.

En esta subcomisión, se realizaron alrededor de cinco largas sesiones donde se fueron analizando las propuestas, de manera que la mayoría se avalaron, otras se modificaron y algunas se eliminaron e, incluso, se introdujeron algunas adicionales como la propuesta para derogar el artículo 286 del Código Procesal de Familia y la modificación a la competencia asignada a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, según el inciso segundo del artículo 55 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Finalmente, ya con las modificaciones indicadas y el aval de la subcomisión designada al efecto, se trasladó el proyecto a la Corte Plena donde de manera unánime se aprobó y se trasladó a la Presidencia de la Asamblea Legislativa para su respectivo trámite.

Cuando este proyecto de reformas ingresó a la Asamblea, le asignaron el expediente 24 131 y empieza su trámite, donde además de la publicación en el *Diario Oficial*, el Departamento de Servicios Técnicos recomendó la consulta obligatoria del texto al Patronato Nacional de la Infancia, a la propia Corte Suprema de Justicia, así como a ciertas organizaciones indígenas y algunas organizaciones relacionadas con la atención de personas con discapacidad.

Superada esta etapa, inició un largo e interesante proceso de revisión por parte de los diferentes diputados y diputadas con sus respectivos equipos asesores, lo cual llevó a que, en una primera ocasión, la magistrada Chacón y, desde la gestoría, mi persona y don Cristian Martínez compareciéramos a una reunión ante los jefes y las jefas de las diferentes fracciones legislativas,

Volver al Índice

en la cual también participó la señora presidenta ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia.

En esta primera reunión, se tuvo la oportunidad de explicar las razones del proyecto y su contenido, teniendo también el espacio para contestar diferentes preguntas, de manera que, después de ellos y en las siguientes semanas, se continuaron reuniones presenciales de análisis de las objeciones y observaciones que las diferentes agrupaciones políticas iban realizando.

En ese proceso, se logró una armonización del proyecto para que resultara viable, y así fue como se descartaron reformar, entre otros, los artículos 42 y 222 que iban en la propuesta inicial, se modificaron algunas redacciones e, incluso, se incorporaron reformas adicionales como, por ejemplo, al artículo 2 de la Ley de Justicia Restaurativa y a un nuevo artículo 5 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Este arduo proceso de análisis, discusión y negociaciones en la Asamblea Legislativa, al que siempre nos hicieron partícipes a las personas gestoras de la materia familiar, culmina con un texto sustitutivo consensuado, el cual es sometido entre los meses de agosto y septiembre a los procesos de nueva publicación y consulta y, finalmente, recibe la aprobación en dos debates conforme lo requieren la Constitución Política y el Reglamento Legislativo.

En el primer debate, el 2 de octubre de 2024, y el segundo, el 8 de octubre de 2024, en ambos casos por la totalidad de las señoras y los señores diputados presentes al momento de la votación, es decir, de manera unánime, tiene el respaldo para su aprobación. Una vez realizado este proceso, es trasladado al Poder Ejecutivo, donde recibe la firma el 23 de octubre de 2024 y, finalmente, es publicado en el *Diario Oficial*, en *La Gaceta* n.° 213, el 13 de noviembre de 2024.

De esta manera, se describe "cómo" se logra finalmente que una propuesta que nace de las discusiones con jueces y juezas de todo el país y de las diferentes materias que componen nuestra jurisdicción, pase de ser una idea a una ley de la república, con el obvio y natural proceso de ajuste y modificación a lo largo de esos meses que mediaron entre el punto de inicio y la culminación con la publicación oficial.

3. EL CONTENIDO DE LAS REFORMAS (EL QUÉ)

En el proceso de aprobación del proyecto, como se ha señalado, se eliminaron algunas propuestas de reforma contenidas en la versión inicial, se ajustaron normas para una mejor redacción y comprensión y, además, se introdujeron algunas reformas adicionales que no estaban contempladas, de manera que la que resultó finalmente ley de la república difiere en alguna medida de la propuesta inicial. Por lo anterior, en este apartado, se analizará de manera individual cada una de las reformas que finalmente fueron aprobadas en la Asamblea Legislativa.

Artículo 9: A esta norma se le hacen tres ajustes fundamentales, a saber: a) Se elimina del texto la frase "salvo que se determine que lo acordado beneficie a la persona en situación de vulnerabilidad", esto para mantener la prohibición de acudir al mecanismo de conciliación en aquellas situaciones donde se constaten situaciones desiguales de poder, con el fin de garantizar los principios fundamentales de conciliabilidad. b) Se introduce la posibilidad de acudir a los mecanismos propios de justicia restaurativa, en aquellos casos contemplados en la prohibición indicada, siempre y cuando cumplan los criterios de viabilidad y admisibilidad. c) Se introduce la posibilidad de que las partes puedan solicitar una audiencia de conciliación sin haber presentado la demanda, como una posibilidad derivada del

Volver al Índice

principio de ausencia de contención que presenta el propio Código Procesal de Familia.

Artículo 14: Básicamente, en esta norma, se elimina la posibilidad de acumular un proceso de fijación de cuota alimentaria a un proceso resolutivo familiar, ampliando esa prohibición a la que ya contenía la norma original respecto a los procesos de protección cautelar y de los demás procesos especiales. La idea fundamental es evitar la acumulación de un proceso de estructura monitoria, como el de fijación de cuota alimentaria con un proceso de estructura contenciosa clásica, por ejemplo, el proceso resolutivo familiar, manteniendo con ello la especialidad de la jurisdicción de alimentos, con un único juzgado especializado para conocer los recursos de apelación en alzada. Es importante eso sí, señalar que expresamente se autoriza que, en el proceso resolutivo familiar, en su etapa de conciliación, se pueda discutir el tema alimentario y, en caso de acuerdo, este pueda ser debidamente homologado.

Artículo 44: La norma originalmente establecía, en su último párrafo, que las personas con discapacidad, a quienes les habían establecido una salvaguardia para su igualdad jurídica y que actuaban en un proceso como parte actora, la podrían recibir por medio de la persona nombrada garante, excluyendo de manera injustificada la situación cuando la persona con discapacidad era la parte demandada o la promovente de un proceso de naturaleza no contenciosa, por lo que en la reforma se ajustó el tema para que la misma solución que contenía el artículo para las personas con discapacidad que eran parte actora también aplicara cuando eran personas demandadas o promoventes de otros procesos no contenciosos. Asimismo, se incluyó un ajuste en la redacción para evitar que, en los procesos donde una persona con discapacidad era parte y no había salvaguardia establecida, no fuera necesario iniciarla con el único fin de dotarle de garante, sino que, en el propio proceso iniciado, se nombrara a una persona representante o de apoyo, según procediera para garantizar sus derechos.

Artículo 45: Se aclararon los supuestos en los que procede el nombramiento de un curador procesal, pues la norma inicialmente solo contemplaba el nombramiento para la parte demandada, por lo que se incluye también a la parte actora y, además, se ajusta la redacción en el caso de personas jurídicas.

Artículo 46: Con relación a la forma de nombramiento de la persona que debe ejercer como curadora procesal, se explica de manera detallada y diferenciada cuándo este nombramiento debe recaer en alguien de la lista de personas curadoras, y cuándo debe recaer en un familiar cercano, situación que no estaba contemplada con la norma original, la cual establecía que siempre debería ser nombrada una persona de la lista que al efecto tenía el Poder Judicial. Además, se incluye expresamente el patrocinio de la Defensa Social del Colegio de Abogados y Abogadas como una razón para que el pago de honorarios no esté a cargo de la parte que cuenta con esa asistencia legal.

Artículo 51: En el artículo 51, se modifica el plazo que tiene la parte para ratificar el acuerdo conciliatorio al que puede llegar la persona designada como su directora judicial, pues se contemplaba el plazo de un mes y se reduce a cinco días.

Artículo 53: Se mantiene la posibilidad de que la parte pueda sustituir en cualquier momento procesal a quien haya designado como director o directora legal, y se elimina la obligación del despacho a prevenir a la persona sustituida la liquidación de sus honorarios.

Artículo 55: En este artículo, se aclaran tres aspectos. a) Que no se trata de situaciones donde

Volver al Índice

sea obligatorio otorgar un poder especialísimo, sino de situaciones donde sea posible que se actúe mediante un poder de esa naturaleza. b) Se aclara que no es necesario que se otorgue en escritura pública, ni que de forma obligatoria sea otorgado a una persona profesional en Derecho. c) Que la necesidad de indicar en forma concreta y exacta las cláusulas del eventual arreglo aplica únicamente para procesos donde se discuten la disolución del vínculo matrimonial, la separación judicial o el cese de la unión de hecho, de manera que, en todos los demás mandatos que no se refieran a esas tres situaciones, no se requerirá el detalle exacto y preciso de las cláusulas, pero sí deberá indicarse para cuáles actos del proceso se otorga el poder.

Artículo 61: Se elimina la obligación de aportar en todos los casos la traducción oficial cuando se ofrezcan documentos o informes al proceso que estén redactados en idioma diferente al español, para establecer que basta con el aporte de una traducción, y se reserva la traducción oficial solo para aquellos supuestos donde exista normativa internacional que así lo requiera, o cuando la parte contraria objete la traducción aportada por inexacta.

Artículo 87: Si bien se mantiene la obligación de la notificación personal del inciso primero, se aclara que, si se había señalado también un medio y se notificó adicionalmente en ese medio, la práctica de la notificación personal no ampliaría el plazo para ejercer los derechos procesales recursivos. Asimismo, se elimina la obligación de notificar de manera personal la resolución que establezca un aumento automático en materia de pensiones alimentarias.

Artículo 92: El ajuste se hace en el segundo párrafo para limitar el reclamo de la actividad procesal defectuosa por esa vía a los procesos que no producen cosa juzgada material, ya que, en las sentencias que sí tienen ese efecto, el código tiene contemplada la demanda de revisión.

Artículo 101: En relación con los autos apelables, se hacen diferentes ajustes, a saber: a) Se fusionan el inciso d y el e en un nuevo inciso d que otorga recurso de apelación al auto que resuelva sobre medidas cautelares, independientemente del tipo de medida cautelar y si concede, deniega, modifica, sustituye o confirma una medida cautelar, eliminando entonces la diferencia que contenía inicialmente la norma en relación con las medidas cautelares sobre relaciones intrafamiliares no patrimoniales de personas en estado de vulnerabilidad. b) Se introduce el recurso de apelación para el auto que resuelva las excepciones procesales que no estaba incluido en la norma original. c) Se incorpora la posibilidad de recurrir mediante la apelación el auto que autorice la sustitución de testigos cuando ha habido oposición. d) Finalmente, se introduce la posibilidad de apelar la resolución que produzca efectos propios para ajustar la normativa a la jurisprudencia constitucional.

Artículo 142: La norma original regulaba una medida cautelar referente a los libros de las personas jurídicas, básicamente estableciendo la posibilidad de ordenar el decomiso de estos o inmovilizar el registro de accionistas o cuotas de participación, según la naturaleza de la persona jurídica, con el fin de evitar el traslado de manera simulada violentando con ello el derecho de gananciales. En la reforma, se mantiene la medida para supuestos de la discusión de bienes gananciales, pero se amplía para los procesos donde se discuta cualquier abuso de la figura societaria para la inscripción de bienes que realmente pertenezcan a los cónyuges o convivientes, y además se aclara que la finalidad de la medida cautelar no es el decomiso en sí de los libros, sino la anotación de la demanda en los libros sociales que corresponda, indicando expresamente que se puede prohibir la inscripción de un traspaso o condicionar este traspaso. Adicionalmente, se regula de manera diferente y más precisa la situación cuando la persona jurídica

Volver al Índice

no cuente con los libros respectivos, estableciendo la posibilidad de ordenar la legalización a los personeros para proceder posteriormente con la anotación de la medida cautelar ordenada.

Artículo 143: En la reforma a este artículo, se le agregan al párrafo segundo las condiciones de advertencia que debe hacerse a la persona que sea designada para el cuido y conservación de bienes no inscribibles que hayan sido objeto de inventario como medida cautelar.

Artículo 164: En la disposición original, en el segundo párrafo, se prohibía completamente la posibilidad de ordenar la declaración de parte en los procesos de violencia doméstica y en los procesos de protección cautelar; es decir, la persona juzgadora no tenía ningún margen de valoración de admisión de este tipo de probanzas. Pero, en la reforma, si bien se mantiene la prohibición como regla general, se autoriza que, en estos dos tipos de proceso, la declaración de parte se pueda admitir cuando se esté o se tenga sospecha de un fraude procesal o, bien, cuando se pretenda demostrar que la persona solicitante es realmente la persona agresora.

Artículo 172: Este artículo originalmente permitía la sustitución de testigos en cualquier etapa del proceso, incluso, hasta antes del momento en que estos iban a ser evacuados, poniendo como únicas condiciones que el cambio no produjera retraso o que se tornara imposible la realización de la audiencia, mientras que, con la reforma, se introduce la obligación de la persona juzgadora de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho al contradictorio de las partes y demás intervinientes, con la finalidad de evitar que se use esta facultad como una estrategia para sorprender a la parte contraria con un cambio de testigo a última hora.

Artículo 174: Aquí se regula la posibilidad de hacer llegar a un testigo de manera forzosa utilizando incluso la Fuerza Pública, cuando no se haya presentado a la audiencia respectiva y se considere que su declaración sea necesaria. Sin embargo, en la versión original, no se establecía ninguna condición adicional, lo cual podría provocar que una persona sea trasladada forzosamente sin saber que debía haberse apersonado a declarar, por lo que, para evitar una violación a los derechos fundamentales de la persona testigo, en la reforma, se introduce la obligación de que la persona haya sido debidamente citada de manera previa.

Artículo 178: A la disposición normativa original no se le modificó ni se le eliminó ninguna parte; pero se le agregaron a la norma dos aspectos fundamentales para evitar una violación a la normativa nacional e internacional en materia de protección de datos. La primera era que la obligación contenida en la norma debía entenderse exceptuada cuando la exhibición de documentos violentara derechos fundamentales o datos protegidos por la Constitución Política, los tratados internacionales o la misma legislación interna. La segunda era una regulación adicional cuando los documentos que se debían exhibir se encontraran en manos de terceros e indicaba las limitaciones y procedencia, así como una regla ordenatoria para cuando estos terceros fueran funcionarios públicos.

Artículo 179: Similar situación ocurre con la petición de informes regulada en esta norma, a la cual se le agrega el tema de la protección de datos.

Artículo 188: En esta norma, se presentan tres variaciones para una mejor aplicación. La primera introduce expresamente la posibilidad de obtener muestras de parte de parientes de las partes. La segunda expresamente autoriza a la persona juzgadora que ordene cuando sea necesaria la exhumación de los restos de la parte fallecida de quien se requiera material para realizar la

Volver al Índice

prueba científica en procesos de filiación. Indica adicionalmente que la persona juzgadora debe estar presente durante la exhumación y que, en el procedimiento, deben respetarse todos los protocolos especializados para este tipo de probanzas. La tercera modificación elimina de este artículo la posibilidad de utilizar la Fuerza Pública para el traslado de una persona que se niegue a brindar las muestras que se requieran. Pero se aclara que esa posibilidad no se elimina del Código Procesal de Familia, sino que se traslada para el artículo 192.

Artículo 192: Se redacta de manera más clara la presunción ante la inasistencia a la cita para la obtención de las muestras necesarias para realizar la prueba científica en procesos de filiación. En esta norma, se explica la posibilidad de trasladar a la persona que se niegue mediante la autoridad de policía, indicando que eso aplicaría solo para aquellos casos donde la práctica de la prueba es indispensable para determinar el vínculo genético, como lo podría ser una acción de desplazamiento de paternidad.

Artículo 196: Esta norma se ajusta para que resulte coherente con el artículo 9, según la nueva redacción que se indicó líneas atrás.

Artículo 214: Aquí se hacen algunas modificaciones importantes, pues se cambia el sentido de la norma para establecer como regla la necesidad de aportar los documentos necesarios para acreditar la representación procesal, manteniendo, eso sí, que no es necesario cuando se trate de los progenitores que actúan en nombre de sus hijos e hijas, y que no se podrá considerar la demanda o contestación como defectuosa, si esa representación se puede obtener de los sistemas a los que el despacho tiene acceso.

Artículos 223 al 233. (Proceso resolutivo familiar): Este es quizás la reforma más relevante, pues de alguna manera representa un cambio trascendental en el procedimiento del proceso resolutivo familiar, principal proceso contencioso contenido en el Código Procesal de Familia. En estos artículos que van del 223 al 233, estaba descrito un procedimiento de dos audiencias orales, una inicial, una de prueba y decisoria del proceso, y la contestación oral de la demanda estaba regulada como una etapa de la audiencia inicial. Justamente, debido a que esa contestación oral y las dificultades prácticas que se podrían tener en procesos de media a alta complejidad, ya sea por la naturaleza de lo discutido, la cantidad de hechos o simplemente por la acumulación de varias y diversas pretensiones familiares en un solo proceso, incluida la posibilidad de formular una contrademanda de manera oral, con su respectiva contestación oral, se analizó que era necesario que esa etapa de contestación se mantuviera de manera escrita.

La norma originalmente establecía que, una vez verificada que la demanda estaba en forma, se convocaba a las partes a una audiencia inicial en la que, entre otros temas, se contestaban la demanda y sus pretensiones de manera oral, para en su lugar establecer que, una vez que la demanda se encontrara en forma, se otorgara un emplazamiento de ocho días a la parte demandada para que, dentro de ese plazo y de manera escrita, la contestara con las mismas opciones que tenía en la contestación oral; es decir, podía referirse a los hechos, las pretensiones, plantear sus defensas procesales y de fondo, ofrecer la prueba e, incluso, formular una contrademanda si lo consideraba oportuna.

Igualmente, recibida esta contestación escrita, se debía otorgar un plazo a la parte actora para que también de manera escrita pudiera presentar sus alegatos y ofrecer su contraprueba, de manera que agotadas estas etapas, se debía resolver, ya no de manera oral en audiencia, sino por escrito cualquier excepción procesal que impidiera la continuación del proceso, y no es sino hasta que

Volver al Índice

estuvieran todas esas excepciones procesales debidamente resueltas (y rechazadas por cuando si se acogieron, el proceso termina) cuando se convocaría a las partes a una audiencia oral inicial para que ahí se decidieran todas las demás cuestiones procesales que estaban anteriormente previstas para este tipo de audiencia inicial, manteniendo a partir de ese momento procesal todos lo demás ritos propios del principio de oralidad, inmediatez y concentración que modulaban el Código Procesal de Familia.

Sí resulta de importancia medular destacar que se introduce en el artículo 226 la posibilidad, ante ciertos supuestos debidamente enumerados, que cuando no haya habido contestación negativa, es posible proceder al dictado de la sentencia sin convocar a la audiencia inicial. Asimismo, se aclara cuándo el proceso resolutivo familiar podría contener una única audiencia oral, y además se regula de manera detallada la forma en que debe procederse para resolver las diferentes excepciones procesales.

Artículo 237: Esta norma regula las medidas de protección que se pueden otorgar en los procesos de protección cautelar. Resulta contradictorio que, en su inciso cuarto, se determina la posibilidad de fijar una cuota provisional de alimentos, por lo que dicho inciso se reforma para que se permita establecer una obligación alimentaria, pero no mediante la fijación de una cuota provisional, sino a través del dictado de una sentencia anticipada conforme las reglas del artículo 270.

Artículo 290: El artículo 290 regula la participación de las personas menores de edad en los procesos de divorcio, separación judicial o cese de la unión de hecho por mutuo consentimiento. Se indica originalmente que la escucha de la persona menor de edad puede ser realizada directamente por la persona juzgadora u otros profesionales, pero del Poder Judicial, excluyendo que se puede hacer por escrito, por lo que con la reforma se introduce esa modalidad. Adicionalmente, se modifica el párrafo segundo que establecía que, previo a la aprobación del convenio, se debía escuchar al Patronato Nacional de la Infancia para en su lugar establecer que lo que debía notificarse a dicho ente estatal era la sentencia que aprobara el convenio; en cuyo caso, el Patronato podría impugnar la sentencia si encontraba alguna violación a los derechos de la persona menor de edad, procurando, con esta modificación a la norma, que el proceso pudiera ser resuelto con la mayor brevedad posible.

Artículo 295: El ajuste que se le hace a esta norma es trascendental para la tutela de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, cuando se realiza en sede administrativa una declaratoria de adoptabilidad, así como para adecuarla a la reiterada jurisprudencia constitucional, ya que vuelve a establecer como requisito la consulta de tal declaratoria por parte del Patronato Nacional de la Infancia al Juzgado que tenga competencia en materia de niñez y adolescencia, lo cual se había eliminado del texto original. Adicionalmente, se indica expresamente la necesidad de la persona juzgadora de verificar que se haya agotado la posibilidad de ubicar a la persona menor de edad en la familia extensa, estableciendo claramente que, si no se hizo, se devolverá el caso al Patronato Nacional de la Infancia para que agote esa alternativa.

Artículo 16 de la Ley N.° 7739, Código de Niñez y Adolescencia: El conflicto entre progenitores en relación con la salida del país de una persona menor de edad quedaba regulado en el Código Procesal de Familia mediante un proceso resolutivo familiar, lo cual se considera inadecuado y poco funcional para resolver un problema que muchas veces requiere una respuesta o una solución inmediata del sistema judicial, por lo que se modifica el artículo 16 del Código de Niñez y Adolescencia para establecer que este tipo de pretensiones debe ser abordado

Volver al Índice

procesalmente con las Reglas del Proceso de Protección Cautelar, el cual al tener un diseño de estructura monitoria, permitirá un mejor abordaje y una respuesta más inmediata de parte de los despachos judiciales.

Artículo 2 de la Ley N.° 9582, Ley de Justicia Restaurativa: Esta modificación surge de las conversaciones en la Asamblea Legislativa para lograr un texto sustitutivo, y de manera muy acertada, se incluye, en el artículo 2 de la Ley de Justicia Restaurativa, la aplicación de ese modelo a los asuntos familiares en los términos en que lo dispone el artículo 9 del Código Procesal de Familia.

Artículo 5 de la Ley N.° 9379, Ley para Promoción a la Ley de Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad: Otra de las propuestas en el seno de las discusiones dadas en la Asamblea Legislativa fue la reintroducción de una norma que, al parecer de manera equivocada, se había derogado cuando lo procedente era únicamente indicar que la norma supletoria procesal no debía ser la Ley N.° 7130, sino la Ley N.° 9747, como en efecto se hizo mediante la reforma.

Derogatoria del artículo 286 de la Ley N.° 9747, Código Procesal de Familia: Este es el primer artículo que, mediante este proyecto de reformas, se deroga en su totalidad y no se redacta uno sustitutivo o similar. Este tema fue de interés y discusión incluso en el seno de Corte Plena donde de manera unánime es estimó que, para la Corte Suprema de Justicia, era inviable operar desde lo interno el fondo transitorio para el pago de pensión alimentaria. Al respecto, se pueden consultar las actas respectivas donde también se incluyó un criterio técnico muy amplio de parte de la Dirección Jurídica.

Derogatoria del apartado a) del inciso 1 del artículo 99 y del inciso segundo del artículo 55 bis, ambos de la Ley N.° 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial: En la forma en que fue aprobada la Ley N.° 9747 que entró a regir el 1 de octubre de 2024, se contempló la reforma al artículo 99 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde en el inciso primero, se estableció que el tribunal de familia de manera colegiada conocería los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los juzgados de familia, juzgados de niñez y adolescencia y juzgados contra la violencia doméstica y protección cautelar, salvo las sentencias finales de los procesos de restitución internacional de personas menores de edad. Además, se adicionó el inciso segundo al artículo 55 bis de la misma Ley Orgánica que estableció que, para conocer los recursos de apelación contra esa sentencia final en dichos procesos, esa competencia era la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. La reforma propuesta y aprobada derogó del inciso primero del artículo 99 la frase que indicaba: *salvo las sentencias finales en procesos de restitución internacional de personas menores de edad*, y, a su vez, anuló en su totalidad el inciso segundo del artículo 55 bis indicado, por lo que la competencia regresó al Tribunal de Familia de la misma manera que lo era antes del 1. ° de octubre.

4. CONCLUSIONES

- La idea de proponer un proyecto de reformas al Código Procesal de Familia nace en el seno de los cursos de capacitación brindados por la Escuela Judicial y a partir de los espacios académicos de discusión y análisis.

- Si bien dos personas se dedican a la redacción de la primera propuesta, esta recoge el aporte fundamental de muchas personas juzgadoras e, incluso, observaciones de abogados y abogadas litigantes.

Volver al Índice

- En el Poder Judicial, el anteproyecto fue presentado a la Comisión de la Jurisdicción de Familia, Niñez y Adolescencia, la cual nombró a una subcomisión que analizó detalladamente las propuestas, eliminando algunas, modificando otras e introduciendo algunas nuevas.

- La propuesta final de esta Subcomisión fue conocida en el seno de Corte Plena donde se aprobó y se acordó su traslado a la Presidencia de la Asamblea Legislativa.

- El proceso de discusión en la Asamblea Legislativa implicó el análisis y el aporte de todas las fracciones, y después de varias reuniones y acuerdos, se dispuso un texto sustitutivo que fue finalmente aprobado en primer y segundo debate de manera unánime.

- El proyecto de reformas siempre tuvo como orientación la mejora del Código Procesal de Familia y, sustentándose en sus propios principios, se buscó una mejor funcionalidad del sistema procesal propuesto.

5. NORMATIVA

Código Procesal de Familia. Ley N.° 9747. (Octubre de 2019). Publicada en *La Gaceta* n.° 28. *Alcance* 19.

Reforma de varios artículos de la Ley 9747, Código Procesal de familia, del 23 de octubre de 2019; artículo 16 de la Ley 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, del 6 de enero de 1998; artículo 2 la Ley 9582, Ley de Justicia Restaurativa, del 2 de julio de 2018; adición de un nuevo artículo 5 a la Ley 9379, Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, del 18 de agosto de 2019 y derogatorias. Ley N.° 10558. (Octubre 2024). Publicada en *La Gaceta* n.° 213 del 11 de noviembre de 2024.

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 193 - 208, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

ANÁLISIS SOBRE AUDITORÍA A LAS METODOLOGÍAS DE ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS Y PORTAFOLIO DEL PODER JUDICIAL, ASÍ COMO A LA UNIDAD ESTRATÉGICA DE PORTAFOLIO DE PROYECTOS INSTITUCIONAL

***MSc. Alexis Hernández Gutiérrez*[1]**

RESUMEN

Como objetivo general, se determinó desarrollar un proceso de auditoría en la Unidad de Portafolio del Poder Judicial para la identificación de aspectos de mejora en esta oficina, generando un mayor valor agregado en la gestión de proyectos y portafolio. Entre los hallazgos, se destacan la asignación de labores fuera de la competencia de la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, así como la falta de indicadores para portafolio y proyectos, entre otros aspectos. Se propone una hoja de ruta con siete temas diferentes: aprobación de la solución, funciones de la Unidad de Portafolio, creación de PMO's, elaboración de informes, indicadores y automatización del proceso, buenas prácticas, documentos del Portafolio y seguimiento del cumplimiento de la solución.

Palabras claves: Unidad de Portafolio, gestión de portafolio, gestión de proyectos, auditoría, hallazgos, plan de acción, mejora continua.

ABSTRACT

The Poder Judicial, after a process of more than 10 years promoting project and portfolio management, creates its Portfolio Unit (PMO) to promote good practices, however; A series of situations have been detected that limit the growth, improvement and maturity of the organization's project and portfolio management. As a general objective, it was determined to develop an audit process in the Portfolio Unit of the Judicial Branch to identify aspects for improvement in this office, which generate greater added value in project and portfolio management. Among the findings, the assignment of tasks outside the competence of the Institutional Project Portfolio Strategic Unit stands out, as well as the lack of indicators for portfolio and projects, among other aspects. For which a roadmap is proposed in 7 different topics: approval of the solution, functions of the Portfolio Unit, creation of PMO's, creation of reports, indicators and automation of the process, good practices, portfolio documents and compliance monitoring of the solution.

Keywords: Portfolio Unit, portfolio management, project management, audit, findings, action plan, continuous improvement.

Recibido: 28 de octubre de 20244 Aprobado: 13 de noviembre de 2024

1 Es licenciado en Finanzas por la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnológica y cuenta con una maestría en Gerencia de Proyectos por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Actualmente, se destaca como profesional de la Dirección de Planificación en el Subproceso de Formulación Presupuestaria y Portafolio de Proyectos Institucional. Correos electrónicos: ahernandezgu@poder-judicial.go.cr o ahernandezgu@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo se basa en la investigación realizada en la tesis *Auditoría a las metodologías de administración de proyectos y portafolio del Poder Judicial, así como a la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional.*

El Poder Judicial tiene más de diez años de contar con metodologías de gestión de proyectos y de portafolio. En el 2014, la Sección de Proyección Institucional, hoy con el nombre de Subproceso de Modernización Institucional, planteó la primera versión de la Metodología de Administración de Proyectos (Pow Hing Cordero, 2014). En ese momento, no se gestionó un portafolio formalmente y se determinó que la Dirección de Planificación fungía como rectora en el tema de administración de proyectos. Con esta metodología, la organización inició su proceso formalmente.

En el 2020, con la formulación del Plan Estratégico Institucional 2019 - 2024, se obtiene el banco de iniciativas conformadas por 57 ideas de proyecto (Pow Hing Cordero, 2018). Posteriormente, se define la segunda versión de la Metodología de Administración de Proyectos y se aprueba el 13 de enero de 2020 (Salazar Guzmán, 2019), con un enfoque predictivo.

Por otro lado, el 20 de marzo de 2023, la Corte Plena aprueba la Metodología de Administración de Portafolio en su primera versión, artículo XXIV (Salazar Guzmán, 2021), la cual se basa en el modelo de Bible, M. y Bivins, S. (2011). Asimismo, determina los criterios de priorización y los estados de los proyectos en el portafolio institucional.

Así, el Poder Judicial cuenta con un Portafolio Institucional conformado por 202 proyectos estratégicos distribuidos por estado en el portafolio como se muestra en la tabla 1.1.

Tabla 1.1 Cantidad de proyectos por estado en el Portafolio del Poder Judicial

Estado del proyecto estratégico	Cantidad de proyectos con corte al 29 de setiembre de 2023
Iniciativa	7
Aprobado – No iniciado	3
En progreso	88
Terminado	39
Pendiente evaluación de beneficios	29
Suspendido	21
No aprobado	5
Cancelado	10
Total:	202

Nota: Datos del *Segundo informe al Portafolio Institucional 2023*. Elaborado a partir de Mesén Trejos y otros, 2023. (https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos).

Volver al Índice

Adicionalmente, con el propósito de impulsar las buenas prácticas en la gestión de portafolio y de proyectos, así como las respectivas metodologías, en el 2019, se crea la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, conformada por tres personas en total, una coordinadora de unidad y dos profesionales que asisten en las labores. La Metodología de Administración de Proyectos vigentes en la institución le confiere la rectoría de portafolio y proyectos a esta Unidad, así como las siguientes cinco funciones:

- Evaluar, aceptar o rechazar los proyectos con base en los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto.
- Evaluar el grado de prioridad e impacto del proyecto según el Plan Estratégico del Poder Judicial para asegurar su alineamiento.
- Registrar y actualizar el Portafolio de Proyectos del Poder Judicial.
- Presentar, analizar, categorizar y priorizar los proyectos para someterlos a revisión ante el Comité de Planeación Estratégica, posteriormente al ente superior, dependiendo de la naturaleza del proyecto, pueden ser la Corte Plena y/o el Consejo Superior.
- Ente fiscalizador del cumplimiento de los objetivos y metas del proyecto presentado.

A pesar de este escenario, no se estaba generando el valor agregado esperado dentro de la rectoría de la Unidad de Portafolio, ni debilidades en la implementación de las metodologías vigentes en la institución para estos temas, ni el lento crecimiento de la organización respecto a la cultura en gestión de portafolio y proyectos.

Para poder realizar un abordaje idóneo del tema en investigación, fue necesario referenciar un marco teórico que pudiera establecer criterios competentes en áreas específicas, dentro de los que se destacan: PMO, madurez de la PMO y Auditoría de proyectos.

Conceptualmente, una oficina administradora de proyectos o PMO (*project management office*, por sus siglas en inglés) es esencialmente una "estructura de gestión que estandariza los procesos de gobernanza relacionados con el proyecto y facilita el intercambio de recursos, metodologías, herramientas y técnicas". (Project Management, Inc., 2021, p. 248). Esta estructura tiene un grado de competencia según el proyecto o grupo de proyectos en que tiene competencia, ya sea un proyecto, un programa o el Portafolio.
A pesar de que se tenga el concepto de PMO, es necesario establecer el significado de madurez de la oficina, entendiéndose como madurez de una PMO "el grado de sofisticación con que es capaz de realizar sus funciones y alcanzar sus objetivos". (Pinto, Cota y Levin, 2010, p. 2). Para poder determinar la madurez de una PMO, en el 2022, el Project Management Institute y el Price Waterhouse Coopers definieron el índice de madurez de PMO global, el cual contemplaba la frecuencia de ejecución de actividades relacionadas con la generación de valor en la gestión de proyectos.

En la tabla 1.2, se presentan las cinco dimensiones que conforman el índice de madurez de PMO global, así como los elementos vinculados a cada dimensión.

Volver al Índice

Tabla 1.2 Dimensiones del índice de madurez de PMO global

Dimensión	Concepto
Gobernanza	Entiéndase como el aporte a la estrategia.
Integración y alineación	Alineamiento de las iniciativas y de los indicadores de desempeño con los objetivos estratégicos.
Procesos	Adaptar herramientas, metodologías y prácticas de dirección de proyectos a la realidad de la organización en la gestión de proyectos.
Tecnología y datos	Adquirir herramientas que mejoren la gestión de proyectos.
Personas	Desarrollar habilidades gerenciales.

Nota: (1) Project Management Institute, Price Waterhouse Coopers, 2022. Elaborado a partir del Project Management Institute y Price Waterhouse Coopers, 2022. (https://www.pmi.org/learning/library/es-madurez-de-la-oficina-de-gestion-de-proyectos-13630).

Por otro lado, como auditoría de proyectos, según Parviz F. Rad y Ginger Levin (2002), se entenderá como la determinación objetiva y clara del estado del proyecto, para así establecer la manera de la solución. Se caracteriza principalmente por la generación de un informe que describa el alcance de la auditoría, hallazgos claves y recomendaciones.

Así, como objetivo general de investigación, se definió: "Desarrollar un proceso de auditoría en esta oficina del Poder Judicial mediante técnicas de investigación para la identificación de aspectos de mejora en esta Unidad, que genere valor agregado en la gestión de proyectos y portafolio".

Mientras que, como objetivos específicos, se dispusieron los siguientes:

1. Evaluar la gestión de la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional considerando las responsabilidades encomendadas por la metodología de administración de proyectos vigente en la institución para la identificación de oportunidades de mejora.
2. Valorar la administración de los proyectos estratégicos a través de técnicas de investigación para la identificación de buenas prácticas actuales y mejoras a la metodología vigente.
3. Analizar la gestión del portafolio que define la metodología administración de Portafolio Institucional mediante métodos comparativos, para la identificación de oportunidades de mejora.
4. Definir una hoja de ruta considerando los resultados obtenidos en el proceso de auditoría para la implementación de las acciones de mejora recomendadas para la organización.

Para el alcance, se espera contar con los elementos de la auditoría, así como la implementación de esta sobre la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, los cuales detallen los hallazgos y aspectos de mejora en esta oficina, y se pretende plantear una estrategia para alcanzar un mayor grado de madurez en el desempeño de sus funciones y potenciar el valor agregado en la gestión de Portafolio y proyectos de la institución. Asimismo, se excluye de esta investigación la implementación de la hoja de ruta, debido a que la implementación de las recomendaciones que se deriven de la investigación tendría que pasar por un proceso de análisis y aprobación de las oficinas competentes y jerarcas del Poder Judicial.

Volver al Índice

Durante la ejecución de esta investigación, solo se presentó una limitación que tenía que ver más con la afectación del tiempo planificado para el desarrollo de actividades que con la consecución de resultados.

2. METODOLOGÍA

En la siguiente tabla 2.1, se detallan las categorías y subcategorías de investigación, así como las técnicas e instrumentos que se utilizaron.

Tabla 2.1 Categorías de la investigación.

Categoría	Subcategoría	Técnicas	Instrumentos
Oficina de Administración de Proyectos / Portafolio (PMO)	Funciones y responsabilidades de la PMO	Revisión bibliográfica, revisión documental, juicio experto, cuestionario, entrevista.	Ficha de revisión bibliográfica, ficha de revisión documental, ficha de validación de juicio de experto, cuestionario, entrevista semiestructurada.
	Auditoría de proyectos	Revisión bibliográfica, revisión, documental, juicio experto, cuestionario, entrevista.	Ficha de revisión bibliográfica, ficha de revisión documental, ficha de validación de juicio de experto, cuestionario, entrevista semiestructurada.
Buenas prácticas	Gestión de proyectos	Revisión bibliográfica, revisión documental, juicio experto, grupo focal, lista de verificación, cuestionario.	Ficha de revisión bibliográfica, ficha de revisión documental, ficha de validación de juicio de experto, grupo focal, lista de verificación de buenas prácticas de la gestión de proyectos, cuestionario.

Volver al Índice

	Gestión de Portafolio	Revisión bibliográfica, revisión documental, juicio experto, grupo focal, lista de verificación cuestionario.	Ficha de revisión bibliográfica, ficha de revisión documental, ficha de validación de juicio de experto, cuestionario, grupo focal, lista de verificación de buenas prácticas de la gestión de portafolio.

Nota: Elaborado a partir del trabajo de investigación relacionado con la Auditoría a las metodologías de administración de proyectos y Portafolio del Poder Judicial, así como a la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional (Hernández, 2024).

Los sujetos de investigación seleccionados son cuatro personas que laboran en la Dirección de Planificación. A continuación, se detallan cada uno de ellos y en qué área de la Dirección laboran específicamente:

1. Tres personas de la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional:
a. Licda. Melissa Mesén Trejos, coordinadora de Unidad.
b. Máster Silvia Venegas Alpízar, profesional de la Unidad.
c. Lic. Alexis Hernández Gutiérrez, profesional de la Unidad.
2. Máster Allan Pow Hing Cordero, director de la Dirección de Planificación.

Para el estudio, no se contempló la definición de una muestra de alguna población en particular, debido a que la población es tan pequeña que puede ser abordada en su totalidad y está contemplada principalmente por el personal que conforma la Unidad de Portafolio. Para el procesamiento de información, se utilizaron técnicas, tales como la triangulación de datos, análisis detallado de los datos, análisis comparativo y diagramación de información.

3. RESULTADOS

En este apartado, se exponen y analizan los resultados obtenidos a través de los instrumentos de investigación, así como su procesamiento mediante las técnicas utilizadas. Los resultados están agrupados en tres temas: Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, gestión de proyectos y gestión de portafolio.

3.1. Resultados para la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional

La metodología de administración de proyectos define las funciones de la Unidad de Portafolio. En la siguiente tabla 3.1, se determina el cumplimiento total o parcial o, por el contrario, el incumplimiento con la función encomendada.

Volver al Índice

Tabla 3.1 Detalle de funciones y cumplimiento de la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional

Función	Cumplimiento	Observación
a. Evaluar, aceptar o rechazar los proyectos con base en los estudios de prefactibilidad y factibilidad del proyecto.	Parcial	Los proyectos no son aceptados ni rechazados por el contenido de los estudios de prefactibilidad y de factibilidad.
b. Evaluar el grado de prioridad e impacto del proyecto con base en el Plan Estratégico del Poder Judicial para asegurar su alineamiento.	Cumple	Se aplica a través del proceso de priorización que utiliza la Unidad de Portafolio del Poder Judicial.
c. Registrar, actualizar el portafolio de proyectos del Poder Judicial.	Cumple	Mediante la herramienta informática del MS Project Online, la Unidad de Portafolio puede cumplir con esta función.
d. Presentar, analizar, categorizar y priorizar los proyectos para someterlos a revisión ante el Comité de Planeación Estratégica, posteriormente al ente superior, dependiendo de la naturaleza del proyecto pueden ser la Corte Plena y/o el Consejo Superior.	Parcial	La función se aplica tal y como se describe en la metodología de proyecto, salvo que no se somete a revisión del Comité de Planeación Estratégica, sino solo ante el Consejo Superior.
e. Ente fiscalizador del cumplimiento de los objetivos y metas del proyecto presentado.	Parcial	Esto se realiza solo mediante el cumplimiento del cronograma y entregables. No obstante, no se profundizan ni se abordan proyectos específicos.

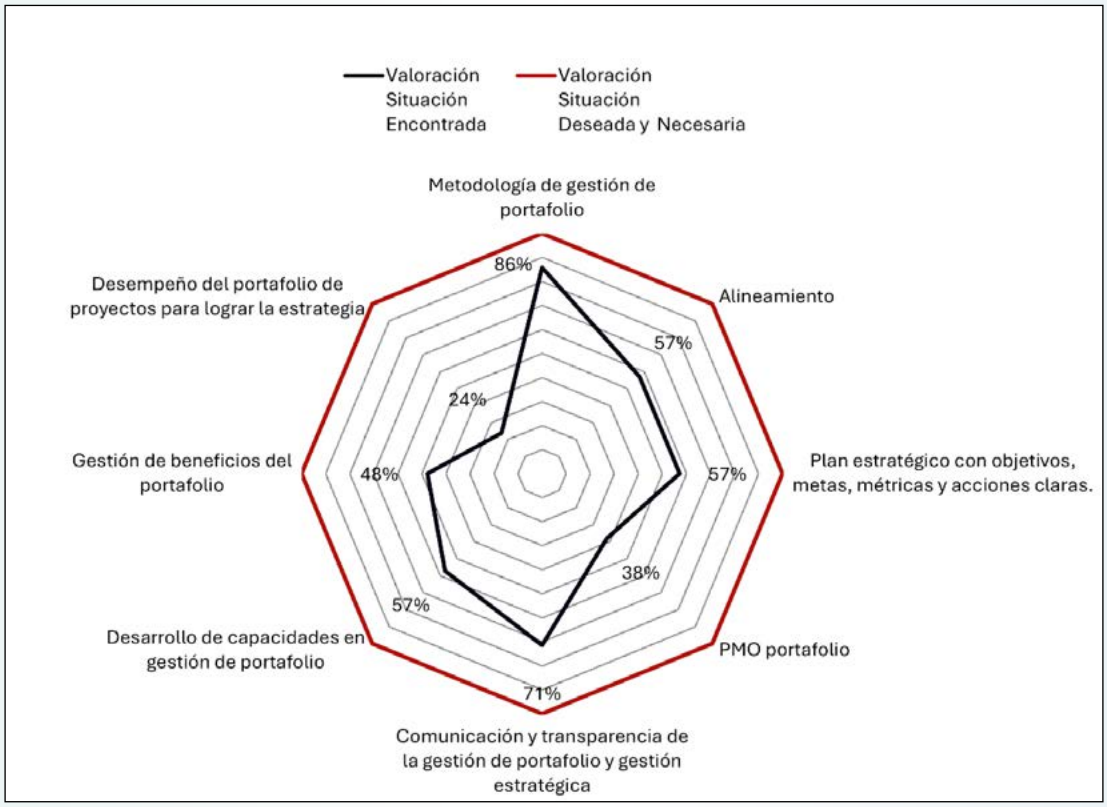
Nota: Tomado del trabajo de investigación relacionado con la Auditoría a las metodologías de administración de proyectos y Portafolio del Poder Judicial, así como la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional (Hernández, 2024).

Por otro lado, mediante un cuestionario para la valoración de la madurez en la gestión de Portafolio, proyectos y la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, el cual fue aplicado por el Sr. Alexis Hernández Gutiérrez, profesional de la Unidad de Portafolio, quien ha tenido la oportunidad de ser el coordinador de la Unidad de Portafolio. Además, ha liderado dos proyectos estratégicos de la institución, ha participado en los procesos de formulación del Plan Estratégico Institucional que es donde se obtiene el banco de ideas de proyectos y se aplican los procesos de priorización, así como la definición institucional de los criterios de priorización. También es la persona con mayor tiempo en la oficina y cuenta con un técnico especializado en Administración de Proyectos impartido por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Lo anterior le permite tener un dominio de estado de la Unidad, el Portafolio Institucional y sus procesos en general.

Volver al Índice

Del cuestionario aplicado, se obtuvieron los siguientes resultados expuestos en las figuras 3.1, relacionados con la valoración de la madurez en la gestión de portafolio y PMO.

Figura 3.1 Resultados en la valoración de la madurez en la gestión de Portafolio y PMO

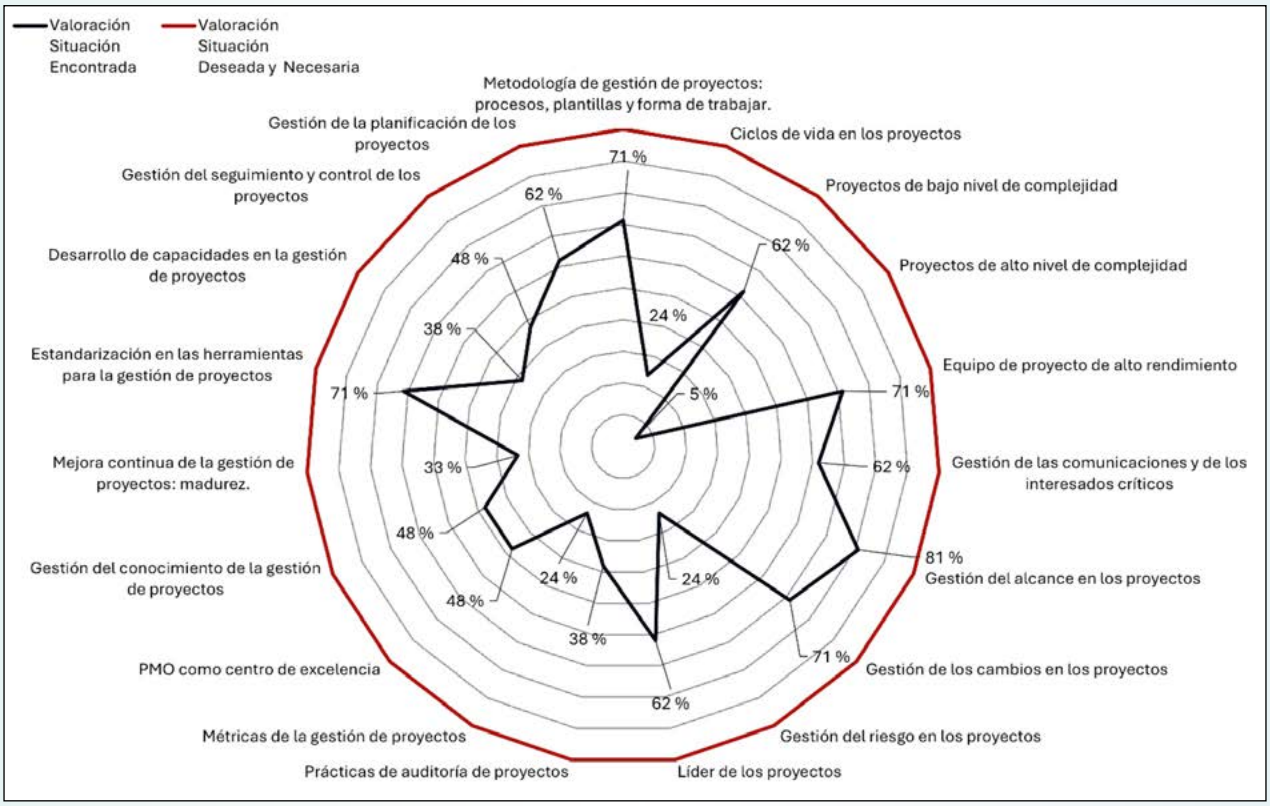


Nota: Elaborado a partir de la herramienta de evaluación de madurez en la gestión de Portafolio, 2024. (Curso de Auditoría de Proyectos del Programa de la Maestría en Gerencia de Proyectos del Tecnológico de Costa Rica).

Volver al Índice

Adicionalmente, del cuestionario aplicado se obtuvieron los siguientes resultados expuestos en las figuras 3.2 relacionados con la valoración de la madurez en la gestión de proyectos.

Figura 3.2 Resultados en la valoración de la madurez en la gestión de proyectos

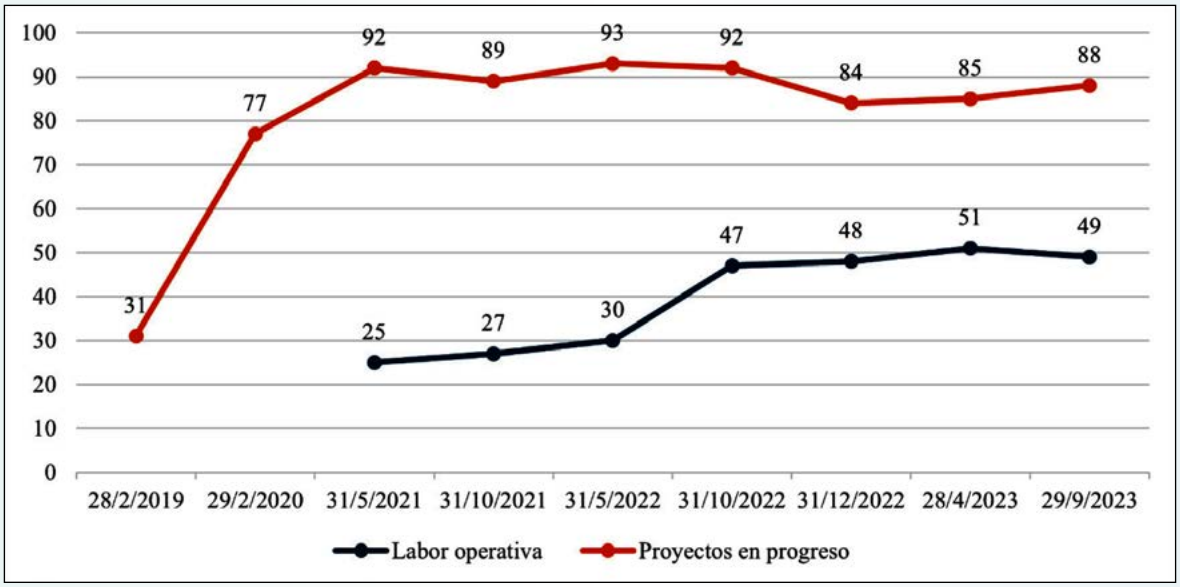


Nota: Elaborado a partir de la herramienta de evaluación de madurez en la gestión de Portafolio, 2024.
(Curso de Auditoría de Proyectos del Programa de la Maestría en Gerencia de Proyectos del Tecnológico de Costa Rica).

Adicionalmente, en la figura 3.3, se muestran el crecimiento en la cantidad de proyectos en progreso dentro del portafolio y la cantidad de labores operativas a las que se les aplica la metodología de administración de proyectos, esto último por una instrucción del Consejo Superior emitida mediante la sesión n.° 120-2020, celebrada el 17 de diciembre de 2020, artículo XCI, en la que se acordó implementar la metodología de administración de proyectos a labores operativas con permisos de doce salarios asignados mediante el artículo n.° 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, función que debió asumir la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional.

Volver al Índice

Figura 3.3 Cantidad de proyectos en progreso y labores operativas



Nota: Elaboración propia a partir de los datos extraídos de la página electrónica de la Dirección de Planificación, específicamente en la cejilla de "Informes de seguimiento": https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos.

Considerando la última fecha de corte del 29 de setiembre de 2023, la cual corresponde al último seguimiento de ese periodo, la carga de trabajo de la Unidad de Portafolio es de 137, de los cuales el 36% corresponde a labores operativas y el restante 64% a proyectos estratégicos. Es decir, poco más del tercio de carga de trabajo de la Unidad de Portafolio corresponde a una responsabilidad asignada por el Consejo Superior, la cual no está tipificada dentro de las responsabilidades de la metodología de administración de proyectos.

3.2. Resultados relacionados con la gestión de portafolio

De las 38 buenas prácticas valoradas, se determinó la aplicación del 39% en el portafolio del Poder Judicial, mientras que el 61% restante no se aplica. Además, en la tabla 3.2, se puede observar el detalle por grupo de proceso.

Volver al Índice

Tabla 3.2 Buenas prácticas de Portafolio que se aplican según el grupo de proceso

Grupo de proceso relacionado con la gestión de Portafolio de proyectos	Se implementa la buena práctica en la gestión de Portafolio de proyectos	
	Cantidad de buenas prácticas que sí se implementan	Cantidad de buenas prácticas que no se implementan
Alcance y priorización	2	
Alineación con objetivos organizacionales	2	
Cierre de proyectos	1	1
Comunicación y transparencia	2	0
Evaluación y mejora	0	2
Evaluación y selección	0	2
Gestión de Portafolio	2	6
Gestión de riesgos y recursos	1	1
Gobernanza	4	0
Gestión de cambios del Portafolio	0	8
Monitoreo y control	0	2
Planificación y estrategia	1	1
Total general:	**15**	**23**

Nota: Elaboración propia a partir de la aplicación del instrumento de investigación llamado “Lista de verificación de buenas prácticas de la gestión de Portafolio”.

La tabla 3.2 muestra que los grupos de procesos donde no se aplica o se aplica la menor cantidad de buenas prácticas son la gestión de cambios y la gestión de Portafolio; por el contrario, en el grupo de proceso de la gobernanza, se aplica el total de buenas prácticas verificadas.

En general, al existir solo 15 buenas prácticas identificadas mediante la lista de verificación, hay otros grupos de procesos donde no se encontró la implementación de al menos una buena práctica, como lo son evaluación y mejora, evaluación y selección, y monitoreo y control.

3.3. Resultados relacionados con la gestión de proyectos

Se verificó que el 63% de buenas prácticas valoradas en la lista son implementadas en la gestión de proyectos, mientras que el restante 37% de buenas prácticas no se aplican en la gestión de proyectos. En la tabla 3.3, se detalla el área específica a la que responde la buena práctica que se verificó.

Volver al Índice

Tabla 3.3 Buenas prácticas de proyecto aplicadas según el área de conocimiento

Área de conocimiento	Se aplica la buena práctica en la gestión de proyectos estratégicos	
	Cantidad de buenas prácticas que sí se implementan	Cantidad de buenas prácticas que no se implementan
Gestión de interesados	4	
Gestión de las comunicaciones	5	2
Gestión de los recursos	2	2
Gestión de riesgos	3	4
Gestión de la integración	8	1
Gestión del alcance	5	
Gestión del costo		6
Gestión del cronograma	4	2
Gestión de la calidad	2	2
Total general:	**33**	**19**

Nota: Elaboración propia a partir de la aplicación del instrumento de investigación llamado "Lista de verificación de buenas prácticas de la gestión de proyectos".

Como se observa en la tabla 3.3, las áreas en que se aplica la menor cantidad de buenas prácticas son la gestión de riesgo y la gestión de costo donde no se aplica ninguna, mientras que las áreas en las que se aplican la mayor cantidad de buenas prácticas son la gestión de la integración, gestión del alcance y gestión de las comunicaciones.

4. Hallazgos y propuestas de mejora

En la siguiente tabla 4.1, se detallan los principales hallazgos de la investigación y las recomendaciones realizadas para implementar la mejora.

Volver al Índice

Tabla 4.1 Principales hallazgos y recomendaciones

Tema	Hallazgo	Recomendación
Relacionados con la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional	**Madurez de la Unidad de Portafolio:** Demuestra un nivel de madurez medio (38% según el resultado de la figura 3.1), así como la incapacidad de mostrar una valoración del desempeño del portafolio.	Cumplir con las funciones que le confiere la metodología de administración de proyectos vigente en la institución. Identificar las labores que no corresponden a la competencia de la Unidad de Portafolio con el fin de delegarlas a las oficinas que tienen competencia en esos temas.
	Definición de indicadores: Actualmente no existen indicadores que permitan evaluar la función de la Unidad de Portafolio.	Definir indicadores de desempeño para la Unidad de Portafolio, proceso que debe llevarse en conjunto con el Subproceso de Evaluación.
	Seguimiento de labores operativas: El Consejo Superior le confiere una función adicional a la Unidad de Portafolio, la cual se fundamenta en el seguimiento de labores operativas que tienen asignado recurso humano adicional mediante permisos con goce de salario.	Delegar la labor de la asignación de permisos con goce de salario para labores operativas a la Dirección de Gestión Humana.
Relacionados con la gestión de Portafolio	**Metodología de Administración de Portafolio:** La Metodología es un punto alto en la gestión, sin embargo, esta tiene elementos que no se implementan en la gestión.	Revisar la Metodología de Administración de Portafolio para verificar el cumplimiento total o parcial de los elementos definidos para la gestión del portafolio. Plantear los formularios que permitan documentar la gestión del portafolio.
	Informe de Portafolio de proyectos: El informe que actualmente se presente a los tomadores de decisiones es más sobre el estado de los proyectos y su cronograma que sobre el estado del Portafolio.	Elaborar un informe que permita establecer el desempeño y estado del portafolio.

Volver al Índice

Relacionados con la gestión de proyectos	**Metodología de Administración de Proyectos vigente:** Tiene un enfoque de tipo predictiva o de cascada, se aplica de manera generalizada y define el ciclo de vida de los proyectos, así como la gestión de la documentación. No obstante, se evidencia la necesidad de contar con otros tipos de metodologías con diferente enfoque que permita gestionar otros tipos de proyectos.	Valorar la creación e implementación de otro tipo de metodologías con un enfoque diferente en administración de proyectos que apoyen o complementen la gestión actual.
	Informes de seguimiento: Los oficios que elabora la Unidad de Portafolio para dar a conocer el estado del Portafolio al Consejo Superior versan sobre el estado de los proyectos en cuanto a su avance según cronograma del estado del Portafolio de la organización.	Mejorar el contenido del informe de seguimiento de los proyectos que actualmente se realizan. Establecer indicadores de desempeño básicos para proyectos: índice de rendimiento del costo e índice de rendimiento del cronograma.
	Proyectos de alta y baja complejidad: No existe una categorización dentro del portafolio que permita identificar cuáles proyectos representan un mayor grado de complejidad en su ejecución respecto a otros, por lo que no se valora un abordaje particular mediante otro tipo de metodología.	Determinar la categorización de proyectos de alta y baja complejidad.

Nota: Tomado del trabajo de investigación relacionado con la Auditoría a las metodologías de administración de proyectos y Portafolio del Poder Judicial, así como la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional (Hernández, 2024).

Volver al Índice

5. CONCLUSIONES

- Se concluyó que la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional no cumple en su totalidad algunas de las funciones encomendadas por la Metodología de Administración de Proyectos del Poder Judicial.

- Se definió un 38% en la madurez de la Unidad de Portafolio, es decir, un nivel de madurez medio, cuyo desarrollo se ve condicionado por una función que tiene asignada y que no corresponde a su competencia técnica o rectoría.

- Se determinó que, para aumentar el valor agregado que podría aportar la Unidad de Portafolio, es necesario que la oficina dedique toda su disponibilidad y funciones a los aspectos técnicos y de rectoría del Portafolio y de proyectos.

- Se comprobó que no se cuenta con indicadores de desempeño para evaluar la función de la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional, lo que dificulta visualizar puntos de mejora en la gestión que realiza en la administración del portafolio de proyectos.

- Se concluyó que la implementación de la Metodología de Administración de Portafolio de la organización no aplica elementos importantes de esta como la elaboración de informes de rendimiento del Portafolio, ni la verificación del grado de impacto en el beneficio esperado del portafolio.

- Se comprobó la ausencia de un informe que describa el estado y el desempeño del portafolio de proyectos. Tampoco se evidenció el uso de indicadores para este mismo fin.

- Se concluyó como oportunidad de mejora la automatización total de la gestión del portafolio y de los proyectos mediante un sistema informático, el cual se encuentra en desarrollo actualmente en el que se pueden integrar las funcionalidades.

- Se evidenció que no se tiene una categorización de los proyectos de alta o baja complejidad en la organización.

- Se evidenció que no se cuenta con una metodología alterna (ya sea con enfoque adaptativo o híbrido) que les permita gestionar otros proyectos acordes a su contexto o naturaleza.

- Se concluyó la necesidad de contar con indicadores que permitan definir el estado del proyecto y que estos se puedan sistematizar para su generación automática. Lo anterior representa una oportunidad de mejora.

6. Referencias bibliográficas

Bivins Bible, Michael; S. Bivins, Susan. (2011). *Mastering project portfolio management.* FL. USA: Editorial Fort Lauderdale.

Hernández Gutiérrez, Alexis. (Julio de 2024). *Auditoría a las metodologías de administración de proyectos y Portafolio del Poder Judicial, así como a la Unidad Estratégica de Portafolio de Proyectos Institucional.*

Mesén Trejos, Melissa; Murillo Berrocal, Ana Cecilia; Sánchez Córdoba, Laura; Venegas Alpízar, Silvia. (Diciembre de 2023). *Segundo informe de seguimiento al Portafolio Institucional 2023.* https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos

Volver al Índice

Parviz F. Rad, Ginger Levin. (2002). *The Advance Project Management Office. A comprehensive Look at Function and Implementation*. Editorial CRC. Press LLC.

Pinto, A., Cota M., y Levin G. (2010). *The PMO maturity cube, a project management office maturity model.* Presentado en Project Management Institute Research and Education Conference, Project Management Institute. Washington, D.C. United State of America.

Pow Hing Cordero, Allan. (Agosto de 2014). *Metodología de Administración de Proyectos del Poder Judicial.* Versión 1. https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos

Pow Hing Cordero, Allan. (Noviembre de 2018). *Plan Estratégico Institucional 2019-2024.* https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/plan-estrategico-institucional

Project Management Institute y Price Waterhouse Coopers. (11 de marzo de 2022). *Medir lo importante: Por qué necesita cambiar su perspectiva sobre el éxito del proyecto.* Thought Leadership Series. https://www.pmi.org/learning/library/es-medir-lo-importante-13635

Project Management Institute y Price Waterhouse Coopers. (25 de febrero de 2022*). Madurez de la oficina de gestión de proyectos: Lecciones del nivel superior global.* Thought Leadership Series. https://www.pmi.org/learning/library/es-madurez-de-la-oficina-de-gestion-de-proyectos-13630.

Project Management Institute, Inc. (2021). *Guía de los fundamentos para la dirección de proyectos (Guía del PMBOK).* Séptima edición. Editorial Project Management Institute, Inc.

Salazar Guzmán, Yesenia. (Julio de 2021). *Metodología de Administración de Portafolio del Poder Judicial.* Versión 1. https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos

Salazar Guzmán, Yesenia. (Noviembre de 2019). *Metodología de Administración de Proyectos del Poder Judicial.* Versión 2. https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estrategia/portafolio-de-proyectos-estrategicos

Bible, M. & Bivins, S. (2011). *Mastering project portfolio management*. Primera edición. Fort Lauderdale. FL. USA.

http://books.google.co.cr/books?id=mdRpA-gAAQBAJ&pg=PA19&num=13&source=gbs

Bivins Bible, Michael; S. Bivins, Susan. (2011). Mastering project portfolio management. FL. USA: Editorial Fort Lauderdale.

Novo Gutiérrez, Ludbyg. (Enero de 2024). Evaluación de madurez en la gestión de Portafolio. Curso de Auditoría de Proyectos del Programa de la Maestría en Gerencia de Proyectos del Tecnológico de Costa Rica.

Conmemoración del 35 Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño y algunas acciones realizadas en Costa Rica a favor de la niñez

CONMEMORACIÓN DEL 35 ANIVERSARIO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ALGUNAS ACCIONES REALIZADAS EN COSTA RICA A FAVOR DE LA NIÑEZ

Licda. Ruth Alemán Sánchez[1]

Costa Rica es considerada uno de los países pioneros de América Latina en materia de protección de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Su visión proactiva en la protección de esta población la ha llevado a ratificar diversos convenios y protocolos internacionales en materia de niñez. Esta conmemoración versará en una reseña histórica, la referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones Generales que el Comité de los Derechos del Niño le ha realizado, en virtud de que el 20 de noviembre de 2024, se cumplieron 35 años desde su promulgación. Además, se mencionarán algunas de las acciones más relevantes que nuestro país ha ejecutado en esta materia.

RESEÑA HISTÓRICA

En el siglo XX, no se consideraba a las personas menores de edad sujetos de derecho, y su entorno era inseguro e insalubre. Luego de finalizada la Primera Guerra Mundial (1920), las señoras Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton, abrumadas por el desgarrador resultado de este evento, decidieron fundar Save the Children, con la visión de brindar protección a la población menor de edad que se vio afectada por esta guerra. Cuatro años más tarde, en 1924, esta fundación adoptó la primera Declaración de los Derechos del Niño, convirtiéndose en el primer instrumento internacional que reconoció los derechos a los niños y a las niñas.

Este texto, en sí mismo, no obtuvo mayor vinculación sino hasta 1934, cuando los Estados parte de la Sociedad de Naciones se comprometieron a incluir tales disposiciones en sus normativas internas posterior a su Asamblea General y a la aprobación de un nuevo texto. Este documento es lo que se conoce como la Declaración de Ginebra de 1924. Es importante reseñar que dicha Sociedad tuvo conocimiento de esta declaración diez años antes, cuando Jebb decidió enviarla en un intento de que se reconociera a nivel general y, a partir de ahí, se adoptó su actual nombre. Este instrumento histórico normó el derecho de los niños y las niñas a un desarrollo integral, a la oportuna asistencia, al socorro y a vivir en un ambiente que le proporcionara protección[2].

1 Licenciada en Derecho por la Universidad Hispanoamericana. Labora para el Poder Judicial desde el 2015, desempeñándose como técnica judicial 2 y jueza 1 de familia. Actualmente, se encarga de dirigir la Revista Judicial de la Escuela Judicial de Costa Rica.

2 Historia de los derechos del niño. *Unicef para la infancia*. Accedido el 6 de diciembre de 2024. https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia.

Volver al Índice

Posterior a este hito, el 26 de junio de 1945, se firmó en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas que tenía y continúa teniendo como propósitos[3]:

- Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
- Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
- Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
- Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

Como resultado de esta Carta que fue ratificada por 51 Estados, incluida Costa Rica, el 24 de octubre de 1945, nacen oficialmente las Naciones Unidas (en adelante ONU). Hoy en día, 193 países decidieron adoptar las medidas contenidas en dicho instrumento jurídico para preservar la paz y la seguridad, brindar asistencia humanitaria, proteger los derechos humanos y defender el derecho internacional.

Es menester citar la creación de la ONU porque se desencadenó una serie de acontecimientos que evolucionaron los derechos de la niñez en el mundo, de los cuales, en orden cronológico, es importante citar los siguientes:

1946: Se crea el **Fondo Internacional de Emergencia para la Infancia (Unicef),** con el propósito de atender las necesidades y brindarles asistencia a las personas menores de edad afectadas por la guerra, especialmente de Europa y China. Su nombre cambió a Fondo de las Naciones Unidades, cuando pasó a formar parte definitiva de la ONU (1950). En la actualidad, está presente en 190 países y territorios[4].

1948: La Asamblea General de la ONU proclama la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, siendo esta la primera vez que se reconoció el deber de brindar cuidado y asistencia especiales a la niñez, por considerarlos derechos humanos fundamentales. En el artículo 25.2., expresamente se determinó que "La maternidad y **la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiale**s. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". (El resaltado es propio)[5].

1959: La Asamblea General de la ONU promulga la **Declaración de los Derechos del Niño.** Este instrumento está conformado por 10 principios

3 Historia de las Naciones Unidas. *Naciones Unidas*. Accedido el 6 de diciembre de 2024. https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un

4 Preguntas frecuentes. *Unicef para la infancia*. Actualizado el 21 de diciembre de 2020. Accedido el 6 de diciembre de 2024. https://www.unicef.org/es/acerca-de-unicef/preguntas-frecuentes#12.

5 La Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Naciones Unidas*. Accedido el 6 de diciembre de 2024. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights y https://www.ohchr.org/es/universal-declaration-of-human-rights.

que resguardan el goce pleno de los derechos reconocidos, una protección especial que les asegure un desarrollo integral físico, mental, moral, espiritual y socialmente, el derecho a una identidad y nacionalidad, a recibir beneficios sociales, médicos y educativos, el derecho a recibir amor, comprensión, a crecer al lado de su familia y a recibir protección estatal cuando esto no sea posible, la relevancia de velar por su interés superior (en el entendido de que no existe un derecho por encima de otro) y que, en primera instancia, esto será responsabilidad de las personas progenitoras, el derecho a la recreación, protección y socorro, a la prohibición de no trabajar antes de la edad mínima ni en una labor que perjudique su salud o desarrollo pleno, así como la no discriminación y la educación en un ambiente de tolerancia, paz, fraternidad y amistad.

La finalidad de la Declaración es que esta población:

> *pueda tener una **infancia feliz y gozar**, en su propio bien y en bien de la sociedad, **de los derechos y libertades** que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente. (El resaltado es propio)*[6].

1966: La Asamblea General de la ONU suscribió el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, el cual no entró en vigor hasta el 23 de marzo de 1976, es decir, 10 años después. En este texto, los Estados parte se comprometieron a defender la igualdad de los derechos de la niñez, incluyendo su educación y protección. Costa Rica ratificó este Pacto en 1968[7].

1973: La Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo adoptó el **Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo o trabajo**. En términos generales, este instrumento prevé que cada Estado debe indicar la edad mínima laboral en su territorio, teniendo la posibilidad de modificar dicha edad para que sea mayor a la establecida. Además, prohíbe en forma expresa que la edad mínima sea inferior a la necesaria para concluir la etapa escolar, o bien, menor a los 15 años y, en todo caso, que los empleos no pueden poner en riesgo el desarrollo integral, la salud o la moral de las personas menores de edad.

La **excepción** a estas reglas son los casos en que los países sean subdesarrollados, ya que requerirán de una consulta previa a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, para que puedan fijar inicialmente una edad mínima de 14 años. Costa Rica ratificó este convenio en 1976 y estableció la edad mínima en 15 años[8].

1978: Es la primera vez que se presenta un **proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño**. Esto estuvo a cargo de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, y el proyecto fue sometido a conocimiento de un grupo de trabajo conformado por los Estados miembros, las agencias y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

---

6 Declaración de los Derechos del Niño. *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=47930&n.

7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights#:~:text=%EE%80%80Los%20Estados%20Partes%20en%20el%20presente%20Pacto,%EE%80%81.

8 Ratificación del C138 - Convenio sobre la edad mínima. *Organización Internacional de Trabajo*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312283.

Volver al Índice

Entre los años **1985** y **1990**, la Asamblea General de la ONU adopta dos textos que impactan la Administración de Justicia dirigida a esta población vulnerable.

Por un lado, el 29 de noviembre de 1985, mediante la resolución 40/33, se aprueban las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), cuya finalidad es promover el bienestar de la niñez y su familia, creando condiciones que le garanticen una vida significativa y un desarrollo personal exento de la delincuencia lo más posible y tutelando su protección y manteniendo el orden pacífico[9].

Por otra parte, a través de la resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, se promulgaron las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, donde se reguló una protección especial para esta población que estuviera privada de libertad, estableciendo la obligación de los Estados miembros de respetar sus derechos y seguridad, fomentando su bienestar físico y mental, en el entendido de que la privación de la libertad debía ser la última medida a adoptar.

En ambos casos, el objetivo es tutelar el interés superior de las personas menores de edad[10].

1989: Se promulga la Convención sobre los Derechos del Niño. Con este instrumento jurídico, se reconoce formalmente que los niños, las niñas y adolescentes son titulares de derechos. Este texto define al "niño" como toda persona menor de 18 años, y los Estados miembros asumen el compromiso de garantizar que, en sus territorios, se tutelen y respeten los derechos que la Convención reconoce a esta población en situación de vulnerabilidad. Junto con esta normativa, se crea el Comité de los Derechos del Niño, el cual está integrado por 18 personas de diferentes nacionalidades que sesionan tres veces al año en Ginebra, siendo su objetivo promover el respeto de los derechos de la niñez en todos los países que integran la ONU.

Gracias al impacto de esta Convención y a la unión de la Unicef, la fundación Save the Children, la Defensa de los Niños Internacional y otras instancias comprometidas en esta materia, se creó la Red de Información de los Derechos del Niño (CRIN) como "una organización creativa de derechos humanos centrada en los derechos de los niños"[11].

Actualmente, Estados Unidos es el único país que no ha ratificado esta Convención.

1999: La Organización Internacional de Trabajo aprueba el Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, el cual establece la obligación de los Estados parte a prohibir y eliminar con prioridad y urgencia las peores formas de trabajo que podrían atentar contra el desarrollo, la moral y la salud de las personas menores de edad. Costa Rica lo ratificó el 10 de septiembre de 2001[12].

---

9 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-administration-juvenile.

10 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty#:~:text=El%20objeto%20de%20las%20presentes%20Reglas%20es%20establecer,miras%20a%20contrarrestar%20los%20efectos%20perjudiciales%20de%20.

11 *Chil Rights International Network*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://home.crin.org/.

12 Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil. *Organización Internacional de Trabajo*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312327.

Entre los años 2000-2011 y 2014, se aprobaron tres protocolos que referían a la participación de los niños en los conflictos armados, a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, así como un procedimiento de comunicación que establecía la posibilidad de que la población menor de edad presentara directamente las denuncias relativas a la violación de sus derechos y que estas fueran investigadas[13].

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CRC POR SUS SIGLAS EN INGLÉS)[14]

Se trata de un órgano independiente que tiene como funciones:

1. Supervisar que los Estados parte apliquen la Convención de los Derechos del Niño y los protocolos facultativos de dicha Convención relativos a la participación de niños en conflictos armados (OPAC), a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil (OPSC) y, a partir de abril de 2014, al procedimiento de comunicaciones (OPIC).
2. Interpretar y publicar, a través de las observaciones generales, su postura sobre las disposiciones que atañen a los niños, las niñas y adolescentes.
3. Examinar los informes periódicos que rinden los Estados miembros que adoptaron los protocolos facultativos, así como las denuncias presentadas por la niñez, en el entendido de que deberán investigarlas cuando los actos denunciados sean graves.

Valga mencionar que, de acuerdo con la información publicada el sitio web de la ONU, al 2024 existen 27 observaciones generales a la Convención de los Derechos del Niño, de las cuales 26 están debidamente presentadas, mientras que la última, es decir, la n.° 27 sobre los derechos de los niños al acceso a la justicia y a recursos efectivos se encuentra en proceso de redacción, debido a que el periodo de convocatoria para presentaciones relativas a las contribuciones que los Estados pueden realizar cierra el 31 de diciembre del año en curso[15].

Las observaciones presentadas y adoptadas son las siguientes:

Observación general n.° 1	Los propósitos de la educación (2001)
Observación general n.° 2	El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la protección y promoción de los derechos del niño (2002)
Observación general n.° 3	El VIH/SIDA y los derechos del niño (2003)
Observación general n.° 4	La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003)
Observación general n.° 5	Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (2003)
Observación general n.° 6	Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005)

13 ¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño? *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/what-convention-rights-child.

14 Comité de los Derechos del Niño. *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc.

15 Observaciones Generales Comité de los Derechos del Niño. *Naciones Unidas*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/general-comments.

Volver al Índice

Observación general n.° 7	Aplicación de los derechos del niño en la primera infancia (2005)
Observación general n.° 8	El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (arts. 19, 28 párr. 2, 37, entre otros, 2006)
Observación general n.° 9	Los derechos de los niños con discapacidad (2006)
Observación general n.°10	Los derechos de los niños en la justicia de menores (2007)
Observación general n.° 11	Los niños indígenas y sus derechos en virtud del Convenio (2009)
Observación general n.° 12	El derecho del niño a ser escuchado (2009)
Observación general n.° 13	El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011)
Observación general n.°14	Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1, 2013)
Observación general n.°15	Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24, 2013)
Observación general n.°16	Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (2013)
Observación general n.° 17	Sobre el derecho del niño al descanso, al esparcimiento, al juego, a las actividades recreativas, a la vida cultural y a las artes (art. 31, 2013)
Observación general n.° 18	Sobre las prácticas nocivas y recomendación general n.º 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2019)
Observación general n.°19	Sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (art. 4, 2016)
Observación general n.° 20	Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (2016)
Observación general n.° 21	Sobre los niños en situación de calle (2017)
Observación general conjunta n.º 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n.º **22** de la Convención sobre los Derechos de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el Contexto de la Migración Internacional (2017)	
Observación general conjunta n.º 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n.º **23** de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (2017)	
Observación general n.° 24	Sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil (2019)
Observación general n.° 25	Los derechos del niño en relación con el entorno digital (2021)
Observación general n.° 26	Los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático (2023)

Nota: Elaboración propia con los datos disponibles en el sitio web de las Naciones Unidas.

Los contenidos de estas observaciones están disponibles en la base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas, sitio web del que se pueden descargar sus textos originales en inglés o sus respectivas traducciones al francés, español, árabe (العربية), ruso (русский) y chino (中文)[16].

COSTA RICA Y LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

Ahora bien, tal y como se indicó al inicio de este artículo, se considera que Costa Rica es un país latinoamericano pionero en materia de niñez. Su compromiso en la tutela y protección de los derechos que atañen a los niños, las niñas y adolescentes es notorio cuando se hace un recuento de las acciones que durante décadas se han ejecutado para ratificar convenios y protocolos internacionales e implementar normativa nacional que refuerce los derechos de esta población.

Este fin protector tiene un rango constitucional, y nuestra Carta Magna no es más que un marco de referencia ante la cantidad de instrumentos jurídicos promulgados que tienen este mismo objetivo.

Las personas menores de edad son el futuro del mundo, y su diversidad es un llamado de atención a la evolución y la constante demanda de adaptar las leyes a sus necesidades para procurar su desarrollo y el goce pleno de sus derechos. Esto es un pilar para garantizar su mejor interés.

Algunos ejemplos de este principio protector constitucional son los siguientes[17]:

El artículo 13 constitucional les otorga el **derecho a la nacionalidad costarricense** a las personas que nazcan en este territorio, a las que nazcan en el extranjero y sean hijos o hijas de costarricenses (siempre que su padre o madre solicite la inscripción en el Registro Civil, o bien, cuando ellas lo gestionen después de cumplir 25 años), a las que siendo hijos o hijas de personas extranjeras nazcan en Costa Rica y, por solicitud de su padre, madre o por decisión propia (cuando cumplan los 25 años), sean inscritas ante el Registro Civil y, finalmente, a las que sean encontradas en el territorio nacional y se desconozca su origen. Al efecto, el numeral 17, ibidem, señala:

> *La adquisición de la nacionalidad **trasciende a los hijos menores de edad**, conforme a la reglamentación establecida en la ley (lo resaltado no es del original).*

Por su parte, en el ordinal 53, ibidem, que sufrió una reforma el 16 de julio de 2019 para extender la protección estatal a la población con discapacidad (Ley N.° 9697), se indica expresamente:

> *La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, **tiene derecho a la protección especial del Estado**. Igualmente, **tendrán derecho a esa protección** la madre, **el niño y la niña**, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad (lo resaltado es propio).*

Sobre el tema de la filiación, la ley marca un trato igualitario entre los hijos y las hijas nacidos dentro del matrimonio y fuera de él, imponiendo que las personas progenitoras tengan las mismas obligaciones de las primeras respecto a las segundas. Esto resulta relevante, porque, además

16 Naciones Unidas. *Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas*. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11.

17 Constitución Política de Costa Rica. *Sistema Costarricense de Información Jurídica.* Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871.

Volver al Índice

de tutelar el derecho de toda persona a conocer quiénes son su padre y su madre, prohíbe cualquier clasificación personal respecto a la naturaleza de la filiación, lo que elimina la posibilidad de incurrir en un acto de discriminación (arts. 53 y 54, ibidem).

Asimismo, esta protección fue confiada en el Patronato Nacional de la Infancia (en adelante PANI) y en otras instituciones estatales que brindan la colaboración para cumplir con ese mandato constitucional (art. 55, Const. Pol.).

Por último, se mencionan el derecho a crecer y desarrollarse en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como el derecho de tener acceso a agua potable como recurso humano y el de acceder a la educación pública y gratuita desde preescolar hasta general básico y diversificada, entendiendo que el Estado también debe facilitar el acceso a la tecnología (arts. 50 y 78, ibidem).

ALGUNAS ACCIONES REALIZADAS A FAVOR DE LA NIÑEZ COSTARRICENSE

Patronato Nacional de la Infancia (en adelante, PANI)[18]

Esta institución fue creada el 15 de agosto de 1930, mediante la Ley N.° 39. En aquel entonces, el PANI dependía de la Secretaría de Previsión Social, y se estableció que "Su función principal es velar por la conservación, desarrollo, desenvolvimiento y defensa del niño, niña y adolescente, desde el ámbito moral, intelectual, físico y social". Inicialmente, su intervención se abocó a atender a personas menores de edad con tendencias delictivas, en situación de pobreza y con atención especial, lo que conllevó el surgimiento de agrupaciones sociales que protegían a la infancia. Su evolución social y jurídica permitió tres acontecimientos importantes:

El 28 de mayo de 1964, se promulga la Ley Orgánica del PANI que procuró modernizar la institución para atender las demandas sociales de la época.

En 1974, se crea el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, destinando "recursos económicos a programas y servicios de instituciones del Estado que tenían a cargo programas de ayuda social". Con esto, el PANI logra impulsar programas de desarrollo social y asistencia directa a la familia.

El 9 de diciembre de1996, se deroga la Ley Orgánica de 1964. Mediante la Ley N.°7648, se establece que el PANI es la institución rectora que atiende, protege, promociona y restaura los intereses y derechos de esta población en situación de vulnerabilidad. Para ese entonces, se incorporan modelos de atención integral con el objetivo de que las comunidades solucionen los problemas que inciden directamente en la niñez. Esta transformación es el resultado de que, en la Asamblea Nacional Constituyente del 49, se logre establecer por mandato constitucional que el PANI es una institución autónoma y se le delegue la obligación de asumir la protección de esta población.

Con esto, es importante reseñar que el PANI se rige por la doctrina de protección integral, y sus principios rectores son los siguientes[19]:

18 *Historia. Patronato Nacional de la Infancia*. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://pani.go.cr/sobre-el-pani/historia/.
19 *Historia. Patronato Nacional de la Infancia*. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://pani.go.cr/sobre-el-pani/.

- *El interés superior del niño y la niña por encima de cualesquiera otros intereses.*
- *La población de personas menores de 18 años son sujetos plenos de derechos y no de compasión y lástima.*
- *Los derechos son para toda la población de personas menores de 18 años y no sólo para los que están en situación difícil.*
- *El desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes da paso a la satisfacción de las necesidades.*
- *Todos los actores sociales son responsables en el cumplimiento de sus derecho [Sic].*

Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial

Mediante el Decreto N.° 1844, del 7 de marzo de 1955, se crea la primera oficina de Trabajo Social en el Poder Judicial. El actual paradigma y la transformación de sus funciones responden a la promulgación de normativa nacional y a la ratificación de diversos convenios internacionales en materia de protección de la niñez.

Entre sus antecedentes más relevantes, se pueden citar los siguientes: **a.** Su función principal estaba enfocada en la educación de "menores infractores". **b.** Surgió como consecuencia de la creación del primer Juzgado Tutelar de Menores e inició labores en la provincia de San José con un equipo de ocho profesionales. **c.** Su fundamento era la Doctrina de la Situación Irregular que, a su vez, sustentaba la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Estaba doctrina se basaba en "legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de dificultad al definir a la persona menor de edad como menor"[20]. **d**. En la década de los 90, con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, su paradigma cambió al adoptar la Doctrina de la Protección Integral, que estableció que las personas menores de edad son sujetos de derechos. **e.** En 1996, con la entrada en vigor de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la nomenclatura del Juzgado Tutelar de Menores se cambió a Juzgado Penal Juvenil, lo que permitió que esta oficina se independiza. **f.** El Consejo Superior aprobó varios cambios internos y estructurales, además de modificar su nombre a Departamento de Trabajo Social y Psicología. Esto permitió analizar las necesidades institucionales, abrir oficinas regionales en distintas partes del país e implementar programas de atención adicionales a la materia penal juvenil, incorporando los asuntos familiares, la "atención a las supuestas víctimas menores de edad que participan en un proceso judicial por delitos sexuales", el Centro Infantil, el equipo interdisciplinario, **niñez y adolescencia**, la atención de la violencia intrafamiliar, la ejecución de la pena y comisiones de otros despachos[21].

Actualmente, el departamento brinda servicios en Justicia Restaurativa y en el ámbito pericial. Este último abarca pericias sociales, psicológicas o psicosociales en áreas como familia, violencia doméstica, penal juvenil, pensiones (alimentarias, del Régimen No Contributivo, del Régimen del Poder Judicial, entre otras), atención a la violencia infanto-juvenil, personas ofendidas y/o imputadas en el ámbito penal. Además, cuenta con un equipo de respuesta rápida para la atención integral a víctimas de violación y delitos sexuales[22].

20 Gutiérrez Chavarría, María Luz. (2013). *Familia, Niñez y Adolescencia Aspectos Jurídicos Fundamentale*s. 1.a edición. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, pp. 96-98.

21 Antecedentes históricos del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial. (2005). *Revista Costarricense de Trabajo Social*. 17. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://revista.trabajosocial.or.cr/index.php/revista/article/view/86 y havaze,+4_pdfsam_revis+17 (1).pdf.

22 Servicios. *Departamento de Trabajo Social y Psicología*. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://trabajosocial.poder-judicial.go.cr/index.php/servicios.

Volver al Índice

Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez

En 1998, se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA), siendo la primera normativa nacional especializada en esta materia. Además de resguardar los derechos de las personas menores de edad e imponer obligaciones sociales y estatales, definió como "niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho" e instauró un sistema de equivalencias donde la condición de adolescente siempre prevalecía frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente (art. 2, CNA).

A través de este cuerpo legal, se constituye un **Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez** conformado por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, las instituciones gubernamentales y las organizaciones civiles que se encuentren representadas ante dicho Consejo, las juntas de protección de la infancia y los comités tutelares de los derechos de la niñez y la adolescencia (art. 169, CNA). Su finalidad es diseñar políticas y promover programas de ejecución que protejan integralmente los derechos de esta población en situación de vulnerabilidad.

En cuanto al **Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CNNA)**[23], su finalidad es formular y ejecutar políticas públicas que sean concordantes con la protección integral de los derechos de la niñez. El origen de sus funciones, la integración, organización y funcionamiento están regulados en el título IV, capítulo II, artículos 170 al 178 y, más adelante, a partir del 2018, en el Reglamento del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, publicado en La Gaceta n.° 227 del 6 de diciembre de ese año y modificado por medio del Decreto n.°42549-MP del 30 de junio de 2020.

Actualmente, este Consejo cuenta con cinco comisiones especiales de trabajo que le brindan apoyo técnico, las cuales son: el Comité Técnico Asesor del CNNA, la Comisión Nacional de Prevención y Atención Integral del Consumo de Sustancias Psicoactivas en Personas Menores de Edad (CONASPE), la Comisión Nacional contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (CONACOES), la Comisión Nacional de Subsistemas Locales de Protección a la Niñez y la Adolescencia y la Comisión Interinstitucional de Seguimiento a las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia

La primera vez que se hizo referencia a una sección o área especializada en materia de niñez fue en 1998, con la promulgación del CNA (Ley N.° 7739)[24]. Esta visión fue tripartita al abarcar el ámbito jurídico, el social y el psicológico, debido a que el espíritu de la persona legisladora estaba enfocado en la conformación de un equipo interdisciplinario y de un juzgado especializado que atendiera en estos asuntos.

Concretamente, el Transitorio II de este cuerpo normativo ordenó:

> *El Poder Judicial **instalará** en el menor plazo posible, **los equipos disciplinarios** adscritos a los juzgados de familia y demás órganos judiciales que conozcan*

23 *¿Qué es el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia?* Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia. Actualizado en febrero de 2023. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://cnna.go.cr/que-es-el-cnna/.

24 *Código de la Niñez y la Adolescencia. Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Accedido el 8 de diciembre de 2024. http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=1&nValor1=1&nValor2=43077&lResultado=4&strSelect=sel.

> *de los asuntos relativos a las personas menores de edad. Después de los primeros seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley,* ***deberá contarse****, como mínimo,* ***con un equipo interdisciplinario*** *exclusivo para atender a esta población y prestar apoyo a las autoridades judiciales que lo requieran. Asimismo, procurará fortalecer, los juzgados de familia, con personal especializado en personas menores de edad y* ***designará, con carácter preferente, un juzgado de familia, de niñez y adolescencia, en la provincia de San José (lo resaltado es propio****).*

Ante esta disposición, mediante la sesión n.° 22-2000 del 16 de mayo de 2000 y después de conocer un informe rendido por el Departamento de Planificación, la Corte Plena se decantó por crear una Sección Especializada dentro del Juzgado Primero de Familia del I Circuito Judicial de San José que conociera los procesos de esta naturaleza que eran competencia de Desamparados, los Hatillos y los Circuitos Judiciales Primero y Segundo de San José. Además, fijó el compromiso institucional de independizar esta jurisdicción conforme está regulada en el CNA[25].

Esto fue ejecutado y, años más tarde (2002), se aprobó la Ley de Creación del Juzgado Penal de Garabito, el Juzgado Penal de Talamanca y el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José, N.° 8411, la cual, en su ordinal 4, formalmente estableció "Créase el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia, con competencia en toda la provincia de San José"[26]. Esta disposición provocó una serie de discusiones e interpretaciones sobre la competencia material de otros despachos ubicados en San José para conocer los procesos de niñez, ya que se interpretaba que únicamente este juzgado especializado podía resolverlos.

En un criterio técnico-jurídico emitido por la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) el 3 de marzo de 2006, quedaron expuestas estas discrepancias. En esa oportunidad, se solicitó una opinión jurídica sobre el Proyecto de Ley Reforma al Artículo 4 de la Ley de Creación del Juzgado Penal de Garabito, el Juzgado Penal de Talamanca y el Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia de San José, Ley N.° 8411, el cual se impulsó para excluir al cantón de Pérez Zeledón de la competencia territorial que se le otorgó al Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia. La PGR mencionó:

> *Lo que ha ocurrido en la práctica con la creación del Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José, difiere mucho de la interpretación que dio el Tribunal de Familia al espíritu del legislador, y que nosotros compartimos, ya que el nuevo Juzgado creado por Ley N° 8411, absorbió todas las competencias en materia de Niñez y Adolescencia de toda la provincia, declarándose en consecuencia incompetentes los demás jueces de familia de San José, incluidos los de Pérez Zeledón, para conocer de los asuntos de la niñez y la adolescencia -como hasta antes de la creación de dicho juzgado lo venían realizando-.* ***Si bien es cierto, la ley es omisa en la descripción de las competencias que posee el Juzgado de***

25 *Acta de Corte Plena n.° 022-2000. Nexus PJ.* Accedido el 6 de diciembre de 2024. *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/act-1-0003-670-23/acta.*

26 *Ley de Creación del Juzgado Penal de Garabito, el Juzgado Penal de Talamanca y el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José, N.° 8411. Sistema Costarricense de Información Jurídica.* Accedido el 6 de diciembre de 2024. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=52799&nValor3=57390.

Volver al Índice

> ***Familia, Niñez y Adolescencia de San José, el Tribunal de Familia las ha venido estableciendo, en dos líneas jurisprudenciale****s; la primera que fue externada en sentencia número 1199 de las once horas y cincuenta minutos del 15 de julio de 2004, que* ***interpreta como fundamental para definir la competencia, quién es el actor del proceso*** *y la segunda que se establece en sentencia número 251 de las ocho y treinta minutos del 3 de marzo del 2005, que indica que "****el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia no define su competencia por la persona o ente actor sino más bien por la pretensión****". A pesar de no existir uniformidad de criterio al respecto, lo cierto es que el Juzgado de Familia de Pérez Zeledón, actualmente no posee competencia para conocer de los asuntos en materia de niñez y adolescencia correspondientes a su cantón, porque la competencia la posee el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de San José (lo resaltado es propio)[27].*

En cuanto a esto, en el año 2018, mediante la sesión 40-18, la Corte Plena emitió la circular n.° 131-18 denominada Competencia del Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia, donde dispuso que este despacho debía conocer:

a. Los procesos especiales de protección a la niñez y la adolescencia, así como los asuntos señalados en el artículo 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia. También las tutelas, los depósitos de personas menores de edad, la declaratoria de abandono, la adopción de esta población, la utilidad y necesidad (dependiendo de si se trata de los intereses de una persona menor de edad o no). ***b.*** Aquellos asuntos en los que se solicita una protección especial para el niño o la niña como las suspensiones o extinciones de la responsabilidad parental contra las personas progenitoras (no entre ellas). **c.** Las Adopciones Internacionales y los procesos de Restitución Internacional de Personas Menores de Edad. Esto, evidentemente, delegó en los Juzgados de Familia los procesos gestionados entre el padre y la madre de la persona menor de edad relacionados con los conflictos de la responsabilidad parental, las salidas del país, la guarda, crianza y educación, las visitas, entre otros[28].

Actualmente, con la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, el artículo 106 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial sumó a esta competencia lo siguiente[29]:

Los juzgados de Niñez y Adolescencia conocerán de: 1) Los procesos resolutivos familiares y la ejecución de sentencia proveniente de ellos, tratándose de pretensiones de oposición a la adopción, de oposición a la declaratoria de adaptabilidad en sede administrativa, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la pérdida de responsabilidad parental, con petición o no de adaptabilidad. 2) Las diligencias de protección cautelar referidas a personas menores de edad. 3) Los procesos relativos a la adopción de personas menores de edad y su oposición. 4) Los asuntos de petición unilateral de nombramiento de personas depositarias para personas menores de edad y de nombramiento de personas tutoras para personas menores de edad.

---

27 Opinión jurídica: 026-J. *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Accedido el 6 de diciembre de 2024. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param6=1&nDictamen=13701.

28 *Competencia del Juzgado Familia, de Niñez y Adolescencia.* Circular n.°131-18. Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=88225&nValor3=115218.

29 *Ley Orgánica del Poder Judicial (1937). Sistema Costarricense de Información Jurídica*. Accedido el 7 de diciembre de 2024. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635.

5) La diligencia de comunicación que establece el artículo 32 de la Ley N.º 7739, Código de la Niñez y la Adolescencia, de 6 de enero de 1998. 6) Los procedimientos de restitución internacional de personas menores de edad, de adopción internacional y los demás de aplicación de convenios internacionales relativos a materia de niñez y adolescencia. ***Los procedimientos establecidos en el inciso 6) deberán ser conocidos, exclusivamente, en los juzgados de Niñez y Adolescencia del Primer Circuito Judicial de San José. En los lugares en los cuales no exista este despacho, la competencia de estas materias corresponderá al Juzgado de Familia. (Lo resaltado es propio***).

Subcomisión para la Niñez y Adolescencia[30]

El Poder Judicial tiene una postura protectora y garantista de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Por ello, ha asumido compromisos en la aprobación, el dictado y la ejecución de directrices, circulares y políticas institucionales relacionadas con este tema.

Uno de sus antecedentes más palpables se da en el 2008 con la aprobación de las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en *Condición de Vulnerabilidad* por parte de Corte Plena en su sesión n.° 17-2008, artículo II, del 26 de mayo de ese mismo año (estas reglas fueron actualizadas y modificadas en su sesión n.°36-2019, artículo XXIV, del 26 de agosto de 2019).

Esto repercutió positivamente y propició que se crearan una Comisión de Acceso a la Justicia y nueve subcomisiones especializadas en personas adultas mayores, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, población LGTBIQ+, personas migrantes y refugiadas, personas privadas de libertad, pueblos indígenas, ***población de niñez y adolescencia*** y penal juvenil, sumadas a que se implementara una *Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica.*

De manera muy somera, se debe mencionar que la Comisión antes mencionada tiene como finalidad "diseñar políticas y lineamientos institucionales para mejorar el acceso a la justicia de estas poblaciones". Es el órgano rector del Poder Judicial especializado en materia de acceso a la justicia de estas poblaciones y, desde el año 2011, es regido por un órgano técnico denominado Unidad de Acceso a la Justicia que vela por incorporar la perspectiva de las personas en condición de vulnerabilidad e implementar acciones que mejoren ese acceso.

Ahora bien, respecto a la ***Subcomisión para la Niñez y Adolescencia***, se puede afirmar que su integración es interinstitucional e interdisciplinaria, ya que, en su integración, está representados el Tribunal de Familia, el Juzgado de Familia, de Niñez y Adolescencia, la Unidad de Acceso a la Justicia, el Consejo Superior, la Contraloría de Servicios, el Ministerio Público, la Comisión de Violencia, la Defensa Pública, el Departamento de Trabajo Social y Psicología, el PANI y la Defensoría de los Habitantes.

También es imprescindible resaltar el trabajo comprometido que, por más de una década, ha realizado la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (Conamaj), con el único objetivo de informar y educar a la comunidad jurídica y, en general, sobre la protección sin ningún tipo de discriminación de los derechos de las personas menores de edad. Estos esfuerzos institucionales, que se vienen reforzando desde que se celebró la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Presidentes de

30 Poder Judicial. Subcomisión para la Niñez y Adolescencia. *Comisión de Acceso a la Justicia*. Accedido el 9 de diciembre de 2024. https://accesoalajusticia.poder-judicial.go.cr/index.php/subcomisiones/ninez-y-adolescencia.

Volver al Índice

Cortes Supremas de Justicia y los Consejos de Magistraturas de Iberoamericanas en Brasilia, se intensificaron cuando la Comanaj creó en el 2010 una política que involucra a las jurisdicciones de niñez y adolescencia, familia, violencia doméstica, pensiones alimentarias, contencioso-administrativa, constitucional, laboral, civil, agraria y penal, y que fue aprobada por la Corte Plena en la sesión n.° 34-10 del 29 de noviembre de 2010.

Este documento, que corresponde a la Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica[31], tiene una robusta estructura que abarca cinco enfoques: **1**. Derechos humanos. **2**. No discriminación. **3**. Interés superior de la persona menor de edad. **4**. Participación de la persona menor de edad. **5**. Género.

Además, se rige por siete lineamientos estratégicos: **a**. Información. **b**. Agilidad de las actuaciones judiciales. **c**. Participación de las personas menores de edad en toda etapa del proceso judicial. **d**. Protección de los derechos de las personas menores de edad que intervienen en los procesos judiciales. **e**. Asistencia técnico-jurídica especializada en materia de niñez y adolescencia. **f**. Justicia restaurativa y resolución alterna de conflictos. **g**. Compresión de los actos y actuaciones judiciales.

Aunado a lo anterior, su implementación abarca seis etapas: **1**. Capacitación y sensibilización a funcionarios y funcionarias (la visión es integral, de manera que no solo se sensibilice y capacite a la población judicial, sino también a la comunidad jurídica y general que tratan asuntos relacionados con personas menores de edad). **2**. Coordinación interinstitucional (Poder Judicial, juzgados especializados, PANI y otras instituciones que estén relacionadas con esta materia). **3**. Revisión y adecuación de los modelos de gestión judicial a la política (la finalidad es identificar puntos de mejora y eliminar las dificultades en el acceso a la justicia). **4**. Creación de una secretaría especializada en temas de niñez y adolescencia (dentro de sus funciones más relevantes está brindar información a los niños, las niñas y adolescentes sobre sus derechos e implementar acciones para difundir estas políticas institucionales, así como información atinente a los derechos de esta población). **5**. Prioridad institucional y dotación de recursos (educación a la población judicial sobre la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia) y **6**. Monitoreo de la implementación de la política (revisión anual).

Política Nacional de la Niñez y la Adolescencia 2024-2036

En el presente año, se dictó la Política Nacional de la Niñez y la Adolescencia 2024-2036 de Costa Rica (PNNA). En este documento, se realiza una compilación de información que abarca desde la normativa internacional asumida por nuestro país hasta la normativa nacional promulgada en pro de los derechos de la niñez. Además, contiene estadísticas sobre las intervenciones ya realizadas y las acciones que se deben ejecutar en pro de estas personas. Esta política:

> *es el marco orientador de las intervenciones públicas del Estado* ***dirigidas a la promoción, defensa y garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia para los próximos trece años****, resultado de un proceso de formulación participativa con*

31 Circular n.º 2-15, Reiteración de la circular n.° 63 11 sobre "*Política Judicial dirigida al Mejoramiento del Acceso a la Justicia de las Niñas, Niños y Adolescentes en Costa Rica*". Subcomisión para la Niñez y la Adolescencia. Accedido el 9 de diciembre de 2024. file:///C:/Users/Ru/Downloads/Circular%20N%2082-15.pdf.

personas menores de edad como centro del proceso, la academia, la sociedad civil y las instituciones, en cada una de sus etapas. (Lo resaltado es propio)[32].

Normativa adoptada por Costa Rica en defensa de la niñez

A continuación, se presentan dos tablas que contienen normativa internacional y nacional que se estima que es la más relevante, adoptada por nuestro país en defensa de la población menor de edad:

Normativa internacional:

Ratificación	
1969	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
1948	Declaración de los Derechos Humanos (1948)
1968	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
1968	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
1968	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1968)
1969-1970	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969)
1976	Convenio sobre la edad mínima (Convenio 138 de la OIT) (1973)
1984-1985	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979)
1998	Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980)
1985	Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (1985)
1999	Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador (1988)
1998	Segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1989)
1990	Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
1992	Convenio n.°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989)
1995	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem do Pará” (1994)
2001	Convenio 182 de la Organización Internacional de Trabajo. La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y acciones inmediatas para su eliminación (1999)
2001	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000)
2001	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000)

32 *Política Nacional de la Niñez y la Adolescencia 2024-2036 de Costa Rica (PNNA). Patronato Nacional de la Infancia*. Accedido el 5 de diciembre de 2024. https://cnna.go.cr/politica-nacional-para-la-ninez-y-la-adolescencia/.

Volver al Índice

2003	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, Italia, 2000)
2003	Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, Italia, 2000)
2001	Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (2001)
2007	Convención Iberoamericana de derechos de los jóvenes (2005)
2014	Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011)
2013	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño: Protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011)

Nota: Elaboración propia con los datos brindados por el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Patronato Nacional de la Infancia.

Normativa nacional

Promulgación	
1949	Constitución Política (Carta Magna)
1957	Ley Fundamental de Educación
1973	Ley General de Salud
1973-1974	Código de Familia (Ley N.° 5476)
1989	Código Procesal Civil (Ley N.° 7130, actualmente derogado)
1990	Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley N.° 7142)
1994	Ley de Fomento de la Lactancia Materna (Ley N.° 7430)
1994	Ley de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impresos (Ley N.° 7440)
1995	Ley contra el Hostigamiento Sexual o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia (Ley N.° 7476)
1995	Ley de Armas y Explosivos (Ley N.° 7530)
1995	Reforma Código Familia, Ley Orgánica del Patronato Nacional Infancia, Ley General Migración y Extranjería, Ley Orgánica del TSE y Registro Civil y Código Penal para Regular la Adopción de Personas (Ley N.° 7538)
1996	Ley de Justicia Penal Juvenil (Ley N.° 7576)
1996	Ley contra la Violencia Doméstica (Ley N.° 7586, reformada en el año 2011)
1996	Regula horario funcionamiento expendios bebidas alcohólicas: licores, reforma Código Electoral y deroga artículos de la Ley sobre Venta de Licores (Ley N.° 7633)
1996	Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (Ley N.° 7648)
1996	Ley de Pensiones Alimentarias (Ley N.° 7654, actualmente derogada)
1997, 1999	Ley de Tarjeta de identidad para costarricenses de doce a dieciocho años (Ley de Identificación de Menores, Ley N.°7688)

1997, 1998	Ley General de Protección a la Madre Adolescente (Ley N.° 7735)
1998	Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N.° 7739)
1999	Ley contra la Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad (Ley N.° 7899)
2000	Ley General de Centros de Atención Integral (Ley N.° 8017)
2001	Ley de Paternidad Responsable (Ley N.° 8101)
2001	Ley Nacional de Vacunación (Ley N.° 8111)
2002	Ley General de la Persona Joven (Ley N.° 8261)
2005	Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles (Ley N.° 8460)
2007	Reforma artículos 14 y 64 Código Familia, el artículo 38 Código Civil, el artículo 181 Código Penal y derogación del inciso 3) del artículo 15, el artículo 19 y el inciso c) del artículo 65 Código Familia para impedir el Matrimonio de Menores de 15 años (Ley N.° 8571)
2007	Fortalecimiento de la lucha contra la explotación sexual de las personas menores de edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley N.º 4573, y reforma de varios artículos del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594 (Ley N.° 8590)
2008	Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes a la Disciplina sin Castigo Físico ni Trato Humillante (Ley N.° 8654)
2009, 2010	Ley General de Migración y Extranjería (Ley N.° 8764)
2010	Creación de la Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y de Centros Infantiles de Atención Integral (Ley N.° 8809)
2010	Modificación del Código de la Niñez y la Adolescencia, Protección de los Derechos de las Personas Adolescentes en el Trabajo Doméstico (Ley N.° 8842)
2011	Prohibición del Trabajo Peligroso e Insalubre para Personas Adolescentes Trabajadoras (Ley N.° 8922)
2011	Protección de la niñez y la adolescencia frente al contenido nocivo de Internet y otros medios electrónicos (Ley N.° 8934)
2011	Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales (Ley N.° 8968)
2014	Crea la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil (Ley N.° 9220)
2016	Reforma Procesal Laboral (Ley N.° 9343)
2016	Ley para Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad (Ley N.° 9379)
2016	Ley para la prevención y el establecimiento de medidas correctivas y formativas frente al acoso escolar o “bullying” (Ley N.° 9404)
2016	Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil, y Código Civil, conocida como Ley de Relaciones Impropias (Ley N.° 9406)

Volver al Índice

2018	Ley de Justicia Restaurativa (Ley N.° 9582)
2019	Ley de Derecho al Tiempo, reforma Código Penal para ampliar el plazo de prescripción de la acción penal en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva (Ley N.° 9685)
2019, 2024	Código Procesal de Familia (Ley N.° 9747) y sus reformas (Ley N.° 10558)
2019	Ley General sobre el VIH SIDA (Ley N.° 9797)
2019	Ley Régimen de Interrelación Familiar (Ley N.° 9781)
2020	Reforma Código Procesal Penal (Ley N.° 9826)
2021	Ley para la Reactivación y Reforzamiento de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil (Ley N.° 9941)
2021	Ley para prevenir la revictimización y garantizar los derechos de las personas menores de edad en el Sistema Educativo Costarricense (Ley N.° 9999)
2021	Ley para la prevención del acoso a personas menores de edad por medios electrónicos o virtuales (GROOMING) y reformas al Código Penal (Ley N.° 10020)
2022	Ley para el fortalecimiento de facilidades comunales y programas sociales municipales (Ley N.° 10163)
2022	Reforma varias leyes para el reconocimiento de derechos a madres y padres de crianza (Ley N.° 10166)
2022	Ley de protección de la imagen, la voz y los datos personales de las personas menores de edad (Ley N.° 10238)
2024	Política Nacional de la Niñez y la Adolescencia 2024-2036

Nota: Elaboración propia con los datos brindados por el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI), el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia y el Patronato Nacional de la Infancia.

En este sentido, la suscrita estima que es importante mencionar que la Unicef Costa Rica resaltó que las acciones implementadas en nuestro país en el último siglo han permitido garantizar el acceso a la salud y a la educación y, además, proteger integralmente los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, en virtud de que se han brindado oportunidades a esta población, incluso sin importar su estatus migratorio. Eso sí, se considera que el reto vigente continúa siendo la reducción de la desigualdad social, la explotación sexual y la pobreza infantil[33].

Gracias a este recorrido histórico, tanto nacional como internacional, se puede concluir que, en el último siglo, los Estados, incluida Costa Rica, han asumido un compromiso real con la protección integral de los derechos de las personas menores de edad. Este compromiso se refleja en la promulgación de normas y en la creación de instituciones, oficinas y programas especializados, cuyo eje central es la garantía y tutela de estos derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño constituye el cimiento de una sociedad que debe mantenerse alerta y responsable para garantizar el desarrollo pleno, saludable y equilibrado de esta población.

33 Comunicado de prensa: *Unicef reconoce avances históricos de Costa Rica en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia. Unicef Costa Rica*. Actualizado el 22 de noviembre de 2024. Accedido el 6 de diciembre de 2024. https://www.unicef.org/costarica/comunicados-prensa/unicef-reconoce-avances-hist%C3%B3ricos-de-costa-rica-en-la-protecci%C3%B3n-de-los.

Entrevista

Volver al Índice

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 138, págs 231 - 235, ISSN 2215-2385 / Diciembre 2024

ENTREVISTA A LA LICDA. MAYRA HELENA TRIGUEROS BRENES

Entrevista realizada por la Licda. Ruth Alemán Sánchez.

La Licda. Mayra Trigueros Brenes es una funcionaria judicial de muchísima experiencia. Su vocación por el servicio la llevó inesperadamente a estudiar Derecho y decantarse por la materia de familia. Actualmente, es jueza de pensiones alimentarias, así como facilitadora y especialista en contenido de la Escuela Judicial.

Su contribución a la comunidad jurídica costarricense es muy significativa, ya que además de ser conferencista, es autora de la *Guía para la ejecución de deudas líquidas en los procesos alimentarios y familiares regulados en el Código Procesal de Familia* y es coautora de la *Guía práctica para la realización de las audiencias orales del Código Procesal de Familia* y del artículo *Novedades del Código Procesal de Familia.*

En esta entrevista, nos recuerda la importancia de que como personas funcionarias judiciales tomemos conciencia de la gran responsabilidad que tenemos al conocer y resolver situaciones que tocan las fibras más sensibles de una persona: la familia. Además, nos incentiva a seguir capacitándonos y a desarrollar habilidades blandas para lograr soluciones más adecuadas en pro del mejor interés de cada familia que acude a los tribunales de justicia.

Doña Mayra, muchas gracias por aceptar esta entrevista para compartirnos un poco de usted, su trayectoria y experiencia con la aplicación del Código Procesal de Familia que entró en vigor el 1.° de octubre del presente año.

Volver al Índice

Para empezar, me gustaría que nos contara ¿quién es Mayra?

¿Quién es Mayra? Mayra es una madre, es una abuela, es una esposa, es una persona. Eso es Mayra. Lo demás son añadiduras y agregados que se van poniendo por la vida, pero no son Mayra. Mayra es lo que me define y Mayra es lo que dije.

Doña Mayra, por conocimiento personal y también laboral, sé de su amplia experiencia judicial y cómo su trabajo ha impactado a otras personas de gran trayectoria y a las que nos encontramos incursionando en esta carrera. Por esa razón, quiero preguntarle si ¿hay algún momento concreto que haya marcado un antes y un después en su vida, de manera que le permitiera comprender la justicia de una forma diferente?

Creo que hay muchos momentos y muchas circunstancias, pero si queremos buscar un génesis, yo diría que es en el momento en el que Dios me pone a estudiar Derecho. He de contarle que mi formación profesional inicial no era Derecho, sino Administración de Empresas con énfasis en Recursos Humanos, porque creía que ahí estaba mi vocación. Incluso, siempre decía que tenía la ilusión de ser gerente de recursos humanos de una fábrica, y cuando me preguntaban ¿por qué de una fábrica? Decía: "porque ahí es donde hay la mayor variedad de personalidades y donde yo puedo ayudar". Creía que eso era, pero de un momento a otro, en el año 2004, se da un giro importante a nivel personal y profesional, y decido estudiar Derecho. Tenía más de 30 años, me parece que 33-35 años. Ahí es donde definitivamente encuentro mi vocación y encuentro el significado de justicia. La justicia que anhelo transmitir es una justicia con rostro humano, pero también con particularidades femeninas. Entonces, creo que ese es el génesis: cuando decido cambiar de carrera.

¿Tuvo alguna persona referente?

Muchas. La primera que tengo que decir es doña María Ester Brenes Villalobos, desde un punto de vista personal y profesional, y después las compañeras con las que he hecho más que una relación de colegas o de trabajo, aquellas con las que he forjado una amistad más profunda. Sin embargo, puntualizando su pregunta, el nombre referencial es doña María Ester por su liderazgo humanizado, su sentido de sororidad, su habilidad y capacidad para enseñar y formar, así como su lucha incansable por la igualdad.

La carrera de Derecho ha sido "diseñada por y para hombres", al menos este es el concepto histórico que existió. Esto me lleva a preguntarle, desde una perspectiva de género, ¿cuáles son los retos profesionales que ha vivido? y ¿qué es lo que usted considera que es importante para que una mujer decida iniciar una carrera en la Judicatura?

Creo que los retos de esta visión de género, como mujer, pueden ser los mismos para quien decide estudiar costura o pintar uñas o para quienes nos decidimos por el ámbito del derecho o la medicina. Es luchar con los patrones de crianza y los sentidos de culpa que se nos han impuesto sobre nuestros hombros, porque no es fácil ser madre, ser esposa, ser funcionaria judicial y estudiar una carrera que no basta con la formación universitaria, porque luego hay que especializarse. Y es que prepararse para un examen de la Judicatura lleva años de lectura y estudio, y ese tiempo hay que restarlo a otros ámbitos. Entonces, el principal reto son esos roles que existen.

Ante su segunda pregunta, me voy a permitirle agregar algo más compañera Ruth, y es escribir, porque las mujeres tenemos mucho que decir y mucho que aportar e investigar. Necesitamos una red de apoyo sólida, un grupo familiar que

Volver al Índice

no solo crea en nosotras, sino que también esté dispuesta a colaborarnos en estas labores que le contaba y que también crea en el proyecto. En este aspecto, definitivamente tengo que agradecer a Dios por el esposo que tengo, quien no solo me ha impulsado, sino que ha creído en mí y que, cuando yo no he podido cumplir con alguno de esos otros ámbitos, me ha dicho: "Yo lo hago, no se preocupe, usted dedíquese a lo que está haciendo". Entonces, diría que necesitamos una red de apoyo que puede ser la familia, creo que sería la primera, pero también aquellas amigas o compañeras que crean en mí, en mi proyecto, en lo que estoy formando y, cuando incluso me quiero autosabotear o invadirme el síndrome del impostor, me levantan y me apoyan.

Hablando de todo ese trabajo que hay detrás, en un plano más laboral: usted ha impartido muchas charlas y, en ellas, ha comentado que el Código Procesal de Familia supone un hito muy importante para la comunidad jurídica, porque impone a quienes ejercen o hemos ejercido la judicatura nuevas obligaciones y deberes con el servicio público (específicamente, me refiero al tema de la autopostulación). Así que quiero preguntarle ¿cuáles han sido los principales desafíos y oportunidades que la reforma ha traído, no solo desde el punto de vista de persona juzgadora, sino también lo que usted ha podido palpar en las personas litigantes?

Efectivamente, he tenido la gran oportunidad, desde el 2020 hasta ahorita, de participar en todo el proceso formativo de capacitación al personal técnico y personas juzgadoras e, incluso, en otros foros que he sido invitada. Desde aquel momento, cuando hablábamos de la autopostulación, hablábamos de los retos que nos confronta con temas de comunicación, de lenguaje verbal y no verbal y de lenguaje no adversarial. De manera personal, he tratado de poner mucho empeño en este tema (del lenguaje no adversarial), porque tener al frente una persona que no conoce del derecho, cuando tenemos un sistema procesal que, si bien pretende ser flexible y adaptable, lo cierto del caso es que trae una serie de institutos porque es un sistema procesal, tener a una persona que no conoce de esto como son las personas que se hacen llegar al proceso sin asesoría letrada, debemos sumarle la carga emocional que representan los procesos familiares. Y es que me voy a permitir decir una frase que la he dicho en muchas capacitaciones: "no estamos hablando de chayotes ni manzanas", estamos hablando de aquello que toca las fibras más importantes de una persona. Entonces, si teniendo conocimiento, enfrentar un proceso familiar me puede bloquear por la carga emocional que tiene, se agrava la situación si no tengo conocimiento jurídico. Esto lo repetimos desde el 2020 hasta el primero de octubre cuando entró el Código, como una visión de lo que podía pasar y que he confirmado cuando entró en vigencia.

Efectivamente, es un reto poder transformar el artículo 62 del Código Procesal de Familia en una realidad. El artículo 62 nos dice que debemos utilizar un lenguaje sencillo, informal, comprensible, no técnico y sin lenguaje adversarial, y lograr esto en la práctica no ha sido fácil y que no lo va a hacer. Necesitamos más tiempo para reinventarnos y poner más empeño porque esto no se trata de "si me entendió, bueno, y si no me entendió, también". Tenemos que buscar otras formas de comunicación y otras formas para explicar las cosas. Creo que también he tenido la oportunidad o la mala experiencia de ver profesionales que no se capacitaron y ahora se enfrentan a la autopostulación y no están debidamente preparados en esta simple área de la que estoy hablando: comunicar y transmitir, porque puedo tener mucha información en mi cabeza, pero si no sé comunicarla y no logro que el otro me entienda, de nada sirvió. Entonces algunos se han visto en problemas y otros seguimos aprendiendo e, incluso, desaprendiendo en temas de lenguaje no adversarial.

Volver al Índice

Ahora bien, en este punto histórico con el Código ya implementado, ¿usted cree que el sistema judicial está preparado para enfrentar estos nuevos desafíos sociales o le falta preparación?

El Poder Judicial se interesó por trabajar en la capacitación. Debo reconocer y, en esta entrevista, lo hago, la labor de la Escuela Judicial y, en particular, de la gestora de capacitación de materia familiar y la reforma, la licenciada Francia León, porque se interesó de que todas las personas recibieran capacitación. Entonces, sí nos hemos capacitado, y lo que le podría decir es que yo creí que la curva de aprendizaje iba a ser más corta, supuse desde la teoría que esta curva de aprendizaje iba a ser de 3, 4 o 6 meses. Pero siendo sincera conmigo misma y ya poniendo en práctica el Código y viéndome a mí primero en una autocrítica y luego viendo el entorno, creo que la curva de aprendizaje va a ser mayor. Necesitamos más capacitación, definitivamente.

Desde el punto de vista de su despacho, el Juzgado de Pensiones Alimentarias del I Circuito Judicial de Alajuela, ¿los retos que ustedes habían anticipado se concretaron o surgieron nuevos? ¿Sucedió lo que ustedes pensaron?

Tomando como nicho al Juzgado de Pensiones de Alajuela, a quien también hago un guiño en esta entrevista, he de decir que nos preparamos con mucha responsabilidad. Hicimos muchos consejos de jueces, formales e informales, y reuniones pensando en ¿cómo movíamos todas las piezas? ¿Cómo hacíamos? ¿Cómo lográbamos que la agenda nos diera con el personal técnico y judicial que tenemos para lograr los ideales del Código? que no son sencillos, tal como la audiencia previa en diez días y resolver oposiciones en quince días hábiles. Fue mucho, mucho trabajo el que hicimos y hasta ahorita lo hemos logrado. Entonces, creo que esa preparación, esas reuniones y negociaciones y ponerle mucha cabeza, y no solo dejarle esta responsabilidad a la licenciada María del Rocío como jueza coordinadora, sino pensando entre todos y todas ¿cómo lo hacemos? lo logramos.
Luego, también surgieron otros retos que no esperábamos: la audiencia única para los procesos de modificación verdaderamente es un reto, aunque usted se haya capacitado y haya hecho muchas simulaciones. Creo que seguirá siendo una cajita de Pandora y que será parte de por qué esta curva de aprendizaje es mayor de lo que yo pensaba.

También nos sorprendimos en otras: creímos en algún momento que la avalancha de oposiciones nos podía ahogar, y resulta que no ha sido así y estoy hablando como usted me lo pidió: contextualizando en el Juzgado de Pensiones de Alajuela. Sabíamos que tenemos un muy buen índice de conciliación, pero nos hemos pulido todavía más, y entonces el índice de conciliaciones ha sido muy amplio, lo que implica que no haya una ola de oposiciones.

Con las sentencias anticipadas que hemos dictado, la gente se ha quedado bastante conforme con ellas, y las suposiciones no eran la ola que creía que nos iba a inundar. Eso no lo esperábamos, lo teníamos como un ideal. Queríamos que la gente quedara satisfecha con estas sentencias anticipadas, sabiendo que puede haber oposiciones porque es un recurso del derecho de defensa. Pero ha sido mejor, nos ha sorprendido mejor en ese aspecto, lo cual colabora a que la agenda no se sature y que, con los recursos que tenemos, podamos seguir cumpliendo con los ideales de los plazos.

Volver al Índice

Muchas gracias, doña Mayra. Quisiera cerrar esta entrevista preguntándole si ¿hay algo que usted desee aportarnos o si podría darnos un mensaje final?

En el contexto de todas estas preguntas, quisiera recordar al Dr. Diego Benavides Santos y aquellos dos elementos que él en todos sus trabajos y entrevistas nos ha hablado, y que a veces nos parecen un ideal y es difícil traer a la práctica, y esto es la contextualización y la armonización. Efectivamente, cada familia es particular, pero queremos familias sanas y libres de violencia. No importa si los martes comemos pasta u otra familia decide que la pasta no es apropiada; pero todas en un ámbito de respeto y en donde podamos verdaderamente ser nuestro lugar seguro. Y en eso contribuye el derecho de familia y, para ello, tenemos que aprender a poner en práctica estos dos conceptos tan elevados como son contextualizar, de acuerdo con cada grupo familiar, y armonizar ¿con qué?, con los ideales de la familia.

Además, algo que he venido repitiendo en diversos foros y es la inversión que debemos hacer, creo que autodidacta, es fortalecer las habilidades blandas. El derecho es una ciencia donde la fortaleza es la habilidad dura, esa es la materia prima: el leer, el conocer doctrina, el conocer jurisprudencia, el conocer el ordenamiento jurídico y sus modificaciones, y desde las facultades, poco se trabaja en las habilidades blandas como el trabajo en equipo que tanto nos hace falta en nuestra institución y en las mismas audiencias. Si deseamos aplicar este principio de interdisciplinariedad o multidisciplinariedad, necesitamos profesionales en Derecho con habilidades blandas de trabajo en equipo, de comunicación, de comunicación asertiva y todo lo que lo que esto puede representar.

Ese sería mi mensaje: necesitamos no ser islas si queremos impactar a las familias. Si queremos sacar un expediente, podemos seguir trabajando como lo hemos hecho, pero si queremos soluciones integrales, protección integral y cumplir los ideales de la familia, necesitamos mirar hacia otro lado.

Volver al Índice

Reseña de Libros e Investigaciones

Volver al Índice

RESEÑA DE LIBROS

El 31 de octubre de este año, la Comisión Permanente para el Seguimiento de la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Poder Judicial, la Secretaría Técnica de Género, la Escuela Judicial y su Consejo Editorial presentaron la *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en las sentencias de violencia doméstica y material penal por delitos de violencia de género cometidos contra mujeres, niñas y adolescente*s.

Esta obra tiene como base la consultoría que solicitó la Secretaría Técnica de Género por medio de la Oficina de Cooperación y Relaciones Exteriores (OCRI), llevada a cabo en coordinación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América Central (OACNUDH), representada por don Alberto Brunori.

En palabras de doña María Elena Gómez Cortés, autora de esta guía y consultora especializada de la OACNUDH, este trabajo "se presenta con la finalidad de dotar a las juezas y los jueces que atienden la materia penal y la de violencia doméstica del país de una herramienta que permita optimizar el cumplimiento de la tarea de atención y protección de las víctimas, de la necesidad de avanzar y maximizar la tutela efectiva de los derechos y acceso a la justicia de esta población".

La Guía está conformada por cinco puntos: un recorrido por el marco jurídico universal e interamericano de protección de los derechos humanos y la normativa nacional aplicable; la mención de un marco conceptual que cita la importancia de la CEDAW y la Convención Belém do Pará, así como las acciones implementadas por la institución en temas de género; lo relativo a los principios de igualdad y no discriminación y finaliza con la referencia de qué es la perspectiva de género y para qué se debe aplicar. Todo esto se concreta en dos autotest que funcionan como una herramienta para la detección y evaluación de "la presencia de estereotipos de género" y la aplicación de "la perspectiva de género en el quehacer judicial".

El documento puede ser descargado desde el sitio web de la Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial, o bien, desde el siguiente enlace:
https://secretariagenero.poder-judicial.go.cr/index.php/sentencias-con-perspectiva-de-genero.

Volver al Índice

Personas que colaboraron en este número

Volver al Índice

PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

MSc. Adrián Antonio Cascante Mora. Es abogado y notario por la Universidad de Costa Rica. Cuenta con una maestría en Administración de Justicia Enfoque Socio-Jurídico con Énfasis Penal, por la Universidad Nacional. Trabaja para el Poder Judicial desde 1998, destacándose como fiscal, fiscal auxiliar y consultor interno del Programa de Fortalecimiento del Ministerio Público, Proyecto MP-BID. A partir del 2007, inició su función como juez penal y, desde el 2018, es integrante de la Comisión de Relaciones Laborales del Poder Judicial. Actualmente, labora como juez de juicio en el Tribunal Penal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: acascantem@Poder-Judicial.go.cr.

MSc. Alfonso Chacón Mata. Es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Cuenta con una maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y en Protección Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares, España. Es profesor asociado de la Facultad de Derecho, la Escuela de Administración de Negocios y la Sede del Atlántico de la Universidad de Costa Rica. Correo electrónico: achaconm@yahoo.com.

MSc. Daniel Alberto Jiménez Medrano. Es abogado especialista en derecho civil por la Escuela Judicial y en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Es máster en Derecho Comercial por la Universidad Latina y doctorando en Derecho Comercial y Procesal Civil por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Es autor de diversos artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y es docente universitario en la cátedra de juicios universales. Se ha destacado como facilitador de la Escuela Judicial y, actualmente, es juez 4 civil. Correo electrónico: daniel_jm91@hotmail.com.

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas. Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia, máster en Administración de Justica 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.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

Volver al Índice

MSc. Rafael Segura Bonilla. Es abogado y notario desde 1993. Cuenta con una maestría en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y en Administración de Justicia con Énfasis en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Es doctorando en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Ha desempeñado diferentes cargos en el Poder Judicial como defensor público, juez de juicio, juez de casación y apelación de sentencia. Es director del Programa de Justicia Restaurativa y magistrado suplente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Es docente en varias universidades públicas y privadas en materias, tales como Derecho Procesal Penal, Derecho Penal General y Especial. Es presidente del Consejo de Administración del Segundo Circuito Judicial de San José. Correo electrónico: rsegurab@poder-judicial.go.cr.

MSc. Aurelia Fernández Delgado. Es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica y máster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. Es especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Interamericana y en Derecho Penal Económico y Compliance Penal por la Universidad de Salamanca. En el 2008, ingresó a laborar en el Poder Judicial como defensora pública y, a partir del 2020, se ha destacado como jueza del Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de la Zona Sur, Corredores. Correo electrónico: afernandezde@poder-judicial.go.cr.

MSc. Andrea Ortiz Hernández. Es licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica y máster de doble titulación en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, España y la Universidad de Palermo, Italia (grado de máster profesional equiparado por la Universidad de Costa Rica, inscrito en la Oficina de Registro de la UCR, bajo el número 792-715). Cuenta con 25 años de experiencia como defensora pública, destacándose en materias como penal ordinario, probidad y función pública, penalización de delitos contra la mujer y, desde el año 2019, en la jurisdicción penal juvenil de Alajuela. Es facilitadora de contenido de la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública y colaboradora del *coaching* brindado a la República de Panamá en la implementación del sistema acusatorio (2014). Correo electrónico: aortizh@poder-judicial.go.cr.

Dr. Haideer Miranda Bonilla. Es doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia, y aprobó su tesis doctoral con mención de sobresaliente *cum laude*. Es especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia. Cuenta con una maestría en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, así como con una especialidad en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Es licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y profesor catedrático de Derecho Constitucional en dicha universidad. Ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional español, en la Corte Constitucional colombiana y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como estancias académicas en el Centro *di Ricerca sui Sistemi Costituzionali Comparati* de la Universidad de Génova, en el Centro de *Ricerca e Formazione sul Diritto Pubblico Europeo ed Comparato* de la Universidad de Siena, en el Instituto de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo" y en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", ambos en Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III en Madrid, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, en el Departamento de Derecho Procesal y Administrativo de la Universidad de Valencia y en el Departamento de *Diritto Pubblico* de la Universidad de Pisa. Ha impartido conferencias y seminarios en las universidades italianas de Bolonia, Calabria, Génova, Pisa, Perugia, Siena y Trento, así como en varias universidades de Colombia, México y a nivel nacional. Es autor de múltiples publicaciones a nivel nacional e internacional en temas relacionados con derechos humanos, derecho constitucional, derecho comunitario y derecho internacional público. Es miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: haideer.miranda@ucr.ac.cr.

Volver al Índice

MSc. Greivin Steven Mora Alvarado. Es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia y en Administración de Justicia Enfoque Socio-jurídico con Énfasis en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Cuenta con un Técnico en Oralidad y Razonamiento Jurídico por la Universidad de Costa Rica y es especialista en derecho civil y comercial por la Escuela Judicial. En el ámbito laboral, cuenta con experiencia como juez civil y de lo contencioso administrativo, desempeñándose en el Tribunal I Colegiado de I Instancia Civil de San José (propietario), el Tribunal I y Tribunal II de Apelación Civil de San José (suplente), así como juez gestor de la Reforma Procesal Civil y de la Jurisdicción Civil. Ha sido profesor de distintas materias enfocadas tanto en el Derecho Público como en el Derecho Civil y Mercantil, en la Universidad Metropolitana Castro Carazo y la Universidad Hispanoamericana de Costa Rica. Es capacitador, docente y facilitador de la Escuela Judicial de Costa Rica y del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Ha realizado diversas publicaciones en materia procesal civil, civil, sucesoria y tributaria constitucional. Ha sido asesor de la Comisión de la Jurisdicción Civil (2018-2024). Actualmente, está nombrado en la sección extraordinaria del Tribunal I Civil de San José y colabora como investigador y conferencista en distintas universidades y en la Escuela Judicial. Correo electrónico: gmoraa@poder-judicial.go.cr.

MSc. José Miguel Fonseca Vindas. Es máster en Administración de Justicia por la Universidad Nacional y especialista en derecho procesal civil, derechos humanos y violencia de género por las Escuelas Judiciales de Costa Rica, Argentina y España. Actualmente, es docente, juez de familia (2005 a la fecha) y juez suplente del Tribunal de Familia (2014 a la fecha). Correo electrónico: mfonsecav@poder-judicial.go.cr.

MSc. Eddy Rodríguez Chaves. Labora para el Poder Judicial como juez de familia, de niñez y adolescencia, es juez gestor de esta jurisdicción y magistrado suplente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Correo electrónico: erodriguez@poder-judicial.go.cr.

MSc. Alexis Hernández Gutiérrez. Es bachiller en Administración de Empresas por la Universidad Nacional y especialista en Administración de Proyectos por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Es licenciado en Finanzas por la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnológica y cuenta con una maestría en Gerencia de Proyectos por el Instituto Tecnológico de Costa Rica. En el 2009, ingresó al Poder Judicial como técnico administrativo del Subproceso de Estadística y, en la actualidad, se destaca como profesional de la Dirección de Planificación en el Subproceso de Formulación Presupuestaria y Portafolio de Proyectos Institucional. Correo electrónico: ahernandezgu@poder-judicial.go.cr.

Volver al Índice

NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

OBJETIVO GENERAL

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

PERIODICIDAD

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

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*** 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).

Volver al Índice

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 "llenan" 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 "judicio" 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 "judicio" as the common ground of technical factors, personal convictions, "prejudice" and "pre-conceptions", as a result of an interpretation of the law propitiously "flawed" by external non-juridical elements.

Keywords: Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

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.

Volver al Índice

ARTES GRÁFICAS
Poder Judicial
OT. 59575