



Poder Judicial

Nº 139

ISSN 2215-2385

# Revista Judicial



# REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 139

Junio 2025

## 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 de  
Protección Cautelar de Heredia*

MSc. Raymond Porter Aguilar

*Juez del Tribunal Penal de San José*

Vacante

*Persona docente universitaria*

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**

**Nº139**

**Fundada en 1976**

**ISSN: 2215-2385**

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

**Publicación semestral**

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

**DIRECTORA/EDITORIA**

Licda. Ruth Alemán Sánchez

**Diseño de la portada:**

Raúl Barrantes Castillo

**Diagramación e Impresión:**

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

**Revisión filológica de los artículos:**

Licda. Irene Rojas Rodríguez

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

**CANJE**

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

**CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:**

Revista Judicial, Escuela Judicial:  
[revistajudicial@poder-judicial.go.cr](mailto: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](mailto: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
<b>EL LITIGIO DE BUENA O DE MALA FE A LA LUZ DE LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA EN LOS PROCESOS COBRATORIOS</b>	
<i>Dra. Lizeth Álvarez Salas.....</i>	11
<b>EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LEY DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COSTA RICA</b>	
<i>M. Sc. Patricia Herrera Gómez .....</i>	31
<b>¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA EN EL PROCESO PENAL DE UN NUEVO MODELO DE ADMISIÓN DE PRUEBA CIENTÍFICA, EN TIEMPOS DE SOBREVALORACIÓN EPISTÉMICA DE PERICIAS REALIZADAS EN LABORATORIOS FORENSES OFICIALES? ANÁLISIS A LA LUZ DE UN CASO REAL EN COSTA RICA</b>	
<i>M. Sc. Daniel Jiménez Rodríguez .....</i>	45
<b>LA ADECUADA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA REALIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE POBLACIONES INDÍGENAS LATINOAMERICANAS. UN ENFOQUE DESDE EL MULTICULTURALISMO</b>	
<i>M. Sc. José Alejandro Piedra Pérez.....</i>	69
<b>PARADIGMAS DE LA DECLARACIÓN DE PARTE EN MATERIA CIVIL</b>	
<i>M. Sc. Daniel Jiménez Medrano .....</i>	93
<b>SINOPSIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL USO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LOS TRIBUNALES PENALES COSTARRICENSES</b>	
<i>Dr. Juan Carlos Morales Jiménez.....</i>	115
<b>«LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA» Y DEMOSTRACIÓN DE CULPABILIDAD</b>	
<i>M. Sc. Javier Madrigal Navarro .....</i>	137
<b>LA NECESIDAD DE CREAR UN REENVÍO DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</b>	
<i>Dr. Haideer Miranda Bonilla.....</i>	161

<b>CELEBRACIÓN DE REUNIONES Y ASAMBLEAS EN SOCIEDADES MERCANTILES (SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD ANÓNIMA)</b>	
<i>M. Sc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga .....</i>	181
<b>LA CADUCIDAD DEL EMBARGO EN ETAPA DE EJECUCIÓN: AMBIVALENCIAS INTERPRETATIVAS Y CRITERIOS ENCONTRADOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL</b>	
<i>Dr. Luis Mariano Argüello Rojas .....</i>	203
<b>III. ENTREVISTA AL DR. CARLOS PICADO VARGAS</b>	
<i>Juez del Tribunal Agrario del II Circuito Judicial de San José (Goicoechea) .....</i>	219
<b>IV. PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO</b>	
<b>V. NORMAS DE PUBLICACIÓN</b>	235

# PRESENTACIÓN

Con profundo agrado, les presento la primera publicación de este año, la edición n.º 139 de la Revista Judicial, en la que se comparten diez artículos relacionados con materia civil, penal, comercial y de derechos humanos.

Este número se caracteriza porque, en su mayoría, además de que las personas articulistas plasmaron interesantes interrogantes y compartieron criterios jurisprudenciales, optaron por realizar un ejercicio de derecho comparado con el propósito de incentivar el debate jurídico.

Uno de los pilares fundamentales de nuestra democracia es la independencia judicial, y estos textos son un claro ejemplo de que las investigaciones jurídicas y compartir distintos puntos de vista son un excelente medio para discutir respetuosamente, propiciar nuevas ideas y, en conjunto, seguir transformando el derecho.

En esta oportunidad, tuve la grandiosa oportunidad de entrevistar al Dr. Carlos Picado Vargas, un destacado juez agrario y jurista nacional que, con sus conocimientos en derecho procesal y otras ramas del derecho, tales como la civil, laboral, agraria y familiar, ha brindado invalables aportes a estudiantes, personas profesionales en Derecho y a la Administración de Justicia en general. Además de conocerlo, conversamos sobre los desafíos y las virtudes que presenta el Código Procesal Agrario que, desde el 28 de febrero del presente año, entró en vigor.

Como siempre, les reitero mi agradecimiento por interesarse en esta revista, tanto a quienes suman un granito de arena con sus investigaciones para que cada edición sea posible, como a las personas que nos leen y contribuyen a su difusión.

¡Este espacio es de ustedes!

**Licda. Ruth Alemán Sánchez  
Encargada de la Revista Judicial**



---

◆◆◆

# Artículos

---

◆◆◆



# EL LITIGIO DE BUENA O DE MALA FE A LA LUZ DE LA REPERCUSIÓN ECONÓMICA EN LOS PROCESOS COBRATORIOS

Dra. Lizeth Álvarez Salas<sup>1</sup>

## RESUMEN

¿La parte actora siempre litiga de buena fe y la parte demandada, repito, siempre litiga de mala fe o viceversa? ¡Por supuesto que no! No se pueden generalizar todos los casos como el que les sirve de modelo a las situaciones similares, ni tampoco es prudente estigmatizar la posición jurídica de las partes. Para eso se deben utilizar las circunstancias fácticas y jurídicas extraídas únicamente del *caso concreto* y no de la *tesis común* aplicable a un caso judicial del mismo tipo. Esta labor es fundamental por parte de una jueza o juez imparcial, imparcial (no es ni realiza actos de parte) e independiente, en resguardo del equilibrio irrestricto de la posición de partes antagónicas que acuden a estrados judiciales, sin saber, de previo, cual crónica de una muerte anunciada, el desenlace del litigio.

**PALABRAS CLAVE:** Litigio de buena fe, litigio de mala fe, exoneración en costas, condenatoria en costas, doctrina del *Verwirkung*, retraso desleal en el ejercicio de un derecho.

## ABSTRACT

Does the actor always litigate in good faith and the defendant, I repeat, always litigate in bad faith or vice versa? Of course not! Not all cases like the one that serves as a model can be generalized to similar situations, nor is it prudent to stigmatize the legal position of the parties. To do this, we must rely on the factual and legal circumstances extracted only from the specific case and not from the common thesis applicable to a judicial case of the same type. This work is essential on the part of an impartial, impartial judge (he is not, nor does he perform acts of a party) and independent, in safeguarding the unrestricted balance of the position of antagonistic parties who go to judicial courts, without knowing, in advance, what chronicle of a death foretold, the outcome of the dispute.

**KEYWORDS:** Litigation in good faith, litigation in bad faith, exoneration of costs, condemnation of costs, doctrine of *Verwirkung*, unfair delay in the exercise of a right.

Recibido: 14 de noviembre de 2024      Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

1 Es abogada litigante y notaria pública. Cuenta con un doctorado en Derecho Procesal Civil y Comercial por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Es especialista en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica y por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, y especialista en materia civil por la Escuela Judicial del Poder Judicial. Es docente, asesora parlamentaria *ad honoren* en el área seguridad privada, compiladora de obras jurídicas y autora en obra individual y/o colectiva de libros y artículos jurídicos en revistas especializadas. Correo electrónico: [lalvarez@abogados.or.cr](mailto:lalvarez@abogados.or.cr)

*Quién paga lo hace porque debe.  
Quién excepciona lo hace porque puede hacerlo.*  
Abel Veiga Copo.

## SUMARIO:

**1.- Exordio.** **2.-** ¿Cuándo estamos frente a un litigio *bona fide*? 2.1) Litigio de las partes. 2.2) Doctrina del *Verwirkung* o el retraso desleal. **3.-** Conclusión. **4.-** Fuentes de consulta.

## ABREVIATURAS:

CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CC:	Código Civil
CCom:	Código de Comercio
CPC:	Código Procesal Civil
CPG:	Código Procesal General. Modelo para la justicia no penal de Latinoamérica
CPol:	Constitución Política de Costa Rica
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECLI:	<i>European Case Law Identifier</i> (Identificador Europeo de Jurisprudencia)
EJ:	Estatuto de la justicia y derechos de las personas usuarias del sistema judicial
LNJ:	Ley de Notificaciones Judiciales
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
PB:	Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
ROJ:	Repertorio Oficial Jurisprudencia, Consejo General Poder Judicial España
TACTA:	Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Alajuela
TACTC:	Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago
TACTH:	Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia
TACTL:	Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Atlántica-Limón
TACTZS:	Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Sur-Pérez Zeledón
TPAC:	Tribunal Primero de Apelación Civil de San José

## 1.- Exordio

La buena fe y su contrario la mala fe de los litigantes adquieren particular relevancia durante la tramitación del proceso como **principio transversal** a cuya conducta deben ajustarse todos los sujetos procesales -partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, incluyendo al juez- (artículo 2.3, CPC). Asimismo, resulta de referencia obligatoria al momento de considerar la repercusión económica del proceso, pues si se acredita en autos que la parte perdida litigó de buena fe, podría

convertirla en merecedora de ser exonerada de la condenatoria en costas, si la persona juzgadora lo considera “facultativamente” de esta forma. Así lo contempla la disposición adjetiva (artículo 73.2.4, CPC):

**Artículo 73.2 Exención.** *Se podrá eximir, total o parcialmente, de forma razonada, cuando: [...] 4. La parte haya ajustado su conducta a la buena fe, la lealtad, la probidad y al uso racional del sistema procesal.* (lo resaltado es suprido).

Conductas atribuibles de buena fe	Conductas atribuibles de mala fe
Artículos 2.3 <i>ab initio</i> , 4.2 <i>ab initio</i> , 41.5, 73.2.4 CPC	Artículos 2.3 <i>in fine</i> , 4.2 <i>interin</i> , 4.2 <i>in fine</i> , 5.4, 6, 41.5 CPC
La buena fe propiamente dicha en términos generales como tipo abierto, la lealtad, la probidad, el uso racional del sistema procesal, el respeto debido de los sujetos procesales, el deber de cooperación con la Administración de Justicia o con la producción probatoria.	La mala fe en términos generales como tipo abierto, la colusión, la conducta ilícita, el comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento. Actos contrarios a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, cualquier forma de abuso y fraude procesal.
Esa conducta loable se privilegia y se reconoce en términos de repercusión económica del proceso.	Esa conducta se reprocha y se sanciona en términos de responsabilidad disciplinaria, rechazo de plano, amonestación, multa, expulsión de la oficina o despacho, remisión a la orden de la autoridad (delito, contravención o falta) y repercusión económica del proceso (costas, daños y perjuicios).

Fuente: Lizeth Álvarez Salas, 2024

La jurisprudencia patria en el tema cobradorio (procesos monitorios dinerarios y/o sumarios de obligaciones dinerarias no monitorias) sigue una marcada tendencia, desde vieja data, de **exonerar a la parte acreedora cuando se acoge la excepción de prescripción** formulada por la parte demandada o cualquier otro con interés

legítimo (arts. 37.2 CPC; 669, 972, 973, 974 CCom).

La doctrina de los jueces ha dictado –casi de forma pétrea- lo siguiente: a) cuando el *A quo* resuelve “sin especial condenatoria en costas” eximiendo de costas al actor perdido, el *Ad quem* confirma el fallo<sup>2</sup>; b) cuando el *A quo* resuelve condenando

2 Verbigracia, véase entre otros -dictados como órgano colegiado o monocrático-, TPAC n.º 734-2U-2019, n.º 455-4U-2020 y n.º 414-3U-2021; TPAC, Sección Extraordinaria n.º 171-4C-2020 y n.º 245-1C-2020; TACTA n.º 036-2020-CI; TACTC n.º 049-2020; TACTH n.º 252-02-2021.

en costas al actor perdido, el *Ad quem* revoca y exime del pago<sup>3</sup>.

La argumentación jurisdiccional para tal exoneración no está basada, en diversos casos, en un **argumento y carga probatoria** de los actos procesales desplegados por el actor que lo hagan merecedor de esa exoneración económica, sino que, muchas veces, parte de las propias argumentaciones proporcionadas al momento del fallo por el juzgante, incluso en aquellas hipótesis de *silencio total a la audiencia conferida a la parte actora sobre la excepción de prescripción interpuesta en su contra*, en cuya hipótesis, podría constituir un quebranto del principio de imparcialidad (alegaciones provenientes el propio juzgador, haciendo actos de parte), situación a todas luces, cuestionable.

Al tratarse de un criterio **jurisprudencial profundamente arraigado**, es menester explorar si esa tendencia realmente analiza concienzudamente, con lupa, el factor determinante del litigio de buena fe para hacer beneficiaria a la parte acreedora/actora perdida de ser exonerada de una condena en costas.

Ese repensar pausado de la jurisprudencia cobratoria fue abordado en otro artículo, por lo que, en este, nos limitaremos a puntualizar ¿qué se considera un litigio de buena fe o su contraparte, un litigio de mala fe?

Asimismo, destacaremos el papel fundamental que juega la persona juzgadora en atención del

**principio de imparcialidad** (arts. 4.2.1 CPC; 7.2 CPG<sup>4</sup>; 25, 26 EJ; 2.1 a 2.5 PB; 8.1 CADH; 14.1 PIDCP; 10 DUDH), permeada durante la dirección del proceso, pero una imparcialidad “real, efectiva y evidente” y del **principio de independencia** –sobre todo la independencia interna– (arts. 19 a 23, 55 EJ; 4.2.1 CPC; 1.1 a 1.6 PB; 8.1 CADH; 14.1 PIDCP; 10 DUDH) que supone, en el ejercicio de sus funciones, separarse en ocasiones de los criterios jurisprudenciales de las autoridades judiciales superiores, todo esto, en claro resguardo del **principio de igualdad** procesal de AMBAS partes antagónicas y no solo una de ellas (arts. 2.1 CPC; 7.1 CPG<sup>5</sup>).

## 2.- ¿Cuándo estamos frente a un litigio *bona fide*?

### 2.1) Litigio de las partes

Según lo plasmado por la jurisprudencia imperante, ¿cuándo un o una litigante se considera *bona fide vel mala fide*?

Tómese en consideración que, el primer acto interruptor de la prescripción plenamente aceptado en la legislación y jurisprudencia es la “notificación del traslado de la demanda” (emplazamiento), interrupción que permanece hasta el dictado de sentencia definitiva. Podría indicarse que se considera al **actor-acrededor** un litigante de buena fe, cuando el actor cobra la deuda dentro del plazo prescriptivo y, asimismo, la mantiene vigente *antes y durante* el procedimiento realizando actos interruptores

3 Verbigracia, véase entre otros, dictados de forma colegiada o unipersonal, TPAC n.º 378-2U-2020, n.º 392-4U-2020, n.º 506-1U-2020, n.º 533-2U-2020, n.º 558-1U-2020, n.º 559-2U-2020, n.º 595-4U-2020, n.º 839-4U-2020, n.º 890-1U-2020, n.º 1211-1C-2020, n.º 1362-4U-2020, n.º 1390-3C-2021, n.º 1121-3C-2023 y n.º 1130-2U-2023; TACTH n.º 090-01-2023.

4 “**ARTÍCULO 7.- PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO COMO TAL.** Los principios fundamentales que consagra esta ley y que deben ser respetados irrestrictamente en todo proceso para que pueda ser legalmente considerado como tal y adquiera los efectos establecidos en el art. 5, son: [...] 2) el juez debe actuar en todo tiempo sin violencia alguna y sin impedimentos que permitan poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia respecto de las personas que litigan o del tema litigioso”.

5 “**ARTÍCULO 7.- PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCESO COMO TAL.** [...] 1) las partes deben gozar de una perfecta y no meramente aparente igualdad jurídica o procesal, en todo tiempo del desarrollo del proceso, del dictado de la sentencia y de su eventual ejecución”.

válidos hasta que se dicte sentencia a su favor, o que, habiéndose acaecido el hecho futuro e incierto del transcurso del plazo prescrito para extinguir su derecho de cobro según el título base (título ejecutivo, título valor), se detiene en ese instante –según lo previsto en el derecho procesal y de fondo-, poniéndolo en conocimiento del despacho y solicita una forma extraordinaria de terminar el proceso mediante el **desistimiento sin notificación del traslado de la demanda** (art. 56.2, CPC). Es decir, la resolución inicial se quedó en simple “traslado no notificado” y no en un “emplazamiento” al deudor y, por ende, no surtió los efectos interruptores deseados por la norma (numeral 36.2.a, CPC).

Empero, si continúa el actor-acreedor (el original o el cesionario/endosatario) con el cobro judicial, habiéndose verificado el transcurso del término prescional y la inercia imputable a él, **asume un riesgo** de que: a su favor se le *pague la deuda* (este hecho por sí mismo no le confiere la condición de litigante buena fe al actor, sino, por el contrario, esa conducta procesal se le traslada al deudor-demandado) o, en su contra, se le *alegue la excepción de prescripción*, dejando de convertirse, en este último supuesto, en ese instante temporal-procesal en un litigante *bona fide*, porque ya se había extinguido su derecho de accionar y continuó ¡a pesar de ello!

Siguiendo esa línea de pensamiento, quien **cobre una deuda prescrita y se le pague**, conforme a las mismas reglas de igualdad procesal (art. 2.1, CPC), ameritaría reconocer el capital e intereses a favor del actor y eximir en costas al litigante de buena fe; en este caso, el deudor/demandado conforme dispone la norma rectora (cardinal 73.2 p2º, CPC):

**Artículo 73.2. Exención.** Si no hubiera condenatoria en costas, cada parte

*pagará las que hubiera causado y ambas partes las que fueran comunes.* (lo subrayado no es del original)

No obstante, esto no sucede en estrados judiciales donde la igualdad procesal no va en esa **doble vía**, a saber, si el actor pierde el pleito porque se acoge la excepción de prescripción, se le exonera en costas. Pero si, por ejemplo, la parte demandada se allana, no se le exonera.

En consecuencia, debería darse un tratamiento igualitario y de buena fe procesal (arts. 2.1, 2.3, CPC) a la parte deudora que sí es litigante *bona fide* cuando paga una obligación prescrita. Pero no lo es, cuando se excepciona como presribiente donde la defensa prescriptiva es una norma legal diseñada *favor debitoris*.

*Quién paga lo hace porque debe. Quién excepciona lo hace porque puede hacerlo.* (Veiga Copo, 2019, p. 134).

La ley ya ha dotado de toda protección a la parte acreedora con actos de interrupción, suspensión o impedimento del cómputo del plazo *favor creditoris* para que esta exija los derechos que dimanan de su crédito.

Pero llevar ese **proteccionismo judicial** a extremos inmutablemente impensables con una automática o mecánica exoneración en costas al resultar perdidoso por acogerse, en su contra, la excepción prescriptiva interpuesta por la parte deudora es desequilibrar de forma grosera la postura procesal de las partes en litigio, sin haber contemplado de previo a dicha exención, si en el caso concreto, no es factible aplicarla.

Si de forma similar a la normativa argentina reseñada (cardinal 251<sup>6</sup> del Código Procesal Civil

6 “ARTICULO 251.- La parte vencida será siempre condenada a pagar las costas del juicio o incidente aunque no mediare pedido de parte, salvo: 1ro. [...]; 2do. [...]; 3ro. Cuando procediere de igual modo al oponérsele la prescripción siempre que ésta haga decidir el pleito en su contra”. (Lo subrayado y negrita son suplidos).

de la provincia de Santa Fe y numeral 76<sup>7</sup> del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), existe voluntad parlamentaria para **eximir al actor-perdidoso**, es porque el congresista consideró proporcional y razonable esa opción. Pero esa voluntad debe provenir del legislador y no debe ser impuesta por vía jurisprudencial.

Según se extrae de la doctrina inveterada expuesta por Giorgi “*La prescripción por sí misma, no es buena ni es mala en moral. Todo depende del uso que de ella se haga*”, *id est*, si la prescripción es utilizada como sinónimo de prescripción presuntiva como excepción legal por no poder demostrarse –usualmente- el pago en prescripciones breves, entiende que la excepción de prescripción es honesta u honrada. Sin embargo, si la utilización de la figura prescriptiva es para oponerla a sabiendas de que no se ha cancelado la deuda, la considera una excepción inmoral. (Giorgi, 1930, p. 334).

¿Esta postura podría ser la razón subrepticia por la que, en la práctica forense costarricense, se exime a la parte acreedora en el pago de las costas cuando se invoca la excepción de prescripción ordinaria civil o mercantil? ¡Cosas veredes... para verdades el tiempo!

## 2.2) Doctrina del Verwirkung o el retraso desleal

La legislación civil insta al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe

negocial (art. 21 CC; 7.2 Código Civil español; 1.7 Principios de Unidroit). Dentro de tales derechos, se encuentran, sin duda alguna, la **limitación al ejercicio tardío de un derecho subjetivo y las acciones que deriven de este**.

En ese escenario, convergen el derecho a la tutela judicial efectiva (rango constitucional) y el derecho a que los conflictos finalicen (legislación ordinaria civil y comercial). Pero si la propia persona acreedora no desea ejercer y/o conservar su derecho, reflejando actos de prolongada desidia, ¿es válido protegerlo judicialmente *per saecula saeculorum*? ¡Parece que no!

Acorde a las reglas de la buena fe negocial, un sujeto (acreedor) no puede actuar frente a otro (deudor) de forma inconsecuente con su conducta previa (propios actos), de lo que se sigue el aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur*: Es decir, no es lícito venir contra sus propios actos (numeral 1.8 Principios de Unidroit). A esta teoría de origen germánico se le conoce con el nombre de **Verwirkung**, aunque es harto utilizada en el entorno doctrinal y jurisprudencial español<sup>8</sup> bajo el nombre de “**retraso desleal en el ejercicio de derechos**”.

El *Verwirkung* o denominado **retraso desleal en el ejercicio de derechos** (acciones judiciales) resguarda la buena fe frente a un ejercicio del derecho (del titular) tan tardío que genera en la otra parte (adversario/contraparte) la expectativa (confianza) de que no se iba a ejercer y/o conservar

7 “**ARTÍCULO 76.- Si el actor se allanase a la prescripción opuesta, las costas se distribuirán en el orden causado**”. (Lo subrayado y negrita son suplidos).

8 Lo anterior ha tomado auge a raíz de una reforma legal (Ley N.º 42/2015 publicada en el BOE n.º 239 del 6/10/2015) mediante la cual, para todas aquellas **acciones personales no sujetas a un plazo especial** que antes prescribían en **15 años se redujeron a 5 años desde** que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Además, para las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan (art. 1964.2 Código Civil español). Según la exposición de motivos (Preámbulo VI), la razón obedece a: “*Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta Ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años*”.

ese derecho. Si este aspecto ocurre y prueba dicha deslealtad, se le asocia con un ejercicio abusivo de este.

Dentro de los tres **requisitos concurrentes que la jurisprudencia española** considera configurativa del *Verwirkung* tenemos:

El transcurso dilatado del tiempo sin ejercitar el derecho subjetivo, aunque imperiosamente ejercitado dentro/antes del plazo de prescripción extintivo de la acción (temporalidad inocua); omisión en el ejercicio del derecho por parte de su titular pudiendo hacerlo (inactividad imputable al titular);

la creación de una confianza legítima o razonable en la otra parte de que el titular del derecho no lo ejercitará (expectativa generada) –en esto consiste precisamente el Verwirkung-.

Se agrega un cuarto componente (Cañizares Laso, 2019):

intolerabilidad de ese ejercicio abusivo por considerar objetivamente la deslealtad de la conducta del titular –actos propios de éste- con un reclamo tardío contrario a la buena fe (art. 7 Código Civil español).

La concurrencia de requisitos para admitir la doctrina del retraso desleal se resume en un: **a) factor temporal, b) factor omisivo y c) factor objetivo** (Arnaud Moya, 2020).

*La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o verwirkung, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación*

*debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (STS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre). (Lo subrayado negrita y cursiva son suplidos). (Ver Roj: STS 794/2017 del 02/03/2017, -ECLI: ES:TS:2017:794).*

Cabe aclarar que la negligencia en el transcurso del tiempo por la parte acreedora **no opera** con los mismos efectos que la prescripción negativa, como sinónimo de pérdida del derecho por no obrar de acuerdo con las reglas de la buena fe, es decir, la **doctrina del Verwirkung opera de forma excepcional**, exige la carga de la prueba de la pluricitada conducta desleal de la parte acreedora, sobre todo, tomando en consideración que, por lo dilatado del reclamo, se hizo creer legítimamente a la parte deudora que no se le cobraría. Por ello, se ha desprendido de la prueba que la eximía del pago de una deuda, amparada a esa inercia de su acreedor, a pesar de que la persona interesada (deudora, fiadora, etc.) debería conservar la documentación relativa al nacimiento, modificación o extinción del crédito por el periodo de prescripción para el ejercicio de las acciones que podrían entabarse en su contra.

Si bien es cierto, podría resultar harto cuestionable que un derecho bajo la legislación patria, cuya prescripción en un lapso ordinario máximo de 10 años (legislación civil) o 4 años (legislación

mercantil), se reclame en sede judicial **justo antes de que venza**, no resulta en lo absoluto un ejercicio abusivo, pues para eso lo ejercitó dentro del lapso fijado en la ley, con el ligero inconveniente de que, bajo las leyes procesales costarricenses, la interposición de la demanda cobratoria no interrumpe *per se* la prescripción ni tampoco concede plazos de gracia para que se notifique a la parte deudora como sí lo admiten las regulaciones adjetivas de otras latitudes, pues la notificación del traslado de la demanda –emplazamiento- constituye el primer acto interruptor (art. 36.2.a, CPC).

Entonces ¿cuál es la aplicación práctica de la teoría del retraso desleal? La finalidad pragmática de la doctrina del retraso desleal consiste en la **inadmisibilidad del ejercicio tardío de un derecho aún no prescrito** (busca adelantarla), *ergo*, la doctrina debe interpretarse restrictivamente.

En esa línea de pensamiento, si ya se superó el plazo prescriptivo para ejercer determinada acción, se recurrirá directamente al instituto de la prescripción liberatoria, negativa, extintiva sin problema alguno. Pero, si en **acciones cuya prescripción es de larga data**, el titular del derecho deja transcurrir el lapso prescriptivo al límite de forma tal que, por el dilatado tiempo de su inejercicio, se crea esa apariencia de que dicha acción no se ejercitaría. Entonces, al no estar prescrita la deuda *por muy poco tiempo*, la parte deudora intentará emplear la doctrina del retraso desleal como sustituto de imposibilidad de alegación directa de la excepción de prescripción. Surge entonces una interrogante indefectible: ¿la teoría del retraso desleal opera necesariamente

**antes del término del plazo prescriptivo extintivo de la acción**, como contrapeso al supuesto ejercicio extralimitado de los derechos que conjeturan una contravención del principio de la buena fe?

Este alegato pretendido por la contraparte no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues de ser así, se estaría introduciendo por el o la intérprete de dicha doctrina un plazo de prescriptivo evidentemente abreviado confrontado con el establecido en la ley por el parlamentario, lo que a todas luces es inaceptable en estrados judiciales.

El titular de un derecho puede ejercerlo desde que este sea exigible y hasta el último día dentro del plazo prescriptivo legalmente instituido por la norma, y ese actuar **no lo califica de titular de mala fe**.

Sin embargo, parece que para esta doctrina del *Verwirkung* sí lo es, ya que esto implica que, aun ejercitando una acción dentro del plazo legal establecido por el congresista para el reclamo de un derecho, puede incurrirse en retraso desleal, de manera tal que no vayan a acogerse las pretensiones invocadas por el actor.

Esta construcción jurisprudencial española de gran **acogida**<sup>9</sup> aunque no deja de tener sus detractores (Cañizares Laso, 2019 y Arnau Moya, 2020) podría resultar -bajo la cultura- a los ojos de un observador jurídico costarricense como **impensable**<sup>10</sup>, si se entiende que existiendo “*plazos extensos*” (la doctrina excluye los plazos breves) para ejercer un derecho, siempre que se ejerciten conforme a la ley, no tienen por qué

9 Ver entre muchos otros, STS 1046/2001 del 14/11/2001, STS 277/2006 del 24/03/2006, STS 8594/2011 del 12/12/2011, STS 872/2011 del 12/12/2011, STS 399/2012 del 15/06/2012, STS 300/2012 del 15/06/2012, STS 163/2015 del 01/01/2015, STS 530/2016 del 13/09/2016, STS 148/2017 del 02/03/2017, STS 243/2019 del 24/04/2019.

10 Quizás lo que a la poste se considera más reprochable de esa doctrina del retraso desleal es la pretendida derogatoria por vía jurisprudencial de una norma positivizada relativa a los plazos prescriptivos por voluntad del Poder Legislativo, único llamado dentro de sus exclusivas facultades a reformar o derogar una norma (art. 121.1, Constitución Política).

derivar en un reproche de que se hayan ejercitado al límite temporal de ese plazo prescriptivo concedido por el legislador al titular del derecho. No interesan –ni tienen por qué serlo– las motivaciones de la persona acreedora para el reclamo tardío de sus derechos subjetivos, solo si lo hace dentro del plazo legal para su reclamo.

Dentro del marco judicial costarricense, para una persona deudora, podría resultar muy conveniente alegar la **doctrina del Verwirkung**, si en un proceso cobradorio, su acreedor, quien dejó el caso abandonado desde vieja data, en etapa de ejecución del fallo, abandona metódicamente a su suerte el caso judicial por varios lustros o décadas –múltiples expedientes dan fe de ello– y, de repente, aparece apersonado un cesionario del crédito como comprador de una cartera morosa, prácticamente incobrable –si es que ya no lo es– y reactiva el aparato judicial al servicio de los justiciables, aspecto que se ha vuelto muy frecuente en el escenario cobradorio nacional.

Ahora bien, en el entorno judicial costarricense, al parecer esta doctrina del *Verwirkung* se aplicó en sentido inverso, contradiciendo la esencia de la misma doctrina, conforme se analizará más adelante.

¿Es la figura del *Verwirkung* otra forma de decir que **prescribió la excepción**, es decir, la oportunidad de oponerla? La respuesta es, de perogrullo, negativa. La legislación de fondo civil y mercantil costarricense es contante en regular plazos prescriptivos para ejercer acciones no para excepcionarse de ellas.

Sorprendentemente, en esa línea protectora de la parte acreedora, prácticamente a ultranza, de la que respetuosamente se discrepan, ahora resulta que la postura de la parte deudora se encuentra aún más menoscabada... casi lapidaria.

Si la parte demandada es tan osada, atrevida, intrépida o audaz para intentar defenderse,

ahora emerge otra interpretación jurisprudencial nacional, basada en la doctrina plasmada del **Verwirkung** (retraso desleal en el ejercicio de un derecho), reseñado *ut supra*, tropicalizado de forma deslucida en nuestro entorno.

Para la posición jurídica de la parte deudora, será un **perder-perder**, es decir, si se le acoge la excepción de prescripción (del título base o de la sentencia firme que declara el derecho), no tendrá a su favor, **nunca**, la posibilidad de obtener la condena en ambas costas del proceso, pues conforme a lo expuesto *supra*, existe jurisprudencia reiterada que exonera a la parte acreedora por haber litigado de buena fe. En suma, ganó el pleito al final, pero no cobrará nada, **absolutamente nada**, a pesar de haber salido victoriosa.

Como si todo eso fuera insuficiente, en los supuestos mediante los cuales, la parte demandada alega la excepción y/o el incidente prescripción del derecho declarado en sentencia (artículo 986 CCom), ahora resulta que prácticamente se le exige un tiempo límite para la interposición de la defensa prescriptiva, sin indicar cuál lapso es el necesario para ejercer el derecho de defensa con ese instituto extintor de las obligaciones (arts. 633, 865, 866 CC; 972, 973, 974 CCom), porque, de lo contrario, se le considerará una *litigante de mala fe?*, bajo el argumento de que alegar la prescripción constituye un “**retraso desleal en el ejercicio de un derecho**”. Así, el tribunal revocará declarando sin lugar la prescripción interpuesta por la parte deudora y resolverá, en el mejor panorama posible, sin condenatoria en costas.

Aquí surgen varias preguntas innegables y prácticamente inevitables:

✓ ¿Se le achaca a la parte deudora que alegó la prescripción de la sentencia que la condenó a pagar una suma de dinero,

sus intereses y costas y que, luego de las liquidaciones de intereses posteriores –tenidas por notificadas bajo la figura de la *notificación automática* (art. 11, LJN)–, incluso ya aprobadas, de repente se apersonara al proceso por primera vez y/o luego de prescrita la sentencia y así, sin más ni más, **complicara el ritmo y “orden” judicial**, creando un caos procesal, porque simplemente, conforme le permite el mismo ordenamiento jurídico, se opone y alega la prescripción que operó, no por su culpa, sino por la negligencia de la parte acreedora?

- ✓ ¿Siempre ha sido, es y será la parte deudora/demandada una litigante de mala fe, sin ninguna hipótesis de excepción plausible?
- ✓ ¿Será que la parte acreedora nunca ha cobrado en sede judicial una deuda: i) ocultando pagos parciales que debió consignar en el título valor conforme al principio de literalidad y/o dentro de los hechos de la demanda incoada; ii) con un monto mayor al debido; iii) una obligación inexistente o falsificada o con una firma falsa; iv) endosando un título valor para evitar la interposición de excepciones personales y/u otras causas extintivas de las obligaciones, entre muchos otros posibles escenarios que ameriten una oposición fundada de la parte deudora; es decir, no hay ninguno acaso?
- ✓ ¿Si la parte deudora duró años en alegar la prescripción de la obligación, eso la convierte en litigante de mala fe, pero no así a la parte acreedora que duró años en cobrar y tratar de mantener vigente el cobro de una deuda prescrita por un cuatrienio, un lustro o décadas, contra quien sería impensable **rotular**

**procesalmente** con esa estigmatización de litigante de mala fe?

Quede claro que no puede responderse a una interrogante con un sí y a la otra con un no, sin caer en una contradicción absoluta y manifiesta, no siendo posible sostener esa línea de pensamiento, conforme a las reglas de la lógica.

Lo que resulta más preocupante –saltando a la vista– es la posibilidad mayúscula de un quebranto a los principios de imparcialidad e imparcialidad que colocan a la persona juzgadora en una posición reprochable de desequilibrio procesal, en clara violación del principio de igualdad procesal, dejando indefensa a la parte deudora/demandada en todas y cada una de las demandas cobratorias que se vayan a entablar en su contra, sin la más mínima oportunidad de defenderse efectivamente.

¿Si la parte **acreedora cobra una deuda prescrita por años**, puede cobrar *ad perpetuam*, porque la prescripción es renunciable tácitamente, o bien, porque mientras no se alegue la excepción, mantiene esa deuda en cuidados intensivos? ¿Pero si una parte deudora **tarda años en alegar la prescripción**, su ejercicio tardío, extemporáneo (a criterio del tribunal) es sinónimo de un litigio *mala fide*?

No puede saberse el hilo conductor mental de las personas juzgadoras redactoras del fallo dictado en esas circunstancias, sin especular en las razones que las llevaron a semejante conclusión, pues, en el caso *sub examine infra* reseñado, se limitaron a reproducir un fallo foráneo con personas redactoras distintas.

Tal parece que la citada doctrina del *Verwirkung* para fijar un límite temporal máximo para ejercer los derechos solo opera a favor de una de las partes; pero no en su contra.

¡Vaya atrevimiento doctrinario-jurisprudencial foráneo en detrimento de la voluntad del legislador de todas las latitudes!

Acaso, ¿no pudo tomarse en consideración que quizás, con probabilidad, la parte deudora no se enteró adecuadamente del emplazamiento del proceso cobradorio, porque la mismísima parte acreedora **simuló una notificación de la demanda** que no fue válidamente notificada<sup>11</sup> – *vox populi* en la práctica cobratoria de reciente data-, y que la sentencia dictada no era más que un acto defectuoso dependiente de aquel emplazamiento inválido en aplicación de una notificación automática (art. 11 LNJ), creándole **indefensión** prácticamente desde el comienzo del procedimiento -ameritando surtidos incidentes de nulidad de notificaciones en esos escenarios patológicos- (arts. 9 LNJ y 32.1, CPC), de manera tal que la prescripción se interpone cuando la parte deudora –ahora sí enterada del proceso en su contra- se encontraba en posición verdadera de ejercer su defensa y no antes?

En contrapartida ¿acaso los actos interruptores de la prescripción no son resorte de la parte acreedora? ¿Tiene que explicar la parte deudora las razones y/o justificaciones adicionales del porqué no alegó antes la defensa de prescripción de la deuda, cuando se le quiere imponer requisitos adicionales, donde simplemente **“basta el transcurso del tiempo”** necesario para

prescribir la obligación, conforme le permite la ley (art. 865 CC; 968 *in fine*, CCom).

¡En fin!, no tenemos las respuestas, sin caer en similares especulaciones en las que incurrió el tribunal del fallo explayado *infra*.

Por polémica e insostenible, a la espera de que no se convierta en el argumento novedoso replicado en otros tribunales cobratorios o similares, ya sea por la parte actora-acreedora o por las personas juzgadoras, la resolución judicial cuestionada a la que haremos referencia expone a la letra:

**IV.** Luego de haber analizado la protesta que subyace en el recurso de apelación interpuesto por el actor, este Tribunal de Apelaciones concluye que dicho recurso vertical deberá declararse con lugar y se revocará el auto impugnado. Esto se debe a que esta cámara colegiada civil considera que, desde el punto de vista jurídico, el reproche en que se basó el medio de impugnación que ahora nos ocupa, se subsume dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Privado comparado conoce bajo el vocablo jurídico alemán “Verwirkung”, el cual ha sido traducido al idioma español como “retraso desleal en el ejercicio de un derecho”. Se trata de un instituto jurídico que, en países como España, no está expresamente regulado en la ley, pero la

---

11 *Exempli gratia* de procedencia de nulidad de notificaciones (arts. 32.1 CPC y 9 LNJ) tenemos estas circunstancias: a) falta de firma del notificador en el acta (4 p2°, 6 p1°, 9 LNJ), b) falta de notificación en lugar señalado en la demanda (TPAC SE n.º 937-4C-2022); c) incumplimiento de formalidades del acta (TACTA n.º 112-2022, n.º 511-2022); d) notificando está fuera del país (TPAC n.º 1590-4C-2022); e) notificando tiene domicilio contractual que no se respetó (TPAC n.º 997-2U-2024, n.º 257-3C-2024); f) notificando tiene domicilio real (TACTA n.º 268-2023, TPAC n.º 1456-1C-2022; TPAC SE n.º 595-2C-2022); g) notificando tiene domicilio registral (TACTA n.º 268-2023); h) omisión indicar quien la hará (TPAC SE n.º 937-4C-2022); i) omisión identificar plenamente al receptor, “quien dijo llamarse” o no identifica a nadie que la recibió (6, 8, 9 LNJ; TPAC n.º 1275-3C-2021, n.º 1590-4C-2022, n.º 738-2U-2023; TPAC SE n.º 1503-1C-2022, No. 1377-3C-2023; TACTH n.º 424-01-2022); j) omisión indicar el lugar donde se practicó (TACTL n.º 338-2021, TPAC SE n.º 1503-1C-2022; TACTZS n.º 150-2024); k) quebranto del debido proceso y derecho de defensa (TPAC n.º 1352-2021); l) realizada con un familiar o un extraño (TPAC n.º 1456-1C-2022; TPAC SE n.º 1235-2C-2022).

jurisprudencia de ese país, en su función informadora e integradora de las fuentes escritas del Ordenamiento Jurídico, le ha dado plena carta de naturaleza y lo ha aplicado a diferentes casos concretos, sobre la base del artículo 7.2. del Código Civil Español, que establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe. Concretamente, la llamada “Verwirkung” o “retraso desleal en el ejercicio de un derecho” pretende eliminar los efectos que podría conllevar el ejercicio tardío de un derecho, al entenderse que vulnera el principio de la buena fe. (al respecto ver Tribunal Supremo de España, Sala Primera. Sentencia número 474/2018 de 20 de julio de 2018). **La doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho está pensada para aquellas situaciones en las que el titular de un derecho retrasa su ejercicio a un punto tal, que la persona contra quien puede ejercerse ese derecho llega a pensar y a confiar que, debido al holgado tiempo transcurrido, el titular de ese derecho no lo hará efectivo.** (en sentido similar ver Tribunal Supremo de España, Sala Primera. Sentencia número 994/2002 de 22 de octubre de 2002). En la sentencia número 872/2011 de 12 de diciembre de 2011, el Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, indicó que “un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercita el derecho”.<sup>12</sup> El efecto jurídico que causa la doctrina

del retraso desleal en el ejercicio de un derecho es la pérdida o extinción del derecho que se pretende hacer valer. **En el sub júdice, este Tribunal Ad quem considera que es completamente válido aplicar dicha doctrina, por cuanto el comportamiento procesal del deudor-incidentista refleja, claramente, el ejercicio de un derecho (el derecho de solicitar y obtener la declaratoria de prescripción negativa de derechos reconocidos en sentencia judicial) contrario a los estándares mínimos de la buena fe en el tráfico jurídico.** La parte demandada-incidentista pudo haber ejercido su derecho de solicitar y de obtener la declaratoria de prescripción extintiva de los derechos contenidos en la sentencia firme de este asunto, dentro de los cuatro años siguientes al diez de agosto de dos mil cuatro o, en su defecto, dentro de los cuatro años posteriores al tres de noviembre de dos mil nueve, es decir, contó con al menos dos oportunidades para ejercer el derecho ya mencionado. **Sin embargo, no lo hizo de esa manera, sino que decidió ejercer su pluriculado derecho hasta el veintiocho de setiembre de dos mil veinte, cuando ya había transcurrido un lapso tan prolongado, que, desde la perspectiva de un observador óptimo, podía arribarse a la conclusión de que el titular del derecho (en este caso concreto, el deudor) ya no lo iba a ejercer.** El comportamiento omisivo del deudor-incidentista definitivamente creó la confianza legítima, en el acreedor-incidentado, de que, por el prolongado tiempo transcurrido a partir del último acto interruptor de la prescripción,

12 Y acaso eso no acontece con una parte actora/acreedora que abandona el ejercicio de su crédito de forma tan prologada que, a los ojos de un observador objetivo y razonable como el despacho, no desea reactivar el proceso y cobrar en definitiva la deuda?

indicado por la señora Jueza A quo en su sentencia (tres de noviembre de dos mil nueve), el deudor ya no iba a hacer valer su derecho de solicitar y de obtener la declaratoria de prescripción negativa de los derechos que la sentencia le concedió al acreedor. Del escrito en el cual el deudor-incidentista planteó el incidente de prescripción de los derechos declarados en sentencia, no se colige que se hubiera alegado alguna situación que justificara el ejercicio del derecho de solicitar la extinción de tales derechos hasta el día veintiocho de setiembre de dos mil veinte. Al deudor-incidentista se le han tenido por notificadas las diferentes resoluciones judiciales dictadas en el proceso, tanto la sentencia firme, como aquellas posteriores a ésta y en ningún momento ha manifestado algo al respecto y tampoco, pudiéndolo haber hecho perfectamente, interpuso, por ejemplo, la respectiva excepción de prescripción de los intereses que la parte actora ha liquidado, periódicamente, después de la sentencia que recayó en este proceso. Del mismo modo, el deudor-incidentista pudo haber tenido conocimiento claro de que su derecho de solicitar la declaratoria de prescripción negativa de los derechos que la sentencia le concedió a la parte actora, también estaba sujeto al plazo de prescripción, conforme lo establece, para este caso concreto, el artículo 986 del Código de Comercio, de modo que, para este Tribunal, si transcurre un plazo prolongado, después de ese plazo prescriptivo de cuatro años, previsto por esa norma jurídica y el deudor decide ejercer su derecho, entonces es válido aplicar la doctrina del “retraso desleal del derecho”, por cuanto su ejercicio, después de un holgado lapso que supera el plazo de la prescripción, sería de mala

**fe.** Nótese cómo, en el sub judice, si se toma como punto de partida el día tres de noviembre de dos mil nueve (al cual hizo mención expresa el deudor-incidentista en la causa petendi de su incidente de prescripción), se puede concluir que el nuevo plazo de prescripción, que comenzó a correr a partir del cuatro de noviembre de dos mil nueve, concluyó el cuatro de noviembre de dos mil trece y no fue sino casi siete años después, sea el día veintiocho de setiembre de dos mil veinte, que el deudor solicitó, vía incidente, la **declaratoria de prescripción negativa de los derechos declarados en sentencia.** Definitivamente ese comportamiento del deudor evidencia el ejercicio de mala fe del derecho que el artículo 986 del Código de Comercio le otorga. Como bien lo manifestó la parte actora en su agravio de apelación, entre el diez de agosto de dos mil cuatro y el tres de noviembre de dos mil nueve, el deudor-incidentista debió haber interpuesto el incidente de prescripción de los derechos declarados en sentencia. Por el contrario, al haber ejercido tal derecho hasta el veintiocho de setiembre de dos mil veinte, denota el ejercicio desleal de un derecho, el ejercicio de un derecho contrario a las exigencias de la buena fe. **Este Tribunal de Apelaciones considera que, al igual que sucede en países como España, la doctrina del “retraso desleal en el ejercicio de un derecho” o “Verwirkung”, tiene asidero jurídico en los artículos 21 y 22 del Código Civil costarricense, los cuales son normas casi idénticas al numeral 7 del Código Civil Español.** POR TANTO: De conformidad con lo expuesto, se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Se REVOCA el auto impugnado. En sustitución de la decisión revocada,

se declara sin lugar el incidente de prescripción interpuesto por el deudor-incidentista en su escrito incorporado al escritorio virtual el día veintiocho de setiembre de dos mil veinte. Se falla dicha articulación sin condenatoria en costas. (Lo subrayado y negrita son suplidos). (Ver TACTH n.º 038-2021).

Con base en los CONSIDERANDOS del fallo reseñado, poren estadio procesal avanzado, donde se dictó sentencia añeja, transcurrió en exceso el plazo prescriptivo cuatrienal mercantil después de la sentencia y hasta el momento en que se interpuso la **prescripción de sentencia**. La parte actora impugnante aludió que, en el caso de marras, después de dictada la sentencia, se habían dado actos interruptores de la prescripción consistentes en pluralidad de liquidaciones de intereses aprobadas por el despacho.

Tal como se extrae del POR TANTO del fallo en este caso cobradorio, el órgano colegiado revoca la declaratoria con lugar del incidente la prescripción, introduciendo en el ordenamiento jurídico costarricense una alteración grosera de la jerarquía normativa de rango constitucional (art. 7, CPol) y de las fuentes escritas y no escritas del derecho positivo (art. 1 CC) aplicable de forma supletoria a la legislación mercantil (art. 2, CCom), confiriendo un rango superior a la **doctrina foránea** (bajo el ropaje de jurisprudencia local) por encima de la norma expresa que habilitó al demandado a interponer la prescripción como defensa material, acorde a sus intereses procesales.

En este fallo replicado *in extenso* para efectos didácticos y como fallo referente dictado por unanimidad del órgano colegiado provincial,

se sumerge el **peligro latente** de que, en esa circunscripción territorial, se constituya en un futuro cercano en jurisprudencia<sup>13</sup> para ese circuito judicial al momento de abordar casos de similar naturaleza cobratoria sometidos a su conocimiento en alzada (arts. 67.3.2 y 67.3.24, CPC) respecto a la doctrina del *Verwirkung* o retraso desleal en el ejercicio de un derecho.

Lo más paradójico es que la **liquidación de intereses per se** no notificada a la parte deudora en los términos que exige la ley (artículo 977.a, CCom) carece de estatus interruptor. Así también acaece cuando, habiendo transcurrido de sobre el plazo de prescripción cuatrienal mercantil desde el dictado de la sentencia y hasta la interposición de la prescripción, sin que medien liquidaciones de intereses en el expediente debidamente notificadas a la parte deudora para que ejerza su derecho de defensa, bajo ese escenario, debía acogerse la defensa prescriptiva.

Resulta insólito que se sancione con la doctrina foránea del *Verwirkung* a aquella parte deudora que, en pleno ejercicio de un derecho procesal, **interponga la impugnación (mediante excepción o incidente) de prescripción de forma tardía**. Es obvio que la oportunidad procesal para interponer la excepción está permitida dentro del emplazamiento para contestar la demanda. Pero si junto con dicha contestación negativa, se alega el incidente de nulidad de notificación de la demanda, y se declara con lugar este incidente (arts. 9 y 10 p3º, LNJ; 32.1, 33.1 p2º, CPC), en el sentido de que no ha precluido el plazo para alegar la nulidad, si se trata de vicios esenciales e insubsanables del procedimiento.

Por tanto, si la nulidad de la notificación del emplazamiento prospera, *ergo*, igual prosperará

---

13 Este temor resultó **fundado** por cuanto, en fallos posteriores, se reitera el criterio de ese órgano colegiado que agota la segunda instancia. Véase de ese mismo órgano colegiado TACTH n.º 419-2022 y n.º 103-03-2023.

la excepción de prescripción en procesos monitorios dinerarios o sumarios de obligación dineraria no monitoria.

Ahora bien, en el escenario donde no hay nulidades de por medio justificativas de un alegato prescriptivo tardío, ¿se aplicaría la misma doctrina alemana del *Verwirkung* para considerar una **gestión tardía de prescripción de la sentencia firme ejecutada?** Parece que sí, pues la doctrina alemana aplica en ambas vías, cuando el actor retarda el ejercicio de su accionar cobradorio o, por el contrario, cuando la parte demandada retarda el ejercicio de su defensa prescriptiva. Así parece entenderlo ahora la jurisprudencia provincial.

Sin embargo, así como un actor puede accionar si el plazo prescriptivo se lo permite, también es factible que la persona demandada alegue la prescripción si se dan los supuestos previstos en la norma: i) prescriptibilidad (en el comercio de los hombres); ii) temporalidad (transcurso del tiempo desde que la prestación sea exigible); iii) inercia (pasividad del titular); y iv) interés legítimo (persona deudora o cualquiera con interés).

La alegación de la prescripción es objetivamente apreciable como “tardía”, si se interpone en fase de conocimiento del proceso cobradorio fuera del rango del plazo de contestación (art. 37.2, CPC). Pero, en la etapa de ejecución de sentencia –firme- ante el abandono tangible, ostensible de la parte actora por el plazo cuatrienal suficiente para presentar la defensa prescriptiva, parece entonces que no resulta tardía, siempre que, se insiste, se cumplan los requisitos para que opere la prescripción.

El despacho judicial no puede tutelar el crédito de un actor inerte que mantiene **[in]activo** un proceso de forma indefinida. Eso es inadmisible para la Administración de Justicia. La expresión

de la cuestionada doctrina: “*El efecto jurídico que causa la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho es la pérdida o extinción del derecho que se pretende hacer valer*”, cuando **un actor puede aún demandar y un demandado puede aún defenderse, verbi gratia**, cuando alega prescripción de intereses no liquidados oportunamente por el acreedor (véase TACTH n.º 268-07-2023), en nuestro criterio, carecería de asidero lógico, fáctico y, sobre todo, jurídico, pues no vulnera el principio de buena fe “retrasar” el ejercicio de un derecho, no convierte al o a la litigante (parte actora o demandada) en litigante de mala fe.

## 9.- Conclusión

Desprendiéndonos de todo prejuicio *pro creditoris* o *pro debitoris*, el reproche plasmado en este artículo se dirige a la reevaluación de la forma en la que se está resolviendo en nuestros tribunales.

Esta afirmación no es gratuita, pues su basamento radica en que la jurisprudencia en su carácter informador del ordenamiento jurídico, como fuente normativa, en la escala jerárquica de las normas (art. 7 CPol), pero no supliendo la existencia de las normas positivas ya previstas (art. 9 CC), está tomando gran relevancia para –y cuidado con esta extralimitación- legislar sobre aquellos aspectos tan delicados como la asignación o atribución de cualidades negativas a las conductas de las partes.

En este artículo, quizás –por decir lo poco- la **jurisprudencia dominante** de distintos tribunales superiores que conocen de la materia cobratoria podría quebrantar tanto el principio de imparcialidad como el de igualdad procesal, porque, si una persona juzgadora –en primera o en segunda instancia- utiliza como criterio decisivo: **a)** la aplicación indiscriminada de la excepción o salvedad a la regla -y no la regla

diseñada al efecto- para exonerar en costas a la parte acreedora cuando esta última pierde el pleito al acogerse la excepción de prescripción, ya sea porque consideró que –en un alto porcentaje, por no decir el 90-100% de los casos- el actor “litigó de buena fe”, haciéndolo beneficiario de eximir en el pago de ambas costas; situación inusual –estadísticamente- en esos altos porcentajes de exoneraciones sin un **cuadro fáctico** –y no meramente argumentativo de protecciónismo judicial- sustentado en el propio expediente y en el caso concreto para arribar a esa conclusión tan generalizada; **b)** la aplicación de doctrinas foráneas para desconocer los derechos procesales de una de las partes que, en atención de la interposición de la excepción y/o incidente de prescripción, consideran que el momento procesal en el cual es formulada esa defensa podría constituir un ejercicio abusivo del derecho por constituir en criterio de dicho tribunal –colegiado o unipersonal-, un retraso desleal en el ejercicio de un derecho, lo que nos parece demasiado drástico, genérico y desventajoso para la parte demandada, a quien se le impuso esa sanción.

Es por lo anteriormente expuesto que toda persona juzgadora debe ser **imparcial e independiente**, implicatoria del despojo de todo prejuicio, favoritismo o predisposición (jurisprudencia imperante o de los órganos superiores con cuya resolución en ulterior grado debe conformarse (art. 170, LOPJ) para que, aunque decida que, en **caso de marras** y únicamente resolviendo con lo que se desprende de ese particular **caso concreto**, la parte actora es condenada, lo haga sin las trabas o ataduras de que, en segunda instancia, se le revocará el fallo y, aun acaeciendo esa posibilidad, debe sostener esa independencia judicial interna para resolver **conforme a “derecho”** y **no conforme a la equidad o a la “justicia”**, pues ante todo juró como juez o jueza respetar la constitución y la leyes, indistintamente de si, en su fuero interno, considera que la deuda

debe ser honrada. ¡La tarea no es sencilla y se requiere valor para llevarla a cabo!

Lo que sí es factible es que, si a nivel legislativo, se explorara la posibilidad de que se exima del pago de ambas costas al actor cuando se declara con lugar la excepción de prescripción, así se pronuncie el parlamentario conforme a sus facultades constitucionales (art. 121.1, CPol) con una reforma a la codificación adjetiva y, de esta forma, dar certeza y seguridad a los operadores jurídicos (partes y personas juzgadoras).

Asimismo, si a nivel institucional judicial, se desea que la jurisprudencia imperante en el tema de repercusión económica exonerativa, sea un parámetro objetivo de actuación jurisdiccional, se debe utilizar el mecanismo de la **casación en interés de la jurisprudencia** (art. 71, CPC) para esos mismos propósitos. Hasta tanto eso no suceda, la persona juzgadora debe tomar la decisión que se desprenda del caso, sin esos factores externos o internos que influyan en su decisión a la hora de analizar la repercusión económica del proceso como parte integral de su fallo (art. 61.2.3, CPC).

¡Esperamos que este trabajo haya sido del agrado de la persona lectora!

#### 4.- Fuentes de consulta

##### 4.1.A) Legislación costarricense

Constitución Política de Costa Rica.

Estatuto de la justicia y derechos de las personas usuarias del sistema judicial.

Ley N.º 8, Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley N.º 63, Código Civil.

Ley N.º 3284, Código de Comercio.

Ley N.º 4534, Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Ley N.º 8687, Ley de Notificaciones Judiciales.

Ley N.º 9342, Código Procesal Civil.

Tratado Internacional N.º 422-B, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### **4.1.B) Legislación extrajera**

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

Código Procesal Civil de la provincia de Santa Fe (Argentina).

Código Procesal General. Modelo para la justicia no penal de Latinoamérica.

Código Civil de España.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.

#### **4.2) Doctrina**

Álvarez Salas, Lizeth (compiladora). (2016). *Código Procesal Civil*. 1.ª Edición. San José: Editorial Guayacán.

Arnaud Moya, Federico. (Febrero de 2020). Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España n.º 243/2019. 24 abril (RJ 2019, 1583). *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 12, pp. 832 a 845. Recuperado de [https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/29\\_Federico\\_Arnaud\\_pp\\_832-845.pdf](https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/03/29_Federico_Arnaud_pp_832-845.pdf).

Cañizares Laso, Ana. *Verwirkung: retraso desleal en el ejercicio de los derechos*. Seminario n.º 5. Cañizares 2018/2019. Sesión n.º 6 19/06/2019. Universidad de Málaga. [https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/119203/seminario-n5-canizares-20182019/?set\\_language=en](https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/119203/seminario-n5-canizares-20182019/?set_language=en)

Giorgi, Jorge. (1930). *Tratado de las obligaciones en el derecho moderno*. Tomo VII. Madrid: Editorial Reus.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (2018). *Principios de UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales*. Roma.

Veiga Copo, Abel B. (2019). La prescripción extintiva en un contexto de reformas. Vigencias y desfases. *Revista Deusto*. N.º 61. Bilbao, pp. 129 a 165. Recuperado de <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/1647/1999>

#### **4.3) Jurisprudencia**

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Resolución N.º 734-2U-2019 de las 14:00 horas del 19/07/2019.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Resolución N.º 378-2U-2020 de las 14:45 horas del 12/03/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Resolución N.º 392-4U-2020 de las 11:06 horas del 13/03/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Resolución N.º 506-1U-2020 de las 17:35 horas del 16/04/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Resolución N.º 533-2U-2020 de las 16:20 horas del 24/04/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 558-1U-2020 de las 19:40 horas  
del 29/04/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 559-2U-2020 de las 19:45 horas  
del 29/04/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 595-4U-2020 de las 21:50 horas  
del 07/05/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 839-4U-2020 de las 16:10 horas  
del 29/06/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 890-1U-2020 de las 14:55 horas  
del 24/07/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1211-1C-2020 de las 18:50 horas  
del 29/09/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1362-4U-2020 de las 16:00 horas  
del 04/11/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1275-3C-2021 de las 13:04 del  
16/09/2021.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1390-3C-2021 de las 15:24 horas  
del 14/10/2021.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1121-3C-2023 de las 11:42 horas  
del 27/07/2023.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1130-2U-2023 de las 15:52 horas  
del 27/07/2023.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 455-4U-2020 de las 14:00 horas  
del 13/04/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 414-3U-2021 de las 8:41 horas  
del 22/03/2021.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1352-2021 de las 13:27 horas del  
07/10/2021.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1456-1C-2022 de las 15:22 horas  
del 03/11/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 1590-4C-2022 de las 14:57 horas  
del 25/11/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 738-2U-2023 de las 10:16 del  
01/06/2023.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 257-3C-2024 de las 16:09 horas  
del 20/02/2024.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Resolución N.º 997-2U-2024 de las 10:49 horas  
del 09/07/2024.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Sección Extraordinaria. Resolución N.º 171-4C-  
2020 de las 14:25 horas del 05/02/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Sección Extraordinaria. Resolución N.º 245-1C-  
2020 de las 15:05 horas del 19/02/2020.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José.  
Sección Extraordinaria. Resolución N.º 937-4C-  
2022 de las 16:03 horas del 29/07/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Resolución N.º 1235-2C-2022 de las 15:44 horas del 23/09/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Resolución N.º 1503-1C-2022 de las 16:24 horas del 11/11/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Resolución N.º 595-2C-2022 de las 15:29 horas del 27/05/2022.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Resolución N.º 1377-3C-2023 de las 17:04 horas del 12/09/2023.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Alajuela. Resolución N.º 036-2020-CI de las 15:20 horas del 21/01/2020.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Alajuela. Resolución N.º 112-2022 de las 08:30 horas del 18/02/2022.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Alajuela. Resolución N.º 511-2022 de las 08:45 horas del 27/06/2022.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Alajuela. Resolución N.º 268-2023 de las 17:24 horas del 11/05/2023.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago. Resolución N.º 049-2020 de las 16:04 horas del 26/02/2020.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Resolución N.º 252-02-2021 de las 15:00 horas del 24/05/2021.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Resolución N.º 424-01-2022 de las 13:50 horas del 13/10/2022.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Resolución N.º 090-01-2023 de las 13:46 horas del 14/02/2023.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Resolución N.º 038-2021 de las 13:40 horas del 18/01/2021.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Resolución N.º 419-02-2022 de las 14:05 horas del 30/09/2022.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Unipersonal por ministerio de ley. Resolución N.º 103-03-2023 de las 15:10 horas del 14/02/2023.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Heredia. Unipersonal por ministerio de ley. Resolución N.º 268-07-2023 de las 16:15 horas del 26/05/2023.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Atlántica-Limón. Resolución N.º 338-2021 de las 10:03 horas del 26/10/2021.

Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de la Zona Sur, Pérez Zeledón. Resolución N.º 150-2024 de las 07:54 horas del 09/05/2024.



# EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LEY DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE COSTA RICA

*M. Sc. Patricia Herrera Gómez<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente artículo desarrolla el concepto de acceso a la justicia, los retos en la aplicación de este principio a los pueblos indígenas, las normas jurídicas de derecho internacional aplicables en la materia, así como la posición jurisprudencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en torno a este derecho, tratándose de pueblos indígenas y tribales. De seguido, analizan el nacimiento de la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica y el alcance de cada uno de los catorce artículos que componen esta ley, así como su importancia para garantizar la tutela judicial efectiva en el caso de los pueblos indígenas que habitan en el territorio costarricense.

**Palabras clave:** Acceso a la justicia, pueblos indígenas, pertinencia cultural, interculturalidad, equidad, igualdad, cosmovisión indígena.

## ABSTRACT

This article develops the concept of access to justice, the challenges in the application of this principle to the indigenous people; the applicable legal rules from the International Law; and the jurisprudential position that the Inter-American Court of Human Rights has developed about the access to justice belonging to indigenous and tribal peoples. The next step is to analyze the birth of the Costa Rican Indigenous Peoples Access to Justice Law and the scope of each one of the fourteen articles that make up this law, beside their importance to make an effective justice access in the case of the indigenous people that live in the Costa Rican territory.

**Keywords:** Access to justice, indigenous peoples, cultural relevance, interculturality, equity, equality, indigenous cosmovision.

Recibido: 26 de noviembre de 2024      Aprobado: 14 de mayo de 2025

1 Es licenciada en Derecho por la Universidad de La Salle y máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad para la Paz. Además, cuenta con dos diplomados en Investigación Criminal y Seguridad Organizacional por el Colegio Universitario de Cartago y en Derechos Humanos, Políticas Públicas y Pueblos Indígenas por la Fundación Henry Dunant. Actualmente, labora como jueza en el Tribunal Penal de Heredia, Sede Sarapiquí. Correo electrónico: [herrerago@gmail.com](mailto:herrerago@gmail.com).

## Introducción

Los pueblos indígenas de Costa Rica, como resultado de la exclusión y discriminación a la que se han visto expuestos de manera histórica, enfrentan especiales dificultades para acceder a la justicia y hacer valer sus derechos.

Superar esas barreras se constituye en un tema transversal para la Administración de Justicia en el propósito de brindar un servicio de calidad que se ajuste a las características y necesidades de las personas usuarias.

Reconocer la pluriculturalidad inherente a la población que habita dentro del Estado costarricense y respetar las diferencias son un punto de partida para garantizar los principios de igualdad y dignidad humana.

La integración de la Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas al derecho interno es parte de aquellas acciones afirmativas en aras de alcanzar la equidad a la que tienen derecho las personas pertenecientes a los pueblos indígenas.

¿Qué es el derecho de acceso a la justicia y cuáles son sus matices cuando de pueblos indígenas se trata? Este es el tema que se analizará a continuación.

## Desarrollo

Convencional, constitucional y doctrinariamente, se ha entendido el derecho de acceso a la justicia -que coincide en gran parte con el derecho a la tutela judicial efectiva- como un derecho humano esencial para hacer efectivos otros derechos humanos.

De acuerdo con Llobet Rodríguez (2018): “[...] en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el acceso a la justicia tiene dos facetas, por un lado es un derecho humano, y por el otro,

es un instrumento para garantizar los derechos humanos (p. 257)”.

Así, es un derecho cuyo valor radica en que constituye un vehículo para hacer justiciables otros derechos cuando el Estado o particulares los vulneran, deniegan o limitan injustificadamente.

En este sentido, la posibilidad de acudir a la vía judicial a hacer valer derechos, y qué tan accesibles sean los recursos y mecanismos judiciales para la persona usuaria pueden hacer una diferencia significativa en el uso y disfrute de otros derechos (sociales, económicos, culturales, civiles o políticos) que dependen de las vías judiciales para hacerse valer en la práctica.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, de acuerdo con Sainz-Borgo (2014), el derecho de acceso a la justicia: “[...] es lo que se conoce como un derecho bisagra, pues le da efectividad a los derechos por permitir reclamar su cumplimiento y, por esta vía, garantizar la igualdad y la no discriminación (p. 9)”.

Por su parte, el exjuez de la Corte IDH, Ventura Robles (2007), se refiere al contenido del derecho al acceso a la justicia:

El acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, que por este principio podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución (p. 348).

En el Poder Judicial, se ha entendido la importancia de empapar el quehacer institucional con el principio de acceso a la justicia como norte, y que la Administración de Justicia sea un servicio que se ajuste a las diferentes características y necesidades de las personas usuarias.

Así, el Plan Estratégico Institucional del Poder Judicial de Costa Rica (2019-2024) cuenta con el principio de acceso a la justicia como uno de sus ejes transversales. Desde esta perspectiva de la institución, se entiende como tal:

Velar por la incorporación en forma transversal, de la perspectiva de las poblaciones en condición de vulnerabilidad (Población con discapacidad, adulta mayor, privada de libertad, migrante y refugiada, sexualmente diversa, indígena, afrodescendiente, víctimas del delito, víctimas de violencia sexual y doméstica, niños, niñas y adolescentes y personas en conflicto con la ley Penal Juvenil) en todo el quehacer institucional, promoviendo acciones de coordinación con los diferentes actores judiciales, para mejorar las condiciones de acceso a la justicia. (Poder Judicial, 2019, p. 24).

Como vemos, este eje transversal del Poder Judicial hace referencia a la manera en que la institución se relaciona con las diferentes personas usuarias que requieren de sus distintos servicios. Reconoce la diversidad existente en la población y que no hay una homogeneidad en las personas usuarias ni en sus características ni en sus demandas, sino que, en cambio, según sean sus particularidades, surgen diferentes necesidades y requerimientos que deberán ser atendidos por parte del Estado al brindar sus servicios.

De esta manera, la respuesta institucional no puede ser la misma ante diferentes personas usuarias, sino que deberá tomar como punto de

partida aquellos rasgos y aquellas condiciones distintivas que rigen la vida cotidiana de la población respectiva.

Sin duda, es fundamental que se conozcan quiénes son las personas usuarias para brindar un servicio de manera óptima y hacer efectivos los derechos que son judicializados; es decir, lograr un verdadero acceso a la justicia.

Solo a manera de ejemplo, la digitalización de servicios puede tanto ser una medida que facilite la tutela judicial efectiva (piénsese, por ejemplo, la posibilidad de solicitar una orden de apremio corporal por vía electrónica en contra de una persona deudora alimentaria, lo que facilita el derecho de la persona acreedora a recibir los alimentos a los que tiene derecho por sentencia judicial), como una medida que se constituya en una brecha u obstáculo cuando las personas usuarias no tienen acceso a los recursos tecnológicos básicos como una computadora, internet o servicio de electricidad (lo que impediría, por ejemplo, acceder a un expediente digital).

Tratándose de pueblos indígenas, el tema se torna aún más sensible, pues no pueden obviarse las dificultades materiales ni los patrones de discriminación estructurales que se constituyen en barreras que limitan o impiden el acceso a la justicia como derecho humano. Tomar conciencia de ello pasa por reconocer a los pueblos y las personas indígenas como un grupo vulnerable al momento de ejercitarse sus derechos en el sistema de la Administración de Justicia.

Como lo subraya la Organización Internacional del Trabajo (2009):

La posición de marginación de los pueblos indígenas se refleja con frecuencia en su limitado acceso a la justicia. No sólo corren el riesgo particular de ser víctimas

de corrupción, explotación sexual y económica, violaciones de los derechos fundamentales del trabajo, violencia, etc., sino que también cuentan con escasas posibilidades de obtener una reparación judicial. En muchos casos, los pueblos indígenas no están familiarizados con las leyes nacionales o con el sistema jurídico nacional ni cuentan con el contexto educativo ni los medios económicos que puedan garantizarles el acceso a la justicia. Por lo general, tampoco hablan ni leen el lenguaje oficial que se emplea en los procedimientos legales, por lo que pueden sentirse confundidos en la cortes, audiencias o tribunales (p. 84).

Por ello, no es extraño que la pertenencia a un pueblo indígena sea una de aquellas categorías que gozan de mayor protección, justamente por constituir un grupo poblacional que enfrenta crecientes dificultades para ejercer con plenitud sus derechos ante el sistema de administración de justicia.

Así, los pueblos indígenas se encuentran reconocidos por las “Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” como una de estas categorías de vulnerabilidad que ameritan una mayor protección por parte del Estado y que se deban tomar medidas y disposiciones que reduzcan o eliminen los obstáculos al momento de acceder a la justicia. La regla número 9 establece:

Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema

de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Las Reglas de Brasilia procuran que, cuando las personas indígenas se vean frente a un proceso judicial, no lo hagan en posición de desventaja respecto a las restantes poblaciones que forman parte del país. Además, pretende que se solventen aquellas diferencias culturales, sociales o económicas, de manera que no devengan en un perjuicio o un obstáculo injustificado para la persona interveniente en un proceso judicial, por lo que el Estado deberá adecuar el sistema judicial para que sea sensible a los obstáculos a los que se enfrenta una persona indígena al momento de ejercitar su derecho de acceder a la justicia.

En la regla número 28, se potencian las acciones de los Poderes Judiciales para garantizar a las personas en condición de vulnerabilidad asistencia técnica legal gratuita y defensa pública. Tratándose de personas indígenas, la regla número 32 tiene especial relevancia, pues hace referencia al derecho de contar con la asistencia de intérprete. Así, esta regla dispone:

Se garantizará la asistencia gratuita de una persona intérprete o traductora, cuando quien hubiese de ser interrogada o debiera prestar alguna declaración incluso como testigo, o cuando fuese preciso darle a conocer personalmente alguna resolución o documento, no conozca, no hable o no entienda el idioma utilizado en la actuación judicial respectiva [...].

Por medio de la regla número 48, se promueve la resolución de conflictos entre personas indígenas,

con arreglo a los procedimientos establecidos desde su derecho consuetudinario:

Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, la comunidad afrodescendiente y otras diversidades étnicas y culturales. Se propiciará la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal y los medios de administración de justicia tradicionales de las comunidades mencionadas, basadas en el respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Mediante la regla 49, se promueven el uso de peritajes culturales y/o antropológicos, así como el derecho a expresarse en el idioma materno, aun cuando las controversias jurídicas se sucedan fuera de territorios o comunidades indígenas.

En la regla 50, se tienen como una condición básica el respeto a la dignidad de las personas intervenientes y un trato diferenciado y adecuado a las circunstancias particulares de aquellas personas en condición de vulnerabilidad.

Mediante las reglas 51 y siguientes, se promueve el derecho a la información de las personas en condición de vulnerabilidad por parte de las diferentes instancias del sistema de Administración de Justicia.

Con la regla 58, se tutela el derecho de las personas en condición de vulnerabilidad a entender y ser entendidas al interactuar en los procesos judiciales, lo que claramente cobija también a las personas indígenas que tienen derecho a usar

y a recibir información en su idioma materno, cuando intervienen como partes ante el sistema de Administración de Justicia.

Por su parte, la regla 68 hace referencia a la consideración de los horarios de las diligencias judiciales, para lo que dispone, de interés para los efectos de los pueblos y las personas indígenas:

[...] los actos judiciales deben celebrarse puntualmente, no obstante para fijar la fecha y hora de las actuaciones judiciales, deberán tomarse en consideración las particulares circunstancias de la persona en condición de vulnerabilidad; entre otras: ubicación y condiciones geográficas del lugar de residencia, distancia con la sede judicial, medios de transporte y horarios de traslado.

Considerando a los pueblos y las personas indígenas, pero también que, en una misma persona, pueden confluir otras categorías de vulnerabilidad -lo que se conoce como interseccionalidad- conviene tener presente la regla número 72, según la cual:

Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las necesidades y particularidades de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el tipo y el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla.

La regla número 79 es específica para los pueblos y las personas indígenas y, por medio de ella, se promueve el respeto a la cosmovisión indígena. Esta indica:

En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad y cosmovisión, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, personas afrodescendientes y otras diversidades étnicas y culturales conforme al ordenamiento jurídico de cada país.

Ahora bien, tal y como la regla número 48 de las Reglas de Brasilia ya lo adelantaba, en el caso particular de los pueblos indígenas, el concepto de acceso a la justicia se amplía, ya que abarca también el derecho de los pueblos indígenas a dirimir los problemas internos propios de la convivencia diaria, conforme a su derecho consuetudinario, sus instituciones y mecanismos de resolución de conflictos. Por lo tanto, no solo contempla la vía judicial estatal, sino también las formas tradicionales de los pueblos originarios para solucionar las diferencias que surgen en la cotidianidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha ido desarrollando en sus sentencias el derecho de los pueblos indígenas a una tutela judicial efectiva, de la mano con el respeto a la identidad cultural de cada pueblo. En este orden de ideas, se recuerda el carácter interdependiente de los derechos humanos, de manera que no es posible separar el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas de otros derechos humanos que son necesarios e indispensables para que unos y otros sean eficaces.

En el caso particular de los pueblos indígenas, conlleva reconocer las formas bajo las cuales, como colectivo, se organizan para canalizar sus demandas y asegurar su subsistencia, siendo estas formas de organización las que ostentan su representación, tanto en lo interno de cada pueblo, como en su relación con el Estado y particulares externos.

En el caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam, la Corte IDH (2015) resolvió:

251. En este sentido, la Corte estima que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, así como de otros estándares internacionales en la materia, los recursos internos, deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva, en tanto pueblos indígenas y tribales, así como de la personalidad jurídica individual, como miembros integrantes de dichos pueblos;
2. otorgamiento de capacidad legal para interponer acciones administrativas, judiciales o de cualquier otra índole de manera colectiva, a través de sus representantes, o en forma individual, tomando en cuenta sus costumbres y características culturales;
3. garantía de acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal- sin discriminación y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que el recurso disponible deberá ser:
  - a) accesible, sencillo y dentro de un plazo razonable. Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia, a saber:
    - i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin;
    - ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la

propiedad colectiva, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y

iii) facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.

b) adecuado y efectivo para proteger, garantizar y promover los derechos sobre sus territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, delimitación, demarcación, titulación y, en su caso, de garantía del uso y goce de sus territorios tradicionales;

4. otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra, y

5. respeto de los mecanismos internos de decisión de controversias en materia indígena, los cuales se encuentren en armonía con los derechos humanos.

En suma, el respeto pleno al derecho de acceso de los pueblos indígenas a la justicia implica que sus instituciones y sus productos culturales deben

ser respetados, entre los que destacan su idioma materno, sus mecanismos de resolución de conflictos, sus costumbres y normas religiosas, su estructura organizativa, entre otros.

Este pronunciamiento de la Corte IDH guarda total congruencia con los preceptos reconocidos por el convenio número 169 de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, los cuales desarrollan varias aristas de la relación entre justicia y pueblos indígenas.

Para el acceso de los pueblos indígenas a la justicia, es relevante el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio [...]”.

Es decir, se deberán tener en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, cuando se resuelva alguna controversia de índole jurídica que les atañe.

Por su parte, el artículo 9 y, aun en lo concerniente al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, se promueve que -siempre que sea posible y compatible con los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos- los Estados

respeten las formas y métodos tradicionales de los pueblos indígenas para sancionar las infracciones a las normas en sus comunidades. Además, como un compromiso de particular relevancia, les recuerda a los tribunales penales que conozcan de conflictos con personas indígenas que tengan en cuenta las costumbres de estos pueblos a la hora de resolverlos.

El artículo 10 implica el compromiso de los Estados de que, al momento de imponérsele a una persona indígena una sanción por medio de la justicia estatal, se tomen en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. También establece que, al momento de fijar una pena, deberá valorarse la posibilidad de imponer sanciones distintas a la prisión.

Por su parte, con relación al derecho de acceso a la justicia y a la adopción de acciones afirmativas para garantizarla, como la designación de personas intérpretes del idioma indígena materno, el artículo 12 señala:

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Evidentemente, esta serie de disposiciones del derecho internacional que pasan a integrar el ordenamiento jurídico aplicable en la medida de que son parte de los compromisos adquiridos por el Estado costarricense hacen que, por parte de todo el aparato estatal -incluyendo al Poder

Judicial-, se deban adecuar los mecanismos, las estructuras, los servicios, los métodos, las formas, etc., para que ese acceso a la justicia de los pueblos indígenas sea real y efectivo. Esto exige que se tengan siempre como norte los principios de dignidad humana, igualdad y equidad.

Estos principios son cardinales en la doctrina de los derechos humanos, por lo que los encontramos en numerosos instrumentos de la materia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e, incluso, en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo 22.3 establece: “Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley [...]”.

Siendo consecuentes, el reconocimiento en dignidad y derechos de los pueblos y las personas indígenas tiene como punto de partida el respeto a su cosmovisión. Como tal, se entiende el conjunto de valores, creencias, mitos, formas de concebir y relacionarse con el mundo y con otros seres vivos que tienen las personas pertenecientes a pueblos indígenas, por lo que integran su patrimonio cultural.

Ahora bien, para ser congruentes con estos principios de dignidad humana, igualdad y equidad, es indispensable que la manera en que nos posicionamos frente a los valores, creencias, costumbres, etc., de un determinado pueblo indígena sea con una perspectiva o enfoque intercultural.

Este enfoque es indispensable para construir una nueva manera de relacionarse con los pueblos indígenas, al punto de que la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad

de las Expresiones Culturales contempló dicho concepto en el artículo 4.8, al establecer que la interculturalidad: “Se refiere a la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y a la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, a través del diálogo y del respeto mutuo”.

En cuanto al concepto de diálogo intercultural, de acuerdo con la Fundación Ciudadanía Activa (2020), este hace referencia a: “[...] la relación entre culturas que implica la capacidad de comprender las particularidades de dos o más, marcos de referencia cultural, con el fin de identificar puntos de encuentro, en un entorno de reconocimiento de la dignidad y Derechos Humanos de los participantes (p. 60)”.

Ahora bien, una vez que reconocemos y abordamos con respeto las diferencias culturales existentes entre pueblos indígenas y no indígenas, y que comprendemos que los principios de igualdad y equidad se constituyen en los estándares mínimos que deben regir la relación entre Estado y pueblos indígenas, surge la necesidad de tomar aquellas medidas y disposiciones que, a manera de correctivos, tienen como fin superar las desventajas a las que se enfrentan las personas indígenas a consecuencia de la discriminación estructural o de condiciones materiales que devienen en un obstáculo para acceder a la justicia y, con ello, equiparar en oportunidades y derechos a personas indígenas y no indígenas.

Esto justifica la adopción de medidas o acciones afirmativas que reduzcan las brechas existentes, particularmente, en lo tocante al acceso a la justicia para garantizar así el principio de equidad. En este orden de ideas, en respuesta a los compromisos adquiridos por el Estado costarricense, el 28 de septiembre de 2018, la Ley 9593, Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, nació a la vida jurídica, la cual es un cuerpo de normas del derecho interno

que establece una serie de medidas afirmativas en procura de cerrar la brecha.

Esta ley inicialmente se trató bajo el Expediente Legislativo 17805, titulado en aquel momento: “Carta de Derechos sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”.

En la exposición de motivos del entonces Proyecto de Ley y como parte de los antecedentes, se reseñó:

En el 2007, el Poder Judicial realizó un diagnóstico sobre la situación de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad y relativo al acceso de las personas indígenas a la justicia estatal, en el cual se determinó que este se ve obstaculizado por múltiples factores como la falta de celeridad, el no contar con traducción ni con patrocinio jurídico especializado que conozca la realidad de las personas y comunidades indígenas. También se hace referencia a la falta de comprensión del tema y la inadecuada preparación de los y las juzgadoras para resolver asuntos relacionados con estos pueblos. (Florez-Estrada Villalta, 2010).

En este orden de ideas, a nivel institucional, se identificó parte de los obstáculos a los que se enfrentan las personas que pertenecen a los pueblos indígenas al momento de pretender acceder a los mecanismos judiciales para la resolución de conflictos.

Lo anterior justificó que se planteara el Proyecto de Ley con la finalidad de facilitar el procedimiento -un tema de forma- para las personas indígenas que indudablemente repercutiría en la calidad de la justicia que recibirían por parte de los órganos judiciales.

De acuerdo con esta misma exposición de motivos, la ley que se impulsaba tendría como objetivo: “[...] establecer unas reglas mínimas para asegurar el acceso a la justicia a las personas indígenas, tomando en cuenta que vivimos en una sociedad multicultural y pluriétnica, y que las diferencias en la cosmovisión generan diferentes expectativas ante la administración de justicia y diversas formas de solucionar los conflictos sociales” (*idem*).

Por su parte, el Proyecto de Ley también estableció como premisas:

- Se debe asegurar la igualdad ante la ley y la no discriminación de los pueblos indígenas.
- Las personas indígenas deben tener un acceso real y eficaz a la justicia.
- El sistema judicial estatal es un esquema impuesto y extraño para las comunidades indígenas, por lo que el Estado debe velar para que la aplicación de la ley se haga de la forma más respetuosa a sus costumbres y solo en los casos en los que no se pudo resolver el conflicto con los mecanismos propios internos.
- Las barreras lingüísticas generan indefensión para las personas indígenas que se relacionan con el sistema de administración de justicia (*idem*).

Además, reconoció que a: “[...] gran parte de las personas indígenas se les dificulta participar en las diferentes etapas del proceso judicial, tanto por las distancias que deben recorrer para llegar a los despachos como por los costos que esto significa y la dificultad de comprender el sistema de justicia estatal” (*idem*).

El Proyecto de Ley que fue finalmente aprobado en segundo debate y sancionado por el Poder Ejecutivo, adoptando el Número de Ley 9593, se compone de catorce artículos que hacen

referencia a diferentes puntos en la relación entre el Poder Judicial y la persona usuaria indígena, los cuales facilitan y hacen más amigable para esta última su intervención y participación en los procesos judiciales, independientemente de su rol como parte actora, demandada, testigo, ofendida o víctima, ofensora, infractora o imputada, según sea la materia.

El artículo 1.<sup>º</sup> de esta ley establece cuál es el principio que permea todo su articulado:

Acceso a la justicia con apego a la realidad cultural: El Estado costarricense deberá garantizar el acceso a la justicia a la población indígena tomando en consideración sus condiciones étnicas, socioeconómicas y culturales, tomando en consideración el derecho indígena siempre y cuando no transgreda los derechos humanos, así como tomando en cuenta su cosmovisión.

El artículo 2.<sup>º</sup> exige como un estándar mínimo el trato digno a las personas indígenas considerando las particularidades culturales de sus pueblos e impulsa el desarrollo de acciones afirmativas que disminuyan la inequidad.

El artículo 3.<sup>º</sup> reúne varios derechos de las personas indígenas: el derecho que tienen de ser informadas sobre sus deberes y derechos frente al sistema de Administración de Justicia, independientemente de si forman parte de un proceso judicial, y en relación con los requisitos y las características de los procesos. Por otro lado, se establece el derecho que tienen de que les brinden esta información en su idioma materno. Esto conlleva el compromiso del Poder Judicial de contar con personas peritas intérpretes que faciliten esa comunicación.

El artículo 4.<sup>º</sup>, imbuido de la referida vulnerabilización de los pueblos indígenas,

establece como una acción afirmativa brindarles carácter prioritario a los asuntos judiciales en los que intervenga una persona indígena.

En cuanto al artículo 5.º, este les recuerda a las autoridades jurisdiccionales el derecho internacional aplicable en materia de derechos humanos y pueblos indígenas, al momento de conocer y resolver un asunto en que intervengan personas usuarias indígenas. Además, promueve la solución alternativa de los conflictos con perspectiva restaurativa, cuando se considera necesario tomar en cuenta la participación y la postura de las comunidades indígenas. Es importante que este artículo también establece que, en la comunicación o información que se brinde, se debe evitar el lenguaje técnico y tomar en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas al buscar la solución de la controversia.

El artículo 6.º hace mención al derecho de las personas indígenas que intervienen en un proceso judicial de contar con una persona perita intérprete de su idioma materno. Asimismo, dispone una medida con perspectiva de género: en el caso de las mujeres indígenas, estas deben ser auxiliadas por una intérprete del mismo género.

Por otra parte, aunque establece que es obligación del Poder Judicial contar con sus listas de intérpretes, también reconoce el derecho de la persona usuaria de tener como intérprete a una persona de su elección y confianza.

Independientemente de la materia, las personas usuarias indígenas podrán contar de manera gratuita con la asesoría legal de la Defensa Pública. Esto es lo que se reconoce en el artículo 7.º de esta ley. Además, le impone al Poder Judicial el costo de pericias en aquellos casos en los que la parte indígena interesada no cuente con los medios económicos para sufragarlas. Aunado a lo anterior, deposita en las universidades

públicas la colaboración al Poder Judicial en la elaboración de peritajes culturales.

Siempre en la tónica de estos medios de prueba, el artículo 8.º les impone a las autoridades jurisdiccionales la obligación de ordenarlos para que se incluyan en la discusión del proceso “las costumbres, las tradiciones y los conceptos normativos de los pueblos indígenas”, cuando sean necesarios para resolver el conflicto sometido a su conocimiento.

El artículo 9.º establece la facultad del Poder Judicial de conservar el registro de las pericias culturales o antropológicas realizadas en los diferentes procesos judiciales en los que intervienen personas indígenas, con fines meramente académicos o institucionales. No obstante, estos deberán divulgarse necesariamente con el consentimiento de las personas involucradas en las pericias y reservando sus datos de identificación individualizantes.

El artículo 10.º hace hincapié en la importancia de la capacitación de las personas funcionarias judiciales en materia de derechos de pueblos indígenas, estableciendo la obligatoriedad del programa educativo. Además, encomienda esta labor de formación continua a la Escuela Judicial. Muy a tono con el principio de justicia abierta, en el artículo 11.º, se delega el desarrollo de giras a las diferentes Contralorías de Servicio del Poder Judicial con la finalidad de informar a las personas indígenas en su idioma materno, sobre sus derechos frente a la Administración de justicia.

El artículo 12.º le impone al Poder Judicial la obligación de mantener de manera actualizada un diagnóstico de las dificultades y obstáculos a los que se enfrentan las personas indígenas para acceder a la justicia. Esta norma también contiene algunos lineamientos de carácter administrativo, como el control que la Comisión de Acceso a

la Justicia deberá llevar de la estadística de los asuntos en que intervienen personas indígenas y deberá observar que los despachos judiciales cumplan con el carácter prioritario de estos asuntos por sobre otros. Asimismo, impone obligaciones de tipo estadístico al departamento, hoy Dirección de Planificación del Poder Judicial. Por su parte, el artículo 13.<sup>º</sup> procura que el desarrollo de actividades de relevancia para las personas indígenas sea un tema abordado y desarrollado desde los planes estratégicos del Poder Judicial. También impulsa la desconcentración de servicios como una medida para facilitar el acceso físico de las personas indígenas al sistema judicial.

Finalmente, el artículo 14.<sup>º</sup> promueve la coordinación interinstitucional entre el Poder Judicial y otras organizaciones estatales y no gubernamentales, cuyos planes contemplen la atención de personas indígenas.

## Conclusiones

Como logra desprenderse de la lectura y del análisis del articulado de la Ley N.<sup>º</sup> 9593, Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica, este instrumento jurídico plantea no solamente una mejora del servicio de la Administración de Justicia dentro de los procesos judiciales donde intervienen personas indígenas con recursos auxiliares de la justicia, por ejemplo, el empleo de intérpretes del idioma; la procuración de medios de prueba que tomen en cuenta los usos, costumbres y valores de la comunidad indígena con los peritajes culturales; la asistencia letrada gratuita independientemente del proceso y la materia; la subvención por parte del Estado del costo económico de aquellas pericias que normalmente corren a cargo de la parte interesada; pero que, en este caso, tratándose de personas indígenas y por su condición de vulnerabilidad, en principio, se les exime de su erogación; el derecho de las personas indígenas a

ser informadas sobre sus derechos y obligaciones en su idioma materno; el derecho a que el conflicto jurídico sea resuelto con respeto al derecho consuetudinario de su pueblo indígena de origen y que se procure la solución pacífica y alternativa, sino también establece o promueve una serie de cambios a nivel estructural, institucional e interinstitucional que redundan todos en su conjunto en un acercamiento a la garantía de acceso a la justicia en condiciones de equidad, recortándose o superándose aquellos obstáculos del sistema judicial que generan inequidad.

Se trata de una manera de abordar el problema del acceso de los pueblos indígenas a la justicia con una perspectiva de género, intercultural, de manera continua en el tiempo que no se agota en unas acciones específicas, sino que obliga a que constantemente se evalúe y reevalúe el estado de la situación con miras a mejorar la calidad de los servicios judiciales que se les brindan. Es decir, tiende hacia un acceso a la justicia con pertinencia cultural para lograr una mayor equidad en la prestación de los servicios que ofrece el Poder Judicial en los asuntos en que se ve involucrada una persona indígena.

A partir de la aplicación de este cuerpo de normas y otras del derecho interno y del derecho internacional de los derechos humanos por parte de las personas operadoras jurídicas, los principios de igualdad, equidad y dignidad humana, tratándose de personas pertenecientes a pueblos indígenas, pueden pasar del papel a la realidad.

En definitiva, se requiere que nos desprendamos de mitos, estereotipos, prejuicios y actitudes que solo han perpetuado la discriminación y la exclusión de estos pueblos originarios y que, en su lugar, utilicemos los lentes de la interculturalidad para aproximarnos de una manera mucho más respetuosa y, con ello, brindar un servicio público con pertinencia cultural.

## Bibliografía

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948).

*Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

Recuperado el 15 de noviembre de 2023, de

[https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completospx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=TC)  
[Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completospx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completospx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (23 de febrero de 1970). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Ley N.º 4534).* Recuperado el 8 de septiembre de 2023, de

[https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC)  
[Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (11 de diciembre de 1968). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Ley N.º 4229-B).* Recuperado el 16 de enero de 2024, de

[https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=21899&strTipM=TC)  
[Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=21899&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=21899&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (4 de diciembre de 1992). *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional de Trabajo. (Ley N.º 7316).* Recuperado el 15 de diciembre de 2023, de

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55652&strTipM=TC)  
[Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55652&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55652&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (16 de diciembre de 2010). *Convención*

*sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. (Ley N.º 8916).* Recuperado el 11 de agosto de 2024, de

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=69647&nValor3=83759&nValor5=2)  
[Normativa/Normas/nrm\\_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=69647&nValor3=83759&nValor5=2](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=69647&nValor3=83759&nValor5=2)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (24 de julio de 2018). Ley de Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas de Costa Rica. (Ley N.º 9593). Recuperado el 3 de marzo de 2023, de

[https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=87319&nValor3=113704&strTipM=TC)  
[Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=87319&nValor3=113704&strTipM=TC](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=87319&nValor3=113704&strTipM=TC)

Corte IDH. (25 de noviembre de 2015). *Caso Pueblos Kaliña y Lokono versus Surinam.* Recuperado el 13 de agosto de 2024, de

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)  
[seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)

Florez-Estrada Villalta, J. M. (30 de julio de 2010). *Carta de Derechos sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Proyecto de Ley (Expediente Legislativo n.º 17805).* Costa Rica. Recuperado el 14 de febrero de 2024, de

[http://consultassil.asamblea.go.cr/](http://consultassil.asamblea.go.cr/frmConsultaProyectos.aspx)  
[frmConsultaProyectos.aspx](http://consultassil.asamblea.go.cr/frmConsultaProyectos.aspx)

Fundación Ciudadanía Activa. (2020). *Guía para la atención institucional de los pueblos indígenas de Costa Rica.* Costa Rica.

Llobet Rodríguez, J. (2018). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías penales.* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Sainz-Borgo, J. C. (2014). Acceso a la justicia. *Congreso Internacional inclusividad, no*

*discriminación y acceso a la justicia*, pp. 9-10.  
Heredia. Recuperado el 25 de febrero de 2024, de  
<https://www.kas.de/es/web/rspbla/einzeltitel/-/content/memoria-del-congreso-internacional-inclusividad-no-descriminacion-y-acceso-a-la-justicia#>

OIT. (2009). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Recuperado el 24 de febrero de 2024, de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)

Poder Judicial de Costa Rica. (s. f.). *Plan Estratégico Institucional (2019-2024)*. Recuperado el 14 de febrero de 2024, de <https://pei.poder-judicial.go.cr/index.php/planes?download=9:plan-estrategico-2019-2024-pdf>

Ventura Robles, M. E. (2007). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad*. En M. E. Ventura Robles & M.

Ventura R. (Ed.). *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Vol. I, pp. 345-370. San José, Costa Rica. Recuperado el 13 de febrero de 2024, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23938.pdf>

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. (Marzo de 2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Recuperado el 12 de agosto de 2024, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

# ¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA EN EL PROCESO PENAL DE UN NUEVO MODELO DE ADMISIÓN DE PRUEBA CIENTÍFICA, EN TIEMPOS DE SOBREVALORACIÓN EPISTÉMICA DE PERICIAS REALIZADAS EN LABORATORIOS FORENSES OFICIALES? ANÁLISIS A LA LUZ DE UN CASO REAL EN COSTA RICA

*M. Sc. Daniel Jiménez Rodríguez<sup>1</sup>*

## RESUMEN

La vieja máxima en derecho penal de que es preferible la libertad de una persona que cometió un delito, a la prisionalización de una inocente es el punto de partida para someter a análisis si los criterios de admisibilidad vigentes en la normativa procesal costarricense son suficientes para comprender la científicidad de la prueba pericial que se ofrece por los distintos sujetos procesales o, si por el contrario, resulta necesario establecer parámetros diferenciadores para este tipo de elementos de probanza, esto para evitar errores judiciales que podrían provocar el encierro de personas que no han cometido conductas relevantes para la normativa penal. Se presentan a continuación los criterios Daubert que fueron proliferados por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1993 y de los cuales se considera que pueden ser adaptados al ordenamiento costarricense, como una posible solución para optimizar el análisis de la fiabilidad de la prueba científica. Con ello, se pretende explorar campos de mejora de la actividad probatoria vigente en el sistema penal de Costa Rica, no olvidando que este es dirigido por seres humanos que pueden cometer yerros, por lo que es oportuno depurar áreas donde errores de aplicación puedan tener resultados catastróficos.

**PALABRAS CLAVES:** actividad probatoria, criterios Daubert, admisibilidad de la prueba, proceso penal costarricense, síndrome de negación del embarazo, prueba pericial, científicidad de la prueba.

## ABSTRACT

The idea that the freedom of a person who committed a crime is preferable to the imprisonment of an innocent person, is the starting point for analyzing whether the admissibility criteria in force in Costa Rican procedural regulations are sufficient to understand the scientific nature of the expert evidence offered by the different procedural subjects who act in the criminal process, or if, on the contrary, it is necessary to establish differentiating parameters for this type of evidence, in order to avoid judicial errors that may lead to the imprisonment of persons who have not committed conduct relevant to criminal regulations. This paper presents the Daubert criteria, which were proliferated by the Supreme Court of Justice of the United States in 1993, and which are considered to be adaptable to the Costa Rican legal system, as a possible solution to optimize the analysis of the reliability of scientific evidence. The aim is to explore areas of improvement of the evidentiary activity in force in the Costa Rican criminal system, not forgetting that it is directed by human beings, who can make mistakes, so it is opportune to purify areas in which errors of interpretation can have catastrophic results.

**KEY WORDS:** evidentiary activity, Daubert test, admissibility of evidence, Costa Rican criminal process, pregnancy denial syndrome, expert evidence, scientific evidence.

Recibido: 19 de diciembre de 2024    Aprobado: 14 de mayo de 2025

1 Es abogado y notario público. Cuenta con una maestría en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y es doctorando de la Universidad de Costa Rica. Fue investigador del Organismo de Investigación Judicial y, actualmente, labora como defensor público. Correo electrónico [daniel87jimenez@gmail.com](mailto:daniel87jimenez@gmail.com).

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo no pretende ser un derroche teórico respecto a la prueba, sus elementos y la actividad que la compone. En su lugar, lo que se desea es aprovechar la vasta producción de obras que hay sobre el tópico, para, desde un momento procesal específico y a partir del análisis de un caso real, comprender las posibles consecuencias de que no se haya positivizado en el medio costarricense ningún modelo diferenciador para la admisión de la prueba pericial, la cual, en no pocas ocasiones, recibe un tratamiento intelectual igualitario a otros elementos de probanza, lo que, por sí solo, representa un error en la fase de admisibilidad, ya que, desde este momento procesal, debe dirigirse la atención a la fiabilidad de la pericia que se ofrece para juicio, lo que a la vez exige un ejercicio de interiorización por parte de los órganos jurisdiccionales para no cometer sesgos de conocimiento, afinidad, o bien, posiciones de parcialidad de origen respeto a la prueba científica que no provenga de los laboratorios oficiales del Poder Judicial.

El primer apartado de este artículo académico reflexiona sobre un trastorno mental que puede ser sufrido por mujeres en estado de gestación y que influye en su capacidad de comprender la realidad que las rodea al momento del parto. Dicho trastorno es el cimiento del caso seleccionado en este trabajo para analizar la importancia o no de un método positivizado para la decisión de admisibilidad de prueba pericial; sobre todo, tomando en consideración que dicha condición de la mente no ha sido profundizada en Latinoamérica, sino que es de mayor conocimiento en Europa y Estados Unidos. Posteriormente, se hace un breve análisis sobre el primer momento de la actividad probatoria en el modelo procesal penal costarricense,

sus características y legislación vigente. En el siguiente acápite, se realiza una reseña sobre las reglas Daubert, su origen, aplicación y utilidad en la actividad decisoria de la persona juzgadora para admitir prueba científica dentro del proceso penal.

Por último y, pretendiendo ser el clímax de la obra, se expone un caso real que sucedió en Costa Rica en el año 2016, en el que se aplicaron los criterios vigentes de la norma procesal para tomar la decisión sobre la inadmisión en fase de juicio de prueba pericial, presentada por la defensa de la persona imputada, lo que conllevó a una sentencia condenatoria. Esta decisión fue recurrida y, en un nuevo juicio, con la admisión de prueba pericial que había sido rechazada sin argumentación jurídica válida, se declaró la inocencia de la persona que había sido acusada de un delito de tentativa de homicidio calificado.

## REFLEXIÓN DEL SÍNDROME DE NEGACIÓN DE EMBARAZO

*[...] una mujer que está de parto, sin saberlo, ésta breve conciencia, agrava este trauma porque la vivencia es, como decía, como estar muriéndose, la sensación lo que sería es de que algo muy grave le está pasando a su cuerpo, que no se puede entender y que probablemente la muerte sea inminente. El fenómeno disociativo es un componente clínicamente importante de un parto traumático asociado a un trastorno de negación del embarazo, y está descrito como tal en muchos casos publicados en la literatura médica y psiquiátrica; en la negación del embarazo es típico que el parto sea traumático y que las madres entren en un estado disociativo por el*

*propio shock en el que corre mucho peligro la vida del bebé y la propia vida [...] .<sup>2</sup>*

El texto anterior fue parte de las palabras mencionadas por una profesional en Psiquiatría frente a un tribunal de apelación de sentencia penal en Costa Rica, cuando describió ante los juzgadores cómo se comportaba una mujer que sufrió negación del embarazo.

Dicha declaración se brindó durante la fase recursiva de un proceso penal, debido a que, en la etapa de debate, la madre de un menor había sido sentenciada a seis años de prisión porque abandonó a su hijo recién nacido dentro de un basurero, arriesgando la vida del infante. Esto sucedió luego de dar a luz cuando ella ignoraba su estado gestación, del que tuvo conocimiento en el momento en que inició la labor de alumbramiento, a solas, dentro del servicio sanitario de una entidad bancaria de la capital costarricense.

Según el *Manual de diagnósticos y estadística de trastornos mentales*, llamado DSM-IC-TR, al hablarse de un trastorno disociativo, debe comprenderse como aquella condición mental (*detectable y tratable desde el área de la psiquiatría*) que se caracteriza por una alteración aguda de la conciencia que provoca

la desconexión entre el cuerpo y la mente.<sup>3</sup> Esto acaece en situaciones de altísimo estrés.

De manera metafórica, puede explicarse que el ser humano que sufre esta condición mental entra en modo de piloto automático, efectuando sus acciones de forma automatizada, sin posibilidad de reflexionar sobre las conductas que despliega; en otras palabras, no tiene conciencia de lo que se está haciendo.

La disociación es la despersonalización del sujeto, por lo que no llega a comprender que lo que está aconteciendo es real, es la desconexión de identidades.<sup>4</sup> Esta condición se acompaña también de amnesia disociativa que se traduce en la incapacidad de recordar información personal de relevancia o vivencias que haya tenido la persona, esto, como se ha señalado, es producido generalmente por un evento traumático o estresante<sup>5</sup> que no se explica con el olvido ordinario. Estos lapsos de amnesia llegan a ser tanto para eventos específicos, así como generales, afectando el recuerdo de períodos de vida más extensos.<sup>6</sup>

La negación del embarazo dentro del contexto de un trastorno disociativo puede conceptualizarse como aquel síndrome en que la mujer no conoce

2 Sentencia número 1364-2021 de las siete horas treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Versa de un extracto literal de la declaración de una psiquiatra al momento de explicar a los juzgadores de segunda instancia del proceso penal en Costa Rica parte de lo que es y vive una persona con síndrome de negación del embarazo.

3 *Negación del embarazo*. Ibone Olza. Consultado el 11 de noviembre de 2024, <https://iboneolza.org/2012/11/30/negacion-del-embarazo/>

4 *Trastornos disociativos*. Mayo Clinic. Consultado el 11 de noviembre de 2024, <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/dissociative-disorders/symptoms-causes/syc-20355215>

5 El síndrome de negación del embarazo tiene mayor reconocimiento en Europa, especialmente en Francia (*en donde se tienen registros de esta condición desde 1681*) y España. Así, por ejemplo, en el año 2012, en Valencia, se reconoció por primera vez esta condición en un tribunal penal que absolió por homicidio a una joven que dio a luz dentro de su domicilio, sin conocer sobre su estado de gestación. Se demostró que ni la pareja de ella con quien convivía, ni su familia conocieron que la mujer estuvo embarazada. (Para mayor detalle sobre este caso, visitar <https://confilegal.com/20141031-trastorno-negacion-embarazo-muerte-bebe-reconocido-vez-primer-a-espana-31102014-1459/>.)

6 *Trastornos disociativos*. psiquiatria.com. Consultado el 11 de noviembre de 2024, <https://psiquiatria.com/glosario/trastornos-disociativos>

que está embarazada hasta que se encuentra en un avanzado estado de gestación o, incluso, hasta que llega el momento del parto.<sup>7</sup> Es conocido entre otras formas como embarazo silencioso o sigiloso, o bien, como embarazo negado, y no solamente es desconocido por la mujer que se encuentra en estado de gravidez, sino que también pasa desapercibido para el entorno familiar, laboral y de amistad de la persona.<sup>8</sup> Este trastorno puede acaecer de manera parcial, es decir, que la mujer no acepta la realidad de su embarazo hasta varios meses después de haber iniciado la gestación. O bien, puede suceder de manera completa cuando la mujer desconoce su condición hasta el momento mismo del parto. Este tipo de casos sucede uno de cada dos mil quinientos embarazos.<sup>9</sup>

Dicho trastorno se caracteriza por la ausencia del proceso psíquico de aceptación de estar embarazada. En ese contexto, el parto precipitado puede ser altamente traumático, por lo que se desarrolla un trastorno disociativo especificado en torno al nacimiento del hijo. Este tipo de eventos se caracteriza porque tanto la madre, como las personas de su entorno no detectaron el embarazo y, en no pocas ocasiones, las pruebas que se realiza la mujer para detectar esa condición resultan negativas.

Al no existir conciencia del embarazo, tampoco hay seguimiento obstétrico de este, ni posibilidad de prepararse para el parto, proceso que conlleva normalmente nueve meses y, aun así, todo embarazo es por sí mismo un evento traumático.

Los factores de riesgo para la negación del embarazo son, por ejemplo, que la mujer sea mamá primaria, aunque hay casos registrados en que pueden aparecer en mujeres que ya han tenido otros hijos previamente. Otro factor de riesgo es estar tomando anticonceptivos orales, con lo cual, en esos casos, la mujer puede seguir con un sangrado a lo largo del embarazo, lo que facilita esta negación. Otro factor resulta ser el de antecedentes o experiencias traumáticas, especialmente en la infancia. Además, hay factores físicos, como cuando la persona se encuentra con sobrepeso.

Posterior al parto, es usual que la mujer con síndrome de negación del embarazo olvide total o parcialmente lo sucedido. Se considera que es una especie de mecanismo inconsciente de defensa, ya que la mujer sufre un dolor tal que piensa que puede morir. Por ello, es regular que sus actividades físicas y cotidianas continúen con normalidad.

Hay periodos permanentes de amnesia, esto ocurre porque el embarazo fue traumático y, al no haber podido hacer un proceso de preparación a nivel de la psiquis sobre su estado, provoca que posterior al alumbramiento, haya consecuencias como la dicha. Además de provocar alteración de la conciencia, esto tiene como consecuencia que se perciban el tiempo, el entorno y la realidad de manera distinta, aun cuando personas que observen a la mujer consideren que actuó con normalidad, por cuanto es un proceso mental.

7 Otra definición brindada, a manera de ejemplo, por la psicóloga perinatal Sabina del Rio, sería “*es un trastorno consistente en que estando la mujer embaraza, incluso en un avanzado estado de gestación, no es consciente de ello. No suele manifestarse ningún malestar asociado a nivel físico, y ni siquiera los familiares y personas que la rodean perciben su estado. Anula, niega o elimina una realidad que, por diferentes motivos, para ella es impensable*”. Para mayor detalle <https://www.calmapsi.es/wp-content/uploads/2020/03/TRASTORNO-DE-NEGACIÓN-DEL-EMBARAZO.pdf>

8 ¿Qué es el embarazo críptico o negación del embarazo, reproducción asistida? Consultado el 11 de noviembre de 2024, [https://www.reproduccnasistida.org/sindrome-de-negacion-del-embarazo/](https://www.reproducconasistida.org/sindrome-de-negacion-del-embarazo/)

9 Trastorno de negación del embarazo. Centro de Psicología y Especialistas en Maternidad. Consultado el 11 de noviembre de 2024, <https://www.calmapsi.es/wp-content/uploads/2020/03/TRASTORNO-DE-NEGACIÓN-DEL-EMBARAZO.pdf>

El trastorno de negación del embarazo implica alguna consecuencia negativa en el estado mental o emocional de la mujer que lo padece, primero, porque el parto suele ser altísimamente traumático, por lo que se desarrollan traumas por la forma en que aconteció. También se ve acompañado de la pena y culpa porque la persona se recrimina que no se percató de que se encontraba embarazada, lo que implica que este trauma deja importantes secuelas emocionales y conductuales.<sup>10</sup>

## BREVE NOCIÓN DE LA PSICOLOGÍA Y LA PSIQUIATRÍA COMO PRUEBA PERICIAL

Es innegable la penetración que han tenido la ciencia y tecnología en todo ámbito de la sociedad. Esto ha permitido un acelerado crecimiento de la humanidad como grupo social. Los usos y dependencia de estos son cada vez más notorios en la cotidianidad del nuevo mundo. Todo este avance ha venido a ser de ayuda dentro del proceso penal, ya que facilita la demostración de la verdad forense que es lo que se anhela en cada pretensión o litigio que se conoce en los tribunales.

Verbigracia de esta intromisión de la ciencia y sus pericias e influencia dentro del derecho penal es el uso de los marcadores genéticos y pruebas de A.D.N. Pero también existen otras áreas de conocimiento que han tenido un importante eco en las investigaciones de esta naturaleza.

Diferente a como ocurría con las “pruebas científicas” decimonónicas que, en no pocas ocasiones, hacían uso de metodologías carentes de verificación, hoy en día, cada método científico utilizado resulta ser más corroborable y riguroso. Pero, así como su nivel de exigencia es mayor,

también es cierto que surgen “pruebas que dicen que tienen científicidad”, sin poseer un método consolidado y, es por ello, que deben existir análisis exhaustivos para determinar la fiabilidad de las que dicen que son pruebas periciales.

La prueba científica, esencialmente, es un método que está compuesto de determinados principios, resultados, verificaciones y reglas.<sup>11</sup> Este tipo de probanza no es igual a la prueba común que se mide en parámetros de utilidad y pertinencia, sino que su análisis para la admisibilidad en el proceso debe pasar justamente por el método utilizado, esto para determinar, como se ha indicado, su fiabilidad y correlación con el conflicto que se desea resolver.

Sobre el último punto, es frecuente que existan áreas del conocimiento que puedan mantener alguna relación con las pericias que efectúan y, por ello, los diversos operadores del derecho hacen uso indiscriminado de una u otra, sin que comprendan realmente la calidad de información que puedan ofrecer al caso en particular. Así sucede, por ejemplo, en áreas como la psicología y la psiquiatría, en las que, a pesar de que ambas tienen particulares metodologías y formas de recolección de información, así como su respectiva manera de interpretar los datos obtenidos, los operadores de derecho confunden su alcance,<sup>12</sup> esto por la vinculación existente con la salud mental de las personas.

Pero lo cierto es que las diferencias entre una y otra rama son profundas. La psicología (*considerada una ciencia social*) se centra en el análisis de la personalidad, la mente y la conducta humana, explorando la construcción de los procesos mentales y las manifestaciones conductuales.<sup>13</sup>

10 Doctora Ibone Olza Fernández, durante el interrogatorio al que fue expuesta en la causa 16-01099-0042-PE, en fase recursiva.

11 Ana Sánchez Rubio. (2019). *La prueba científica en la justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 85.

12 Álvaro Burgos Mata. (2015). *Psicología forense costarricense*. San José: Investigación Jurídicas. 30.

13 *psicología, psquiatria.com*. Consultado el 11 de noviembre de 2024. <https://psiquiatria.com/glosario/psicologia>

En otras palabras, trata de comprender el comportamiento de una persona, con el objetivo de poder brindar una descripción y explicación de esta bajo determinadas circunstancias, para así diseñar intervenciones efectivas para mejorar el bienestar y la salud mental.

Además, desde la óptica forense *-sobre todo en el ámbito penal-* entre otras funciones, auxilia a los órganos de justicia describiendo el comportamiento de la persona ante hechos de relevancia penal y estableciendo cualitativamente si la personalidad o los niveles de compresión del sujeto pudieron encontrarse alterados para el momento de la comisión de una conducta desviada.

Por otro lado, la psiquiatría es un área del conocimiento de la medicina que se centra en los estudios, tratamientos y diagnósticos de trastornos a nivel mental que sufre un individuo. Los informes que se emiten desde esta área del saber son respecto a perturbaciones que se encuentran descritas en un instrumento científico como lo es el DSM-5-TR de la Asociación Psiquiátrica Americana, en el cual se plasman la caracterización de la sintomatología y los demás criterios para la evaluación y diagnóstico de los trastornos mentales.<sup>14</sup>

## LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL COSTARRICENSE

El uso de la ciencia y las tecnologías ha permitido el avance de la sociedad y ha despegado de manera acelerada el conocimiento del ser humano en prácticamente todas las áreas del quehacer cotidiano, y el ámbito de las investigaciones penales no ha sido la excepción. Los avances

en genética, química, biológica, balística, lofoscopía, entre otros, se han puesto al servicio del sistema penal, con mayor acentuación para las investigaciones policiales.

Por ejemplo, en Costa Rica, se ha visto la necesidad de crear laboratorios forenses dependientes de las autoridades del Organismo de Investigación Judicial, sumisión que, en no pocas ocasiones, ha sido objeto de crítica sobre la conveniencia de que esto sea así, por cuanto hay tendencia de los operadores del derecho en dotar de sobrevaloración epistémica los dictámenes periciales que se producen desde allí, brindándoles adjetivos de científico a todos los informes que provengan de los laboratorios oficiales,<sup>15</sup> olvidando, sobre todo por parte de los órganos jurisdiccionales y el órgano acusador, que hay diferencias entre ciencia y técnica que principalmente recaen en la utilización de un método para poder llegar a un resultado verificable.

Más allá de la discusión sobre la adjetivación de científicidad que pueda brindarse a los informes que se emiten desde los laboratorios forenses y que, de manera discriminada, a todos se les llama prueba pericial, lo cierto es que muchas investigaciones penales se resuelven con dependencia de los diversos dictámenes que efectúen los laboratorios oficiales; es decir, existe un fenómeno *que no es exclusivo de Costa Rica, sino, en todo el mundo* de acceder a pericias para la resoluciones de casos de índole penal.

Esto genera un binomio de circunstancias sobre la prueba pericial en el proceso penal, por un lado, como se adelantó, los órganos jurisdiccionales tienden en no pocas ocasiones a inclinarse y ver

14 *¿Qué es psiquiatría?* American Psychiatric. Consultado el 11 de noviembre de 2024. <https://www.psychiatry.org/patients-families/la-salud-mental/¿que-es-la-psiquiatria>.

15 Manuel Jesús Dolz Lago, Nicomedes Expósito Márquez, Carmen Figueroa Navarro. (2012). *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer, 35.

como verdades absolutas lo que provenga de laboratorios oficiales, mostrando parcialidad de origen, o bien, cometiendo sesgos de afinidad en virtud de la creencia de que quien emite los informes periciales, desde los laboratorios institucionales, están comprometidos con el sentimiento de justicia.<sup>16</sup>

Pero, por otro lado y consecuentemente, se menosprecian o ignoran los dictámenes periciales emitidos por personas expertas en diversas áreas del conocimiento que no son peritas oficiales, solo por el hecho de que son ofrecidos por quien es señalado como sospechoso de cometer alguna delincuencia. Además, no debe obviarse que, en ocasiones, se pretende ofrecer prueba pericial sobre asuntos que no tienen sustento de alguna comunidad de expertos, por lo que se pretende saturar el procedimiento con informes de poca o nula utilidad.

Si se quiere, puede verse que la prueba pericial es componente del principio *pro sentencia*. Esto significa que la actividad probatoria pericial se desarrolla dentro de diversos momentos del proceso penal, dirigidos todos a la confección de una sentencia, en la que debe pronunciarse respecto a todas las pericias a las que el juez o la jueza tenga acceso durante los casos que entran en su conocimiento, esto para tomar una decisión racional y racionalizada.<sup>17</sup> Lo anterior comprende que con la prueba lo que se pretende es realizar un ejercicio de verificación entre lo que postula una de las partes del proceso y lo que en realidad existe.

La actividad probatoria puede analizarse desde tres momentos procesales, a saber, la admisión, la práctica y la valoración.<sup>18</sup> Para los fines del presente trabajo, se enfocarán los esfuerzos en analizar la admisión de la prueba pericial durante el proceso penal de Costa Rica, por cuanto, un análisis erróneo de esta puede privar a alguno de los sujetos procesales de demostrar su teoría del caso durante la fase de juicio.

En términos generales, durante la etapa de admisión, el órgano jurisdiccional toma decisión sobre qué actos de investigación serán incorporados durante el debate oral y público, esto para constituirse como medio de prueba capaz de ilustrar la teoría del caso de la parte que lo ofrece. Esta fase es el primer momento en que empieza a tomar forma la actividad probatoria en sede penal, remarcando así la relevancia procesal, ya que las pruebas que se admitan serán las herramientas con las que se convencerá a la persona juzgadora de la verdad de los alegatos que se esgriman durante el contradictorio. Privar, por ejemplo, de elementos probatorios puede, en todo caso, limitar el derecho de las partes de argumentar las pretensiones que posean en el proceso.<sup>19</sup>

De la normativa procesal penal costarricense, se extrae que no existe un criterio diferenciador para la admisión de prueba pericial respecto a otros elementos probatorios que puedan ofrecerse para ser admitidos, aspecto que, como se ha adelantado, resulta incorrecto, ya que la prueba pericial requiere pasar por un filtro de fiabilidad del método utilizado.

- 
- 16 Ignacio Sancho Gargallo. (2024). *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*. (Valencia: Tirant lo Blanch, p. 39).
- 17 Pedro Enrique Haba. (18 de julio de 2014). *Racionalidad y método para derecho: ¿Es eso posible?* Revista de Ciencias Jurídicas. N.º 66. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15295>.
- 18 Jeffry Mora Sánchez, Juan Humberto Sánchez Córdova, Carolina Silva Santelices, María Valeria Trotto. (2019). *La prueba, razonamiento probatorio y justificación de las decisiones judiciales y administrativas*. San José: Investigaciones Jurídicas, pp. 471 – 480.
- 19 Sánchez Rubio. *La prueba científica en la justicia penal*. 201.

Los criterios de admisibilidad en el proceso penal costarricense coinciden con los criterios clásicos del derecho continental, enfocándose únicamente en la utilidad, pertinencia y licitud de la prueba. Estas exigencias se extraen tanto del artículo 183 de la normativa procesal al indicar que la prueba debe referirse de manera directa o indirecta sobre el objeto pertinente de averiguación, por lo que esta tiene que ser útil para el descubrimiento de la verdad, así como del artículo 320 de la norma de rito que taxativamente refiere que el tribunal de la etapa intermedia admitirá para la fase juicio la prueba pertinente para la resolución del litigio en que se haya ofrecido.

Por otra parte, los artículos 355 y 364 del código de rito permiten la admisión para posterior evaluación en la fase de debate y de apelación de sentencia, respectivamente. No se debe obviar, además, que, en la fase ejecución de la pena, el artículo 478 consiente la admisión e incorporación de elementos de prueba. Todas estas normas deben someterse así al mandato de que únicamente tendrán valor probatorio los elementos que se hayan obtenido por un medio lícito, respetando la debida cadena de custodia.<sup>20</sup>

La doctrina ha sido pacífica en comprender que la pertinencia de la prueba se refiere a la correlación que mantiene el medio de prueba propuesto con el tema que se desea demostrar durante el debate. Para ello, la parte que desea demostrar un hecho debe alegarlo, ya que, de lo contrario, la prueba ofrecida, ante la falta de un hecho alegado, deviene en impertinente.<sup>21</sup>

La utilidad de la prueba orienta al juez a que los elementos ofrecidos para que sean admitidos deben mantener una conexión lógica con la pretensión que se discute en el proceso;<sup>22</sup> en otras palabras, la utilidad de la prueba constata si el medio de prueba pertinente puede contribuir a resolver los eventos controvertidos.<sup>23</sup>

El problema que presenta la prueba científica para ser admitida es que su análisis no puede limitarse a criterios de utilidad y pertinencia, esto porque, en este tipo de probanzas, no solamente debe analizarse si puede mantener relación o no con los hechos por probar, sino que debe apreciarse la existencia de un método científico que pueda sustentar los resultados a los que llegue una pericia que se jacte de que tiene científicidad.

Pero, además, debe velarse para que los métodos sean fiables, ya que si no lo son, lo pertinente es no admitir la prueba científica que se ofrezca con tal carencia, y esto claramente produce un problema dentro del proceso penal, y es que las personas juzgadoras no son peritas de peritas, no tienen experticia en todas las áreas del conocimiento humano, así como tampoco conocen todos los métodos científicos que existan.<sup>24</sup> Esto se traduce en la necesidad de incorporar al proceso penal un modelo de análisis que permita comprender la científicidad de la pericia que se ofrece, su reconocimiento en la comunidad de personas expertas en la materia, así como la capacidad de que los datos descritos sean capaces de soportar la verificación de las partes, esto junto con los criterios tradicionales ya referidos.

---

20 Sobre la licitud de la prueba. Ver artículo 181 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

21 Sánchez Rubio. *La prueba científica en la justicia penal*, 206.

22 Javier Llobet Rodríguez. *Código Procesal Penal comentado. Séptima edición*. San José: Jurídica Continental. 346.

23 Sánchez Rubio. *La prueba científica en la justicia penal*. 309.

24 Marina Gascón Abellán. (Noviembre de 2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez. (Apunte para la superación de un problema). DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 39. (358. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.18>.

## EL TEST DE CIENTÍFICIDAD DAUBERT

Desde 1923 y hasta 1993, en Estados Unidos, para la admisión de prueba científica, se utilizaban el paradigma Frye y su criterio de aceptación general que, en términos simples, versaban en que el método utilizado en la prueba científica debía estar suficientemente fundado para tener la aceptación general de la comunidad experta de referencia; en caso contrario, la prueba no era admitida.<sup>25</sup>

Véase cómo, hasta ese momento, la persona juzgadora no tenía mayor injerencia sobre la admisibilidad, sino que su rol se limitaba a constatar lo que dijera la comunidad experta sobre el método utilizado en la prueba pericial (en sentido amplio) que estaba siendo ofrecida.<sup>26</sup>

En el reconocido *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals*, Inc, la Corte Suprema de Estados Unidos reconsideró la utilización de las Frye Rule, no eliminándola por completo, sino agregando otros criterios de admisibilidad para este tipo de probanza con el objetivo de realizar un mejor filtro para determinar la científicidad de la pericia ofrecida.

De previo a este caso, ya se habían presentado diversos procesos contra la casa farmacéuticos, a manera de ejemplo *Mekdeci vs. Merrell National Laboratories* en 1983; *Lynch vs. Merrell National Laboratories* de 1986; *Hagaman vs. Merrell National Laboratories* de 1988; *Longmores vs. Merrell National Laboratories* de 1990, entre

otros, todos estos procesos ganados por la parte demandada.

El caso de interés se originó cuando la familia Daubert interpuso un proceso contra la farmacéutica Merrell Dow, esto porque durante el embarazo de la señora Daubert, se le prescribió un fármaco de nombre Bendectin, con el fin de aliviar las náuseas y vómitos que ella presentaba. Pero desde la tesis de los afectados, el medicamento provocó que el hijo de la demandante naciera con malformaciones congénitas severas.<sup>27</sup>

Para poder sustentar la tesis que afirmada la familia Daubert, se presentaron al proceso informes periciales de expertos epidemiólogos donde ilustraban que la ingesta materna del antihistamínico de nombre Bendectin había causado las malformaciones congénitas en las extremidades superiores con las que Jason Daubert había nacido.<sup>28</sup>

Los peritos contratados por la parte afectada realizaron informes epidemiológicos basados en un método en el que experimentaron con animales recién nacidos de madres que les habían suministrado Bendectin y determinaron que las crías nacieron con malformaciones.<sup>29</sup>

El juzgador de primera instancia, utilizando el modelo Frye para la admisión de la prueba pericial, tal como se aplicaba desde 1923 por referencia jurisprudencial, no admitió los informes periciales presentados por la parte acusadora, justificándolo en que el método utilizado no tenía

25 Marina Gascón Abellán. (Noviembre de 2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez. (Apunte para la superación de un problema). DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 39. 360. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.18>.

26 Susan Haack. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba*. Madrid: Marcial Pons. 184.

27 *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. Pasión por el derecho*. Consultado el 11 de noviembre de 2024. [https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/LA-PRUEBA-PERICIAL-EN-LA-EXPERIENCIA-EE.UU\\_.pdf](https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/LA-PRUEBA-PERICIAL-EN-LA-EXPERIENCIA-EE.UU_.pdf)

28 *Ibid.*

29 Bendectin and birth defects: I. A meta-analysis of the epidemiologic studies. National Library of Medicine. Consultado el 11 de noviembre de 2024. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/7974252/>

respaldo de la comunidad científica de referencia; pero que además el consenso de la comunidad científica relevante era de que el Bendectin no era teratogénico, lo que significa que no causaba daños congénitos.<sup>30</sup> La resolución emitida fue posteriormente confirmada en segunda instancia. El proceso fue conocido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y la sentencia fue redactada por parte del magistrado Harry Blackmun. En este fallo, se destacó, en primer orden, que el modelo Frye ya no se encontraba vigente, por lo que no podía ser utilizado como criterio de admisibilidad de prueba pericial, dejando de lado entonces la idea de que la prueba científica era únicamente aquella que tenía consenso dentro de la comunidad de expertos sobre un tema.

El segundo punto de interés de la resolución de la Corte Suprema versó en que los jueces debían analizar no únicamente el impacto de las pruebas científicas y la relación con el proceso, sino además debían velar por su fiabilidad jurídica, lo que mantuvo relación con la validez científica de los elementos probatorios.<sup>31</sup> Para lo anterior, se comprendió que, para que los jueces pudieran establecer la fiabilidad de la prueba científica, no debían concentrarse en las conclusiones del perito, sino en la metodología utilizada por este. Es así como el juez Blackmun y el voto de mayoría consintieron un listado de factores ilustrativos y flexibles, para que fueran considerados por los jueces al momento de valorar la fiabilidad y, *con ello, científicidad* de la prueba pericial que se ofrecía para que fuera practicada en juicio.

Se habla entonces de cinco criterios propuestos en el *test Daubert* que, como se indicó, eran de carácter flexible para determinar qué tan fiable o científico podía resultar el método utilizado para la realización de un peritaje. Estos factores

eran los siguientes<sup>32</sup>: **A)** Que el método científico empleado para la pericia sea susceptible de verificación o refutación objetiva. **B)** Que los resultados del método o técnica que se utilizaron tengan publicaciones en revistas científicas de revisión de pares. **C)** Que se determine el margen de error del método. **D)** Que la técnica utilizada cuente con la aceptación de la comunidad científica. **E)** Que la teoría sobre la que se apoye la prueba deba respetar estándares que permitan controlar su ejecución. (*Se considera que este criterio va de la mano con el primer factor expuesto*).

Puede apreciarse con lo anterior que el juez dejó de ser un simple espectador como lo acaeció en otrora con el modelo Frye, y se le otorgó una función de decisión sobre qué prueba pericial se admitía o no en el proceso, sin dependencia únicamente de lo que establecieran terceros, como lo era la aceptación de la comunidad científica. Esta función del juez en el derecho anglosajón ha sido denominada, en palabras de la autora Carmen Vásquez, como *gatekeeper*.

Respecto a los criterios A y E: Ambos pueden entrelazarse. Por ello, autores como Carmen Vásquez identifican cuatro y no cinco factores en la sentencia Daubert. Sobre estos y, en la forma en que aquí se plasman, es importante hacer notar que, en la sentencia Daubert, se buscaba que el conocimiento científico fuera objetivo y que su demostración se lograra por cotejo empírico. Para ello, el juez Blackmun bifurcó los conceptos científico y conocimiento, este último como el resultado de ideas que se deducían de hechos considerados verdades en función de sus principios, en tanto que lo científico hacía referencia a los métodos y procedimientos de cada ciencia.<sup>33</sup>

30 Susan Haack. *Filosofía del derecho y de la prueba*. 183.

31 *Ibid*, 184.

32 Sánchez Rubio. *La prueba científica en la justicia penal*. 224.

33 *Ibid*, 225.

Sobre el criterio B de publicaciones en revistas científicas: La existencia de este criterio le permite al juez realizar un mayor y mejor escrutinio para el control del método que se utilice por quien dice que es perito o experto en un área de conocimiento o práctica. Esto aumenta el chance de ubicar o determinar defectos en las metodologías utilizadas.

El criterio C y la relevancia del margen de error: Autoras como Ana Sánchez Rubio hacen hincapié que este es un requisito que únicamente es exigible o deseable en los supuestos de pruebas científicas que emitan sus resultados en términos cuantitativos<sup>34</sup>; es decir, con inferencias estadísticas, por lo que no todos los informes científicos tendrán este reconocimiento sobre el margen de error. Es importante en igual sentido

mencionar que la sentencia Daubert requiere de un porcentaje de error para buscar consistencia del método, no en su fiabilidad. Esto se colige a partir de que en la sentencia exige el conocimiento del margen error, pero no se requiere que sea mayor o inferior a una cifra establecida.<sup>35</sup>

El criterio D y la aceptación de la comunidad científica: La Corte Suprema mantuvo el criterio que las *Frye Rules* pregonaban, en tanto que se deseaba que, respecto al método utilizado, existiera respaldo desde los especialistas del área del conocimiento en que se utilizó. Esto tiene como objetivo acercarse a la verdad por consenso.<sup>36</sup>

<b>Criterios de científicidad del Daubert Test</b>	
Método científico empleado para que la pericia sea susceptible de verificación o refutación objetiva.	Los resultados del método o técnica que se utilizaron deben tener publicaciones en revistas científicas de revisión de pares.
Determinación del margen de error del método.	La técnica utilizada cuente con la aceptación de la comunidad científica.
La teoría sobre la que se apoya la prueba debe respetar estandares que permitan controlar su ejecución.	

### **CASO REAL EN COSTA RICA. TENTATIVA DE HOMICIDIO CALIFICADO DE UNA MADRE CONTRA SU HIJO RECIÉN NACIDO**

Tal como se ha indicado desde el inicio de este trabajo, lo que se pretende es determinar los problemas prácticos que puedan generarse por la carencia de un modelo de admisibilidad de prueba científica dentro del proceso penal, tomando relevancia esta rama del ordenamiento jurídico por sus profundas consecuencias jurídicas ante

la demostración o no de los supuestos de hecho descritos en los tipos penales.

La prueba científica mantiene mayor relevancia con el paso de los años dentro de las investigaciones penales y, consecuentemente, en la forma en que esta es admitida, practicada y valorada por los distintos órganos jurisdiccionales.

Los planteamientos esbozados hasta este punto se verán desde el análisis de un caso real, en el que, si bien se practicaron diversos elementos de prueba

34 *Ibid*, 227.

35 *Ibid*, 227.

36 *Ibid*, 229.

admitidos, las que marcaron la diferencia fueron la prueba científica y la respectiva valoración que dieron los diversos tribunales penales que conocieron los hechos.

No se pretende plasmar la totalidad de eventos que sucedieron tanto en los debates celebrados como en la fase recursiva, pero sí resulta oportuno para la persona lectora que se efectúe una radiografía general de todo el caso y, posteriormente, centrarse en lo realizado por los órganos jurisdiccionales respecto a la admisión de prueba pericial, esto con el objetivo de comprender el alcance y la relevancia que puede llegar a tener la carencia de un modelo de admisión de prueba pericial.

## DE LOS EVENTOS QUE SE DISCUTIERON EN DEBATE

El caso en cuestión sucedió el 5 de mayo de 2016, cuando una mujer de 30 años se presentó a un nosocomio público en Costa Rica para que le atendieran un fuerte dolor abdominal que presentaba desde hacía algunas horas. Luego de la atención en el centro médico, se le indicó que tenía inflamación abdominal, por lo que se le suministró un medicamento conocido como Voltaren, el cual era indicado para el tratamiento contra el dolor, pero mantenía contraindicación para personas en estado de gestación durante los dos primeros trimestres.

Una vez que la mujer se retiró del hospital sin que hubieran transcurrido más de dos horas, debió ingresar de forma urgente a una agencia bancaria, lugar en el que solicitó el baño, por cuanto el dolor por la que fue atendida en el hospital no había mermado, por el contrario, incrementó, y ella sentía que tenía ganas de defecar. Una vez

en el servicio sanitario, sin conocer su condición, empezó con el alumbramiento y dio a luz a un niño, a quien dejó dentro de un basurero, ingresándolo junto con la placenta y el cordón umbilical en una bolsa plástica que cerró y le hizo un nudo, para luego cubrirla con papeles, dejando todo allí. La mujer limpió el lugar, no dejó muestras de la labor de parto y se retiró en el mismo medio de transporte en el que viajaba.

El niño fue localizado por funcionarios bancarios, quienes coordinaron con las autoridades competentes para su atención. Posteriormente, el menor fue trasladado al Hospital Nacional de Niños, nosocomio en el que se le logró estabilizar y salvar su vida, sin que quedara ninguna secuela y se desarrollara como una persona sana. El recién nacido no presentaba lesiones y, si bien su vida corrió riesgo, lo fue por las condiciones en que el parto se desarrolló, así como sus condiciones biológicas, por cuanto no habían madurado todos sus órganos, y se determinó que la madre tenía seis meses de gestación para cuando sucedió el nacimiento.

La mujer, por otro lado, continuó con su vida normal. El 5 de mayo estuvo con amigos, familiares, conversó con ellos. Posterior a salir del banco, ella dijo que se sentía mejor de salud. Al día siguiente, fue a trabajar, sin que su cotidianidad se viera alterada, sino hasta que, en los medios de comunicación nacional, dieron aviso de la noticia, mostraron videos de seguridad tanto de ella, así como del medio de transporte en el que viajaba. Esto motivó a la mujer a presentarse a las oficinas del Organismo de Investigación Judicial donde fue detenida y, desde ese momento, debió afrontar un proceso por tentativa de homicidio calificado,<sup>37</sup> cuya sanción carcelaria para aquel

37 “[...] Artículo 112 del Código Penal: Se impondrá prisión de veinte a treinta y cinco años, a quien mate:

I) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, hermanos consanguíneos, a su mancoba o concubinario, si han procreado uno o más hijos en común y han llevado vida marital, por lo menos durante los dos años anteriores a la perpetración del hecho [...]”.

momento -así continúa al día de hoy- tenía un *quantum* mínimo de 20 y máximo de 35 años de prisión.

Desde su detención, la mujer aseguró que desconocía que se encontraba embarazada. Ella manifestó que mantenía sus controles ginecológicos regularmente y que, incluso, pocos meses antes de los hechos, había asistido donde su ginecólogo. También adujo que no recordaba nada sobre el alumbramiento, ni el lapso en el que ella ingresó y se mantuvo en el servicio sanitario del banco. Sin embargo, las autoridades no creyeron en su versión.

Para lograr la finalización del proceso, se celebraron dos debates, en el primero, se condenó a la mujer a seis años de prisión, con beneficio de arresto domiciliario con monitoreo electrónico, tomando únicamente en consideración para el rebajo de la pena -*por las reglas de los delitos tentados*- que la mujer vivía con el niño que había dejado abandonado posterior a su alumbramiento, y que existía una relación positiva de madre-hijo entre ambos.

En el primer juicio, el tribunal recibió diversa prueba, mayoritariamente testimonial, de la cual, el mismo tribunal refirió que no podía descartar el desconocimiento que la mujer tenía sobre su condición de embarazo, esto porque los diversos testigos que declararon en juicio aseveraron que ninguno de ellos se percató de la condición de la mujer, y que ella nunca manifestó que estaba embarazada.

En el debate, se recibieron el testimonio y el peritaje de una psicóloga de los Laboratorios

Forenses oficiales, quien aseguró al tribunal que la madre imputada actuó posterior al parto con total conocimiento y voluntad de sus acciones, sin que existiera ninguna alteración a nivel mental que le obnubilara la conciencia.

La defensa técnica de la parte imputada aseguró, durante la fase de las conclusiones, contrario a lo indicado por la perita oficial, que su representada presentó el síndrome de negación del embarazo, el cual provocó que la mujer no actuara conforme a lo que la lógica común podría considerar correcto, y esto justificaba las razones por las que no recordaba lo que sucedió el día del parto y su reacción al observar el niño recién nacido. La abogada agregó entre otros aspectos que, si bien en Costa Rica el síndrome de negación del embarazo no era usual, sí era reconocido en otros países, sobre todo europeos, colocando como ejemplo a España.

Ante las manifestaciones de la defensora, posterior al debate y, cuando se encontraban deliberando, el tribunal de juicio tomó la decisión de reabrir el debate<sup>38</sup>, esto con el objetivo de recibir nuevamente el testimonio de la perita oficial y que se refiriera al síndrome aludido por la abogada de la parte imputada.

La defensa, por otra parte, ofreció prueba para mejor resolver<sup>39</sup>, por cuanto había logrado contactar durante los días que el debate estuvo suspendido a una perita en psiquiatría de nacionalidad española, quien había estudiado el síndrome de negación del embarazo y conocía diversos casos que acaecieron en Europa. No obstante, el tribunal de juicio penal desechó la

38 Artículo 362 del Código Procesal Penal de Costa Rica, reapertura del debate: “Si el tribunal estima, durante la deliberación, absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada, entonces, al examen de los nuevos elementos de apreciación aportados”.

39 Artículo 355 del Código Procesal Penal de Costa Rica, prueba para mejor proveer: “Prueba para mejor proveer Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieran su esclarecimiento”.

solicitud de la defensora y, únicamente, recibió el testimonio de la perita oficial.

La perita en psicología se limitó a indicar que desconocía el síndrome referido y, que previo a la nueva declaración, había leído algún artículo sobre la negación del embarazo, pero que no era un tópico aceptado en la comunidad científica. Esta versión fue acogida por el órgano jurisdiccional y fue eje nuclear en la sentencia condenatoria.

En la fase de apelaciones, el tribunal superior en grado determinó que el *ad quo* había lesionado el derecho de defensa, por cuanto no se admitió la prueba ofrecida por parte de la abogada de la acusada, y las razones esbozadas por el tribunal de juicio carecieron de fundamento racional, por lo que se ordenó un nuevo juicio con la admisión de la prueba pericial ofrecida por la defensora de la investigada.

Finalmente, durante el segundo juicio y, una vez que se valoró la totalidad de la prueba, entre ella, la prueba pericial que no fue admitida en el primer debate, se emitió una sentencia absolutoria por certeza y se concluyó que ni siquiera existió conducta jurídicamente relevante. (*Es oportuno hacer ver que el Ministerio Público solicitó la absolución, pero por estado de inimputabilidad disminuida<sup>40</sup>*).

## DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL PRIMER DEBATE

Tal como se ha mencionado, para los fines del presente trabajo, lo relevante es conocer la lógica jurídica utilizada por los órganos jurisdiccionales que intervinieron en el caso seleccionado para esta

investigación, respecto a la admisión de la prueba pericial, con especial relevancia la ofrecida por la defensa técnica de la mujer que dio luz a su hijo, cuando ella desconocía que se encontraba embarazada de su primogénito.

En la resolución emitida posterior a la celebración del primer debate<sup>41</sup>, únicamente se valoraron la prueba psicológica realizada a la persona imputada, así como el testimonio de la perita que efectuó la valoración pericial, ambos provenientes de laboratorios oficiales del Poder Judicial. La perita explicó al tribunal que, desde su valoración, la mujer no contaba con patología en años anteriores ni cuando fue valorada (*dos años después de los hechos*), por lo que no existían antecedentes que la hicieran ver que, cuando el evento del parto acaeció, tuvo alteraciones cognitivas, asegurando que no se presentó disociación alguna en la persona evaluada.

Durante el debate, la profesional en Psicología le explicó al tribunal que un evento traumático generaba pérdida en las capacidades cognitivas, por lo que presentaba un comportamiento que no era normal, no lograba realizar una vida regular y se le imposibilitaba continuar con la rutina diaria. Este argumento, como se indicó, fue tomado por el tribunal como real y suficiente para no admitir la prueba ofrecida por la defensa técnica y, con ello, basar la decisión condenatoria. Al respecto, el órgano jurisdiccional señaló en la sentencia de manera literal:

*[...] Es así como una persona experta en la materia y que evaluó a la imputada en dos ocasiones descarta por completo que*

40 Artículo 43 del Código Penal de Costa Rica: “Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión”.

41 Sentencia 87-2021 de las catorce horas del tres de febrero de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José.

*esta presentara una disociación y por el contrario afirmó categóricamente que “no hay afectaciones a nivel emocional a nivel cognitivo, tiene sus capacidades y cuenta con recursos emocionales”. Lo declarado por la perita oficial le merece credibilidad al tribunal, dado que su declaración fue clara, precisa y sin contradicciones que hicieren dudar al tribunal de su dicho y porque sus apreciaciones -que explicó eran basadas en la observación y la experiencia [...]. [...] Es así que lo dicho por la perito cuenta con el respaldo de otros medios de prueba que dan sustento a su dicho... esos cuestionamientos no tienen ningún tipo de asidero que lleve al tribunal a considerar que mintió en su evaluación y lo que informó, de modo tal que lo declarado resulta de plena credibilidad a los juzgadores. De esta forma, para esta cámara resulta la declaración clara, dando razones de sus apreciaciones tanto desde el punto de vista técnico como los conclusiones que deriva de su experiencia en el Departamento de Medicina Legal, por lo que le merece credibilidad plena al tribunal [...].<sup>42</sup>*

Conforme a lo que se ha indicado, puede apreciarse que la perita en psicología desconocía del síndrome de negación del embarazo. Incluso, durante el debate así lo refirió y luego, al volver a presentarse cuando se decidió reabrir el juicio, aseguró que había leído sobre dicho síndrome con ocasión del nuevo llamado, asegurando que no se

trataba de una pericia reconocida médica y que su estudio era incipiente. Al respecto, el colegiado de jueces manifestó que:

*[...] Hay que hacer referencia a que, los cuestionamientos de la defensa hacia la perito, por no conocer sobre el trastorno alegado, deben ser dimensionados, pues no le resultaba exigible que indague y realice sus pericias sobre posibles padecimientos fuera de los manuales y procedimientos diagnósticos vinculantes para el gremio médico. De allí que sea entendible que lo que investigó sobre tal síndrome o trastorno, lo fuera en fechas cercanas a su segunda comparecencia al juicio y como consecuencia del criterio pericial que este tribunal requirió. De hecho, ello es conteste [...].<sup>43</sup>*

Estos pasajes extraídos literalmente de la sentencia condenatoria muestran una clara inclinación por parte de los juzgadores en la declaración esbozada por la psicóloga oficial, esto a pesar y, tal como se mencionó, de que la negación del embarazo es un síndrome que debe valorarse desde la experticia psiquiátrica y no así en la psicológica.

Existió, entonces, por parte del tribunal que conoció de los hechos en el primer juicio la llamada parcialidad origen<sup>44</sup>, entendiéndola como un sesgo de que la persona perita oficial merece, por el solo hecho de haber sido asignada por el sistema de justicia, de mayor credibilidad que una persona perita de parte, dotando casi una autoridad mayor.

---

42 Ibid.

43 Ibid.

44 Jeffry Mora Sánchez, Juan Humberto Sánchez Córdova, Carolina Silva Santelices, María Valeria Trott. *La prueba, razonamiento probatorio y justificación de las decisiones judiciales y administrativas*. 452-454

Además, tal como se verá, se llegó a sobrevalorar la prueba científica de gabinete, creando una conducta deferencial por parte de los juegadores hacia el testimonio versado por la experta institucional<sup>45</sup>, considerando incluso innecesario admitir al proceso de prueba pericial ofrecida por la parte acusada.

Otro punto de importante mención fue la actitud de la perita oficial, quien asumió el conocimiento de un síndrome del cual no solo no tenía la experticia, sino además se mantenía fuera del área de conocimiento que ella podría manejar, por cuanto su saber se limitaba al ámbito de la psicología.

Pero tal como se ha indicado, el síndrome de negación del embarazo es propio de la psiquiatría. Esta actitud de la perita oficial encaja dentro de los parámetros de parcialidad cognitiva<sup>46</sup>, en el sentido de que mostró que tenía predisposiciones teóricas sobre un área del conocimiento, importando poco los nuevos elementos probatorios que se le ofrecieron para comprender la conducta de la mujer acusada ante un hecho traumático. Así, la perita ejerció un sesgo confirmatorio<sup>47</sup>, no dando por menos -y a costa de la libertad de una persona- el peritaje por ella realizado.

Sobre las razones por las que el tribunal de juicio no consideró pertinente admitir la prueba en debate, bajo la figura de prueba para mejor proveer, se limitó a indicar que la versión de la perita oficial era más que necesaria para poder demostrar que la conducta de la persona acusada no sufrió ninguna alteración para el día de los

hechos, y que cualquier esfuerzo para demostrar lo contrario era en vano. Incluso, el órgano jurisdiccional mencionó que la científicidad del trastorno que alegaba la defensa había quedado desvirtuado por la perita oficial. Al respecto en lo conducente indicó que:

*Una vez aclarados los puntos que motivaron la reapertura del debate se estimó innecesario recibir el testimonio de la Dra. Olza (perita ofrecida por la defensa técnica), dado que las referencias al trastorno en el que se desempeña profesionalmente esta doctora si fueron tomadas en cuenta por este tribunal en el análisis del caso [...].*

Puede comprenderse que la lógica jurídica del tribunal para la admisión o no de la prueba pericial ofrecida por la parte acusada versó en los clásicos criterios de utilidad y pertenencia que se aplicaron a la prueba común, no practicando ningún ejercicio cognitivo sobre la científicidad de la prueba pericial ofrecida. Según el modelo planteado con las *Daubert Rules*, si estas se hubieran tomado en consideración o si estuvieran positivizadas en el ordenamiento jurídico penal de Costa Rica, habrían permitido la incorporación al juicio de la prueba pericial, para luego ser practicada y valorada, y este es el yerro principal que se originó en el primer debate.

Más allá de una lesión al derecho de defensa, este agravio acaeció justamente por la carencia de un modelo para admitir prueba pericial y entender su grado de científicidad. Pero, además, confluyeron la parcialidad de origen tomada por el tribunal de

45 Marina Gascón Abellán. (Noviembre de 2016). Conocimientos expertos y deferencia del juez. (Apunte para la superación de un problema). DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 39 347-65. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.18>.

46 Jeffry Mora Sánchez, Juan Humberto Sánchez Córdova, Carolina Silva Santelices, María Valeria Trotto. *La prueba, razonamiento probatorio y justificación de las decisiones judiciales y administrativas*. 452-454.

47 Ignacio Sancho Gargallo. (2024). *Las incidencias de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 29.

juicio sobre la pericia psicológica, así como la parcialidad cognitiva y el sesgo de conocimiento por parte de la perita judicial.

En síntesis, en este primer debate, aun cuando el tribunal penal explicó que no podía descartarse que la mujer desconocía de su estado de embarazo, existió una creencia absoluta en el conocimiento científico de la perita oficial, viendo sus manifestaciones como una certera verdad y llevando así una sobrevaloración epistémica por parte de los juzgadores.

Si se hubieran aplicado los criterios Daubert, el tribunal se habría percatado de que el trastorno disociativo con ocasión del síndrome de negación del embarazo poseía un método científico susceptible de refutación que incluso estaba descrito en el DSM-5, y que el método utilizado para diagnosticar este trastorno estaba debidamente publicado en revistas científicas de revisión de pares, y la metodología tenía aceptación de la comunidad científica.

En síntesis, la prueba rechazada sí cumplía con la totalidad de los criterios expuestos en el *Daubert test*. Si bien esto no aseguraba la forma de valoración de la prueba, resultaba claro que racionalmente la decisión debió haber sido otra respecto a la que tomaron.

## **DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL SOBRE LA PRUEBA PERICIAL**

La legislación penal costarricense permite que, en etapa recursiva, el tribunal de apelación de sentencia pueda no solo realizar un examen integral del juicio o del fallo que emitió un tribunal penal, sino también ante la inadmisión por parte de este de prueba nueva que sea rechazada de manera arbitraria, el superior en grado puede admitir los elementos probatorios y realizar la práctica de esta en etapa de apelación<sup>48</sup>.

Para ello, se exigen únicamente los criterios de utilidad y pertinencia, y que la prueba sea novedosa. Nótese que, al igual como ocurre en otras etapas del proceso penal costarricense, no hay diferenciación alguna para la admisión de la prueba pericial.

Aun con lo anterior<sup>49</sup>, en la resolución emitida por el tribunal de apelación y, únicamente con base en los criterios ya indicados, la prueba rechazada en el primer juicio fue admitida para su debida valoración en la fase recursiva. La nueva prueba consistió en dictámenes periciales realizados a la parte acusada que concluían la existencia de un trastorno disociativo especificado del DSM-5 de la Asociación Americana de Psiquiatría en contexto de negación del embarazo, el testimonio de la perita española Ibón Olza Fernández y del currículum de la psiquiatra<sup>50</sup>.

Resulta innecesario referirse a lo dicho por la perita española sobre el síndrome de negación del

48 Respecto a la prueba en apelación de sentencia, ver artículo 464 del Código Procesal Penal.

49 Sentencia 1364-2021 de las siete horas treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

50 Sentencia 00819-2021 de las siete horas cuarenta y cinco minutos del primero de junio de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia del I Circuito Judicial de San José.

embarazo, esto por cuanto este ya fue explicado en un anterior apartado de este trabajo. Respecto a los atestados de la perita<sup>51</sup>, estos fueron abordados por el Tribunal de Sentencia, permitiendo corroborar el conocimiento sobre el síndrome de negación del embarazo y su experticia en el área de la psiquiatría.

En tanto a la valoración efectuada a la mujer acusada, el peritaje científico realizado por la doctora Olza Fernández estableció que la imputada sí presentó un síndrome de negación del embarazo, y que ello limitó sus posibilidades de poder autodeterminar su conducta. Además, dejó claro que la metodología utilizada para la constatación de este síndrome en nada se asemeja a la realizada por la perita oficial que declaró en juicio, y que, con la metodología por ella utilizada, no era posible detectar ningún trastorno disociativo, ya que lo aplicado a la imputada por la perita oficial fue un test para evaluación de personalidad. Al respecto, se explicó lo siguiente en la sentencia de apelación por parte de la perita de parte:

[...] *La metodología es una metodología habitual del servicio psiquiátrico, nosotros hacemos una anamnesis, entrevista, valoración de exámenes complementarios y análisis del estado mental. Son metodologías utilizadas en la actualidad. Sí conozco el test denominado Inventario Multifásico de Personalidad de Minnesota; este test no es relevante para detectar el trastorno de la negación del embarazo, porque es un test para evaluar la personalidad, no es un test para evaluar clínica perinatal ni gestacional. Como describí en mi informe pericial, considero que doña [Nombre 001] sufrió un trastorno conocido como negación del embarazo, que se caracteriza, como describen algunos psiquiatras, por la ausencia del proceso psíquico de la aceptación; en ese contexto, de negación del embarazo, el parto precipitado puede ser altamente traumático y aconteció un trastorno disociativo especificado en torno al nacimiento de su hijo. El cuadro*

---

51 En lo conducente, la perita indicó ante el Tribunal de Apelación lo siguiente sobre sus atestados y experiencia profesional: “Soy licenciada en medicina, doctora en medicina y especialista en psiquiatría. Me licencie en medicina por la Universidad de Navarra, realicé mi tesis doctoral en la Universidad de Zaragoza y realicé mi periodo formativo en psiquiatría en el Hospital Clínico Universitario de Zaragoza. A lo largo de mi carrera, he trabajado durante 20 años, 19 años, en el sistema público de salud español, en los Hospitales Clínicos de Zaragoza y en el Hospital, sobre todo en el Hospital Puerta de Hierro, Majadahonda de Madrid, y también he sido docente en las Universidades de Zaragoza, Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad de Alcalá, Henares, en las facultades de medicina, siempre como profesora social. En la actualidad dirijo el Instituto Europeo de salud mental perinatal y trabajo como consultora externa de psiquiatría perinatal en la O.M.S, Organización Mundial de la Salud, y en otras entidades en la que colaboro también como consultora. Sí, actualmente soy miembro de la junta directiva de la Sociedad Marcé Internacional que está sesionada en referencia para el estudio de los problemas mentales perinatales, también soy socia en la Sociedad Natal Española y soy persona técnica del Comité de Desarrollo y Atención al Parto Normal del Ministerio de Sanidad y Salud. Sí, a lo largo de mi carrera profesional he realizado numerosas publicaciones científicas siempre en el ámbito de la psiquiatría, más que psiquiatría perinatal, he publicado como autora seis libros y actualmente participo en el proyecto de investigación europea, financiado por la Unión Europea, sobre la temática del parto traumático. Si, a lo largo de muchos años trabajé como psiquiatra infantil y, posteriormente, como psiquiatra perinatal, y en el año 2009, puse en marcha el programa de psiquiatría perinatal en el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda en Madrid que fue el primer programa de perinatalidad (SIC) de la Comunidad Autónoma de Madrid y lo he desarrollado por más de cinco años y estoy puesta de una nueva publicación; posteriormente, he seguido trabajando como psiquiatra privada y consulto a distintas entidades, siempre en el ámbito de la psiquiatría perinatal. Sí, he participado en diversos casos como perito forense, en casos siempre de psiquiatría perinatal, y también he trabajado como técnica externa con el Defensor del Pueblo Español, como técnico externa, en el Movimiento de la Prevención, que lleva en España, el Defensor del Pueblo Español, durante 7 años”.

*que presentó es típico de este trastorno de negación del embarazo, coincide en muchos aspectos con otros casos descritos en la literatura [...].*

Durante la fase de apelación, el tribunal notó que los jueces de juicio cometieron parcialidad de origen, brindando fiabilidad a una perita por el solo hecho de pertenecer al Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial, sin dar oportunidad a la defensa técnica de demostrar la científicidad de la prueba ofrecida y los yerros conceptuales y pragmáticos llevados a cabo por los laboratorios forenses oficiales que, desde una visión sesgada y arbitraria, aseguraron hechos como verdades absolutas, sin tener siquiera conocimientos atinentes para referirse a lo argumentado por la abogada de la acusada.

Como se ha señalado, este problema obedeció en su génesis a la falta de un modelo de admisión de prueba pericial que permitiera analizar su científicidad, agravado por el hecho de que juzgadores de primera instancia tuvieron una deferencia total al peritaje oficial.

Sobre este particular, también el Tribunal de Apelación de Sentencia se refirió y, si bien no hizo mención sobre ningún paradigma para la admisión de prueba, sí fustigó la actitud sesgada y parcializada del Tribunal Penal, esto al mencionar en su resolución que:

*[...] No obstante, lo anterior, el a quo se conformó con recibir en el debate a una profesional en psicología, es decir, que no era psiquiatra, de modo que carece de la especialidad profesional que corresponde a la rama de la medicina que estudia una patología como la que el juzgador de instancia pretendía esclarecer. Aunado a lo anterior, se tiene*

*que Vexey Vargas Mora, al rendir su declaración en el contradictorio, indicó lo siguiente: “[...] podría ser un evento traumático un parto en una mujer que no sepa que está embarazada, podría ser que no darse cuenta de que está embarazada puede ser traumática o no. No conozco casos de mujeres que no sepa que están embarazadas profesionalmente [...]” (cfr. folio 787 del principal. La copia es textual). De lo antes expuesto, se grafica con claridad las limitaciones que tenía la psicóloga Vargas Mora en cuanto al objeto para el cual se le llamó a emitir su criterio técnico, ergo, para lo que se dispuso la reapertura del debate, de cara a dilucidar lo relativo al planteamiento que hizo la defensa técnica en el contradictorio, en cuanto a que la conducta acusada en contra de [Nombre 001], se dio bajo los efectos propios de un Trastorno Disociativo no Especificado, en el contexto de negación del embarazo. Ante tales debilidades en la experticia de la perito que se designó para aclarar lo relativo a dicho trastorno, y siendo que la abogada defensora de dicha justiciable hizo un ofrecimiento de prueba técnica relativa a tal temática, para que fuera evacuada en la reapertura del debate en calidad de mejor proveer, esta Cámara de Apelaciones considera que lo procedente bajo tales circunstancias para garantizar, efectivamente, el derecho de defensa e, igualmente, para procurar la obtención de elementos de convicción técnicos que permitieran complementar lo aportado por la psicóloga forense Vargas Mora en cuanto al tema en discusión, era acoger la petición probatoria de la abogada de la encausada [Nombre 001], y en virtud de ello, evacuar en la reapertura*

*del contradictorio el testimonio de la psiquiatra Ibone Olza Fernández [...]*<sup>52</sup>.

La decisión final por parte del Tribunal de Impugnaciones versó en que era necesario realizar nuevamente el juicio admitiendo para ello la prueba pericial respecto al síndrome de negación del embarazo. El tribunal tuvo como principal fundamento para su fallo que los juzgadores de primera instancia se equivocaron en no admitir la prueba ofrecida por la parte acusada y, al no consentir esto, se imposibilitó efectuar alguna valoración sobre su científicidad y contrarrestarla con lo expuesto por el peritaje que sí estaba admitido.

Véase cómo los criterios de admisión de la prueba tienen relevancia tal que afectan el debido proceso, por cuanto, al menos, en el caso particular, la inexistencia de un modelo para la integración de prueba pericial al proceso penal lesionó el derecho de defensa. Pero, además, transgredió derechos fundamentales, tales como los derivados del artículo 39, por cuanto, en un primer momento, se emitió una sentencia condenatoria sin poder ejercer plenamente su derecho de defensa, y sin que quedara asentada la demostración de culpabilidad en sentido amplio<sup>53</sup>. La carencia de un modelo de admisibilidad motiva a ejercicios de parcialidades y sesgos sobre la prueba pericial, tal como ocurrió con el tribunal de juicio en el caso expuesto.

## DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE JUICIO PENAL DURANTE EL SEGUNDO JUICIO

Para la celebración de este debate, el Tribunal Penal de Juicio sí valoró la prueba pericial rechazada en el primer juicio, esto por cuanto fue el Tribunal de Sentencia Penal el órgano que admitió la prueba científica aportada por la defensa técnica. Por esta razón, no es congruente para el presente trabajo efectuar ningún análisis de la sentencia que emitió el tribunal sentenciador, porque, como se indicó, la admisión ocurrió por parte de otro tribunal y, en juicio, se procedió a la práctica y valoración.

No obstante, es importante hacer ver que, en este segundo juicio, se emitió sentencia absolutoria por certeza<sup>54</sup>, y posterior a escuchar a la psiquiatra respecto a las valoraciones que se aplicaron en su momento a la imputada, se determinó que sufrió del síndrome de negación del embarazo.

El tribunal coligió que ni siquiera ocurrió una conducta jurídicamente relevante por parte de la persona acusada. Incluso, los juzgadores se disculparon en nombre del Estado con la persona imputada, porque el aparato estatal le había fallado, desde el sistema de salud, hasta el sistema judicial, involucrándola en un largo y tedioso proceso.

52 Sentencia 1364-2021 de las siete horas treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

53 Artículo 39 de la Constitución Política: “*A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad*”.

54 Para mayor detalle, ver sentencia 546-2023 de las ocho horas del ocho de junio de dos mil veintitrés, emitida por el Tribunal Penal I Circuito Judicial de San José.

Nótese, tal como se ha hecho ver que el tortuoso camino procesal atravesado por la madre que desconocía de su estado de gravidez fue generado entre otros por un vacío en la norma procesal penal costarricense respecto al modelo y a los parámetros utilizados para admitir o descartar la admisibilidad de prueba pericial en el proceso penal que se limitaba a criterios de utilidad y pertinencia.

Sin embargo, en este tipo de probanza, es otro el nivel de análisis y filtro que debe efectuar la persona juzgadora y, en la prueba pericial, tiene que someterla desde su ofrecimiento a parámetros que permitan visualizar su fiabilidad.

Sin entrar en un sesgo retrospectivo por parte de quien redacta estas líneas, se tiene la creencia de que, si se hubiera utilizado un criterio como las reglas Daubert, la prueba pericial ofrecida por la parte acusada habría sido admitida, y la valoración posterior para evacuarla habría permitido llegar a la solución desde el primero al que finalmente obtuvo el caso. Con esto, se vuelve así a la máxima que se expresó al inicio de este trabajo, en tanto que debe modificarse todo lo que sea necesario para evitar que personas inocentes sean personalizadas.

## CONCLUSIONES

La prueba pericial merece un tratamiento diferente respecto a cualquier otro elemento de prueba que se pretenda proponer en el proceso penal. Necesariamente, se requiere que los juzgadores hagan un análisis sobre el método utilizado en las pericias, para poder efectuar de mejor manera el ejercicio intelectual sobre la fiabilidad de estas.

El filtro utilidad y pertinencia no es suficiente para la admisión de prueba en el proceso penal. Si bien, estos criterios deben mantenerse, por sí solos resultan insuficientes, y es necesario positivizar en el modelo procesal costarricense

otros factores de análisis para admitir la prueba pericial y/o científica.

Es claro que, bajo criterios de utilidad y pertinencia, los órganos jurisdiccionales pueden cometer ejercicios de parcialidad de origen o incrementar la posibilidad de sesgos de afinidad. Estos óbices procesales pueden verse disminuidos en la admisión de prueba, a partir del establecimiento de un paradigma de factores en el que deba someterse a análisis la metodología de la pericia con vistas al objeto del proceso penal. Aunque se entiende que del todo no podrá eliminarse, por cuanto siempre está el factor de que las juezas y los jueces son tan humanos como cualquier otra persona.

Existe la sobrevaloración epistémica de las pericias de laboratorios oficiales o de gabinete, hecho que no es un simple decir, sino que, muchas veces en la práctica, es notoria la inclinación de las balanzas a las pericias oficiales.

Si bien los Daubert test nacen de la jurisprudencia del derecho anglosajón, propiamente el estadounidense, su aplicación flexible dotaría a las personas juzgadoras costarricense de mayores y mejores herramientas para determinar qué prueba pericial debe admitirse y cuál no, sin lesionar el derecho de defensa, ni permitir la admisión de informes innecesaria de prueba.

## BIBLIOGRAFÍA

Burgos Mata, Álvaro. (2015). *Psicología forense costarricense*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Código Penal de Costa Rica, Ley 4573.

Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley 7594.

Constitución Política de Costa Rica.

Dolz Lago, Manuel Jesús, Nicomedes Expósito Márquez, Antonio Gómez García, José Martínez García y José Miguel Otero Soriano. (2012). *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer.

Gascón Abellán, Marina. (Noviembre de 2016). Conocimientos Expertos y Deferencia del Juez. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 347 - 365.

Haba, Enrique Pedro. *Racionalidad y método para el derecho ¿es eso posible?*

Haack, Sussan. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso penal comentado*. (2023). 7.<sup>a</sup> edición. San José: Jurídica Internacional.

Mora Sánchez, Jeffry; Sánchez Córdova, Juan Humberto; Silva Santelices, Carolina y Trotto, María Valeria. (2019). *La prueba, razonamiento probatoria y justificación de las decisiones judiciales y administrativas*. San José: Investigaciones Jurídicas.

Olza Fernández, Ibone. (8 de septiembre de 2021). *Interrogatorio en fase recursiva del expediente 16-010882-0042-PE*. San José.

Sánchez Rubio, Ana. *La prueba científica en la justicia penal*. Valencia: Tiran lo Blanch, 2019.

Sancho Gargallo, Ignacio. (2024). *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*. Valencia: Tiran lo Blanch.

Sentencia 87-2021 de las catorce horas del tres de febrero de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José.

Sentencia 546-2023 de las ocho horas del ocho de junio de dos mil veintitrés, emitida por el Tribunal Penal del I Circuito Judicial de San José.

Sentencia 1364-2021 de las siete horas treinta minutos del ocho de septiembre de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José.

Sentencia 00819-2021 de las siete horas cuarenta y cinco minutos del primero de junio de dos mil veintiuno, emitida por el Tribunal de Apelación de Sentencia del I Circuito Judicial de San José.

*Revistas Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. (1990) <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/15295/14917>

American Psychiatric Association. *¿Qué es la psiquiatría*. Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://www.psychiatry.org/patients-families/la-salud-mental/> *¿que-es-la-psiquiatria*.

Calma Centro de Psicología y especialistas en maternidad. *Trastorno de negación del embarazo*. Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://www.calmapsi.es/wp-content/uploads/2020/03/TRA STORNO-DE-NEGACIÓN-DEL-EMBARAZO.pdf>

Ibone Olza. *Negación del embarazo*. Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://iboneolza.org/2012/11/30/negacion-del-embarazo/>

Mayo Clinic. *Trastornos disociativos*. Último acceso: 11 de noviembre de 2024 <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/dissociative-disorders/symptoms-causes/syc-20355215>

National Library of Medicine. *Bendectin and birth defects: I. A meta-analysis of the epidemiologic studies*. Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/7974252/>

*Pasión por el derecho. La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso*

*Daubert.* Último acceso: 11 de noviembre de 2024. [https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/LA-PRUEBA-PERICIAL-EN-LA-EXPERIENCIA-EE.UU\\_.pdf](https://content.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/LA-PRUEBA-PERICIAL-EN-LA-EXPERIENCIA-EE.UU_.pdf).

Psiquiatria.com. *Trastornos disociativos.* Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://psiquiatria.com/glosario/trastornos-disociativos>.

Reproducción asistida ORG. *¿Qué es el embarazo criptico o negación del embarazo? ¿Es real?* Último acceso: 11 de noviembre de 2024. <https://www.reproduccionasistida.org/sindrome-de-negacion-del-embarazo/>.



# LA ADECUADA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA REALIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE POBLACIONES INDÍGENAS LATINOAMERICANAS. UN ENFOQUE DESDE EL MULTICULTURALISMO

*M. Sc. José Alejandro Piedra Pérez<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito realizar un abordaje del delito de trata de personas en las víctimas de poblaciones indígenas en cuanto a su regulación, tanto a nivel sustantivo como procesal en aquellos países de Latinoamérica que tienen normativizada esta problemática, lo anterior a través de un enfoque desde el pluralismo jurídico y el multiculturalismo. Del mismo modo, en el repaso de tales leyes penales especiales, se advertirán falencias en cuanto al correcto tratamiento del tema en comunidades indígenas como resultado de la discriminación estructural que nuestra sociedad a la fecha aún refleja para con esta población vulnerable, procurando ensayar algunas soluciones -a partir de algunos proyectos ya realizados en algunos países- que brinden una mejor respuesta a este flagelo que también es parte de la realidad de los pueblos indígenas.

**Palabras clave:** Delito de trata de personas, víctimas de la trata de personas, poblaciones indígenas latinoamericanas, pluralismo jurídico, multiculturalismo, interculturalidad, interseccionalidad.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the crime of human trafficking in indigenous victims in terms of its substantive and procedural regulation in those Latin American countries that have regulated this issue through an approach based on legal pluralism and multiculturalism. Based on this study, shortcomings will be demonstrated in terms of the correct treatment of the issue in indigenous communities as a result of the structural discrimination that our society still reflects to date towards this vulnerable population, seeking to test some solutions - based on some examples already carried out in some countries - that provide a better response to this scourge which is also part of the reality of indigenous peoples.

**Keywords:** Crime of human trafficking, victims of human trafficking, indigenous Latin American populations, legal pluralism, multiculturalism, interculturalism, intersectionality.

Recibido: 11 de enero de 2025      Aprobado: 14 de mayo de 2025

1 Es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, máster en Ciencias Penales por la Universidad Internacional de las Américas y especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Interamericana y en Delincuencia Organizada y Delitos contra la Función Pública por la Academia de la Magistratura del Perú. Es doctorando en Derecho por la Universidad de Costa Rica y, actualmente, labora como juez de juicio en el Tribunal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Correo electrónico: [jpiedrap@poder-judicial.go.cr](mailto:jpiedrap@poder-judicial.go.cr).

**Índice:** Introducción; 1. Desarrollo del derecho penal: defectos en la estructura del tipo objetivo del delito de trata en relación con víctimas de población indígena. 2. Desarrollo en el derecho procesal penal: tratamiento procesal a las víctimas en este tipo de delincuencia. 3. Mínimos deseables en la regulación sustantiva y adjetiva del delito de trata en poblaciones indígenas. Conclusiones.

## Introducción

La trata de personas es una figura delictiva de carácter transnacional, y sus víctimas corresponden a poblaciones vulnerables, dentro de las cuales las comunidades indígenas no son la excepción. Al respecto, a nivel internacional, existe una normativa específica que sirve de instrumento base para brindar parámetros y principios orientadores en la regulación del fenómeno, propiamente el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (conocido como *Protocolo de Palermo*).

Bajo esa tesis, en Latinoamérica, algunos países han integrado y adecuado su legislación interna conforme tal instrumento; por ejemplo: Costa Rica, México, Guatemala, Honduras, Perú, Bolivia y Paraguay, entre otros, quienes han elaborado leyes propias regulando el delito de trata de personas, aunque con omisiones en relación con la población indígena, lo cual llama la atención en una región donde las comunidades indígenas abundan.

En las presentes líneas, se llevará a cabo un abordaje del delito de trata en personas víctimas de comunidades indígenas no desde la óptica del derecho penal tradicional, sino a través de un enfoque orientado más al pluralismo jurídico y multiculturalismo como herramientas básicas, para lo que considero una mejor respuesta a

las poblaciones indígenas sometidas a esta problemática.

En primer término, se realizará un repaso de la normativa penal de fondo de los Estados de la región que así han dictado normas sobre esta delincuencia y, en segundo lugar, se llevará a cabo una revisión de la legislación adjetiva sobre la materia, advirtiendo cómo tales leyes presentan omisiones en su contenido en cuanto a la persona indígena como sujeto pasivo del delito.

Finalmente, se ensayarán algunas soluciones a modo de “mínimos deseables” que debe contener la normativa para el caso de las poblaciones víctimas que así se aborden, tomando en cuenta sus particularidades desde el punto de vista de su cultura, idioma y cosmovisión, esto a partir de algunos ejemplos que se han ensayado sobre el abordaje de este delito concretamente en México y Colombia.

### 1. Desarrollo en el derecho penal: defectos en la estructura del tipo objetivo del delito de trata en relación con víctimas de población indígena

Un primer paso en el análisis del delito de trata de personas desde la perspectiva de la persona indígena como sujeto pasivo consiste en quitarse el velo de uno de los axiomas propios del derecho penal tradicional, propiamente aquel denominado como “*la unidad del sujeto de derecho*”, sobre la base donde todas las personas sometidas al ordenamiento jurídico tienen iguales derechos, obligaciones, libertades y prerrogativas, es decir, la misma posición bajo la ley penal, apareciendo así un principio de irrelevancia de las características individuales frente a la generalidad y abstracción de la norma penal. No obstante, la innegable composición multiétnica de la sociedad en que vivimos plantea nuevos

retos a la ciencia jurídica y, en particular, dentro del derecho penal, debiéndose replantear así un cambio de perspectiva<sup>2</sup>.

En un sentido similar, Escudero Alday ha indicado:

*En principio, conviene advertir que la respuesta liberal ha jugado con ventaja durante mucho tiempo. Y por ello ha presentado como universal un modelo que era particular. Ha presentado como “neutral” un Estado que aparentemente no conforma modelos de vida e identidades, sino que simplemente se limita a diseñar y proteger los marcos generadores de convivencia, cuando en realidad se trata de un Estado que respondía -y responde- al modo de vida del grupo hegemónico. Ciertamente, parece difícil negar que el Estado y su Derecho recogen una identidad cultural construida a lo largo de su historia: la del grupo mayoritario y sus valores, modos de vida, principios, ect.<sup>3</sup>.*

Al respecto, partiendo del hecho de que las comunidades indígenas presentan su propio acervo cultural e ideológico como población integrante dentro de un Estado en donde convergen otros grupos y actores sociales, es innegable que los fenómenos criminales en donde la persona indígena esté imbuida como parte agraviada deben ser vistos a través del prisma

del pluralismo jurídico y del multiculturalismo, despojándonos de una visión “universal” u “occidental” del derecho como nos han ido mostrando generalmente a nivel social.

Es así como, sobre el primero de los aspectos, se ha indicado que el pluralismo es uno de los conceptos básicos a nivel de antropología y sociología jurídica, referido concretamente a la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo campo social, poniendo en jaque la visión etnocéntrica del derecho occidental que ha sido construida asignándole el rol de único y legítimo referente del derecho por el positivismo jurídico<sup>4</sup>.

Ahora bien, en cuanto al multiculturalismo entendido como la coexistencia de diferentes grupos culturales en un mismo territorio o Estado, De Asís de Roig refirió:

*Este implica el respeto a las diversas culturas y a la organización social de forma que existan las mismas posibilidades para participar de parte de sus miembros integrantes. Se trata de adoptar un punto de partida en el que “el otro” es aceptado como interlocutor válido y, a partir de este momento, puede hablarse de una nueva mezcla de culturas existentes<sup>5</sup>.*

Junto con los conceptos de pluralismo jurídico y multiculturalismo, aparecen dos elementos más

- 
- 2 Cristina de Maglie. (2012). *Los delitos culturalmente motivados, ideologías y modelos penales*. España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., pp. 41-45.
- 3 Rafael Escudero Alday. (2008). “Tensiones conceptuales en el liberalismo y en el multiculturalismo”. En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Ed. Laura Giraudo. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 43.
- 4 Elisa Cruz Rueda. (2008). “Principios generales del derecho indígena”. En *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Ed. Rudolf Huber y otros. Colombia: Ediciones Antropos Ltda. 31.
- 5 Rafael De Asís Roig. (2009). “Derechos humanos: integración y diferenciación”. En *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*. Ed. Ana María Marcos del Cano. España: Tirant lo Blanch. 48.

propios del abordaje de la situación indígena dentro del derecho penal y son los elementos de interculturalidad e interseccionalidad que, incluso, como se verá luego, forman parte en algunas latitudes de los principios orientadores en la aplicación del delito de trata en poblaciones indígenas víctimas de tal flagelo.

En ese sentido, debe aclararse aquí que tanto el multiculturalismo como la interculturalidad se basan en la diversidad cultural. Sin embargo, la interculturalidad se distingue del multiculturalismo, pues además de considerar la coexistencia de diversas culturas en un mismo espacio territorial o Estado, comprende un elemento adicional como lo es la interacción armónica entre tales culturas.

Sobre el particular, Jiménez Zamora indicó:

*Lo anterior se debe considerar justamente cuando nos referimos a la perspectiva intercultural, pues representa un intercambio abierto y respetuoso en una interacción equitativa de diversas culturas, las cuales son diferentes según su realidad, contexto social y cultural. Desde esta perspectiva, se debe partir de la relación entre las personas funcionarias judiciales y las personas indígenas, con base en el respeto a la diferencia y el principio de igualdad<sup>6</sup>.*

Del mismo modo, la autora antes mencionada, citando a Alison Symington, quien refiere que la interseccionalidad constituye una herramienta analítica para abordar las formas donde el género se cruza contra identidades y así contribuyen a experiencias de opresión y privilegio dentro de la

sociedad, ya que, si se pierde de vista el contexto en donde acaecen el ilícito y el carácter cualitativo de sus factores, la Administración de Justicia devendría en inoperante en su dimensión de acceso a los grupos indígenas, pues es menester fijar categorías y entender cómo estas definen en lo social el acceso, la denegación y limitación de derechos y oportunidades<sup>7</sup>.

A partir de lo anterior, los aspectos de pluralismo jurídico, multiculturalismo, interculturalidad e interseccionalidad dentro del abordaje de delincuencias en donde están involucrados grupos indígenas (en condición de víctimas según la perspectiva de este trabajo) cumplen una función instrumental coadyuvando a un cambio de enfoque en la investigación y juzgamiento como el delito de trata.

Es importante también la relación de estos conceptos como criterios orientadores -en particular la interculturalidad- con la elaboración adecuada de una política criminal respecto a determinado fenómeno criminal que el legislador pretende normar y en donde están presentes poblaciones vulnerables con características culturales propias (el delito de trata de personas en este caso).

Así, la solución al problema pasa por preservar o poner un acento especial en las diferencias culturales entre los miembros de una comunidad en donde la consideración de esta diversidad deviene en una condición indispensable para el diseño y realización de políticas públicas en donde estas deban tomar en cuenta también las especificidades de tales grupos sociales insertos en una misma realidad y como parte de un Estado<sup>8</sup>.

6 Ligia Jiménez Zamora. (2021). *Guía para aplicar la interseccionalidad en los procesos judiciales. Perspectiva intercultural, intergeneracional y de género*. Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial. 4.

7 Ibid., 5-6.

8 Ignacio Ara Pinilla. (2009). “Criterios de evaluación de las políticas de la diversidad cultural”. En *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*. Ed. Ana María Marcos del Cano. España: Tirant lo Blanch. 95-96.

Habiendo realizado este breve pero necesario preámbulo conceptual y teniendo claro el enfoque bajo el cual se desarrollará el estudio sobre la regulación de fondo del delito de trata, es menester iniciar con lo regulado a través de *el Protocolo para prevenir, reprimir, y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, adoptado en Palermo, Italia en el 2000 (en adelante *Protocolo de Palermo*), ya que este es el instrumento internacional base donde se reglan de manera general los aspectos básicos del delito de trata, primordialmente su definición normativa en el artículo 3, inciso a), el cual refiere:

*Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.*

Un elemento clave del *Protocolo de Palermo* así aceptado por la doctrina del delito de trata<sup>9</sup> es la estructura del tipo objetivo al amparo de

tres elementos básicos: acciones, medios y fines, entendiendo por acciones aquellas conductas a través de las cuales el sujeto activo promueve, facilita, favorece o ejecuta la trata. Por eso, se habla de captación, traslado, transporte, alojamiento y otros comportamientos afines como el ocultamiento, retención, entrega o recepción de personas. En cuanto a los medios, estos se entienden como los mecanismos de los que se sirve la persona imputada para completar las acciones; en términos sencillos y a modo de ejemplo, el traslado de un grupo de víctimas al momento de ser captadas se realiza mediante engaños, violencia moral o física, por lo que, dentro de los medios, se ejemplifican artilugios, tales como la amenaza, uso de la fuerza, coacción, rapto o fraude, entre otros.

Por último, los fines ataúnen el propósito último de la conducta de trata, el rol que jugará la víctima dentro de la organización delictiva y de la cual esta sacará provecho, ya sea para explotación sexual, servidumbre, extracción de órganos, adopción irregular, mendicidad forzada, entre otras muchas finalidades que pueden haber dentro de este fenómeno delictivo.

Conforme se ha explicado, la descripción típica objetiva del delito en acciones, medios y fines no solo proporciona al operador jurídico una herramienta de interpretación de la tipicidad más sencilla para la aplicación del delito en casos concretos, sino también proporciona parámetros simples que no devengan mayor complicación intelectiva a la hora de investigar y juzgar tal delincuencia.

9 Así lo han desarrollado entre otros autores: Elsa Fernando Gonzalo. (2019). “Marco jurídico internacional de la trata de personas. Especial mención al espacio regional europeo”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. N.º 94 <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho94.pdf> Consultado el 21 de septiembre de 2024. Luis Fernando Centeno Muñoz. (2011). *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. Costa Rica: Litografía e Imprenta Universal S. A. 10-16. Carolina Villacampo Estiarte. (2011). *El delito de trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. España: Thomson Reuters. 86-88.

Ahora bien, aunque el *Protocolo de Palermo* no menciona expresamente a las comunidades indígenas como grupo directamente víctima de la trata, al menos sí establece un marco general en cuanto a las poblaciones vulnerables y, de manera tímida, menciona el tema de cultura como uno de los factores que se debe tomar en cuenta en la prevención del delito por parte de los Estados firmantes, según lo reglado en el artículo 9, inciso 5.

No obstante, el operador jurídico bien puede utilizar otros instrumentos que los complementan a nivel supranacional y, mediante los cuales, puede dotar al caso sometido a su conocimiento de la perspectiva multicultural en la situación de víctimas de poblaciones indígenas, a saber, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -del cual se hará mención líneas más adelante- y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, propiamente del respeto a su cultura según el artículo 31, incisos 1 y 2, en donde se establece en este último la obligación de los Estados de considerar los aspectos culturales de tales comunidades en la salvaguarda y reconocimiento de sus derechos, elemento que de nuevo está vinculado al multiculturalismo y pluralismo jurídico como herramientas indispensables en este tema<sup>10</sup>.

Trasladado este marco jurídico supranacional al derecho interno de los Estados de América Latina que han emitido leyes respecto al delito de trata de personas, se advierte de entrada un denominador común en cada una de las normativas nacionales a

partir de tres elementos concretos: los principios o marco general de cada normativa<sup>11</sup>, el tipo penal de trata propiamente dicho en cada legislación y, finalmente, la creación de entes gubernamentales dedicados al seguimiento y observancia del cumplimiento de la ley así implementada. Sin embargo y conforme se verá de seguido, pese a la existencia de estos puntos coincidentes, al abordar el contenido de cada uno de ellos, el panorama se muestra variopinto respecto a las víctimas de poblaciones indígenas.

Así, en el caso del marco de principios generales rectores en la materia del delito de trata, Costa Rica, mediante la Ley 9095 del 26 de octubre de 2017, denominada Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas, en el numeral 2, no se establece explícitamente ningún principio orientador bajo la óptica del multiculturalismo e interculturalidad, aunque se reglan los principios de no discriminación por motivos de etnia y de dignidad humana en la autonomía de la persona, tanto en su integridad física, sexual, emocional moral y psicológica.

Similar panorama se encuentra en El Salvador con la Ley Especial contra la Trata de Personas, Decreto N.º 824 del 14 de noviembre de 2024 en el artículo 64. En igual sentido, mantienen el desarrollo de principios generales e interpretativos sin referencia a la interculturalidad e interseccionalidad las normativas de Colombia en la Ley contra la Trata de Personas y Normas para la Atención y Protección de las Víctimas de

10 Arnold Groh. (2018). “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: una herramienta para combatir las desigualdades entre pueblos indígenas y la sociedad globalizada”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. N.º 29. (Consultado el 5 de octubre de 2024). <http://philarchive.org/rec/GRODDL#:~:text=Arnold%20Groh.%20Revista%20Latinoamericana%20de%20Derechos>

11 Se aclara que, únicamente en el caso de Argentina con la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas N.º 26364 del 29 de abril de 2008, así como del Perú en la Ley N.º 28950 contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes del 12 de enero de 2017, no se establecen en tales cuerpos legales principios generales referentes al marco de aplicación del delito de trata.

la misma N.º 985-2005 del 26 de agosto de 2005 (artículo 2), así como Honduras en la Ley contra la Trata de Personas, Decreto n.º 59-2012 del 30 de mayo de 2012 (artículos 3.2 y 32), y el caso de Paraguay, mediante Ley Integral contra la Trata de Personas, N.º 4788 del 17 de octubre de 2012 (art. 2).

Lo anterior contrasta con las regulaciones que al respecto tienen Bolivia, Ecuador, Brasil, Guatemala y México, quienes, en su normativa interna contra el delito de trata, tienen en su marco general de principios orientadores un enfoque donde se integra de forma explícita a los pueblos indígenas como víctimas de tal delincuencia.

Llama así la atención como en Bolivia, la Ley Integral contra la Trata y el Tráfico de Personas N.º 263 del 31 de julio de 2012, en su ordinal 5.11, estipula que la normativa en mención debe aplicarse en armonía con el principio de interculturalidad.

Por su parte, en Ecuador, la Ley Orgánica contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 252 del 16 de febrero de 2023 regula, en el artículo 5, incisos e) y f), el deber de aplicación de la ley bajo un enfoque de interculturalismo e intersectorialidad, mientras que, en Guatemala, la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, Decreto N.º 9-2009 del 16 de marzo de 2009, regula en su numeral 2, inciso g), el respeto a la identidad cultural de las víctimas dentro de sus principios rectores.

Por su parte, la Ley N.º 13374 del 6 de octubre de 2016 de Brasil, específicamente en el ordinal 2, inciso V, obra como principio orientador del cuerpo legal y es el enfoque de transversalidad de acuerdo con el origen étnico de la víctima.

Finalmente, en lo atinente a México, se tiene la *Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos* del 14 de junio de 2012, en cuyos artículos 3, incisos, XII y XIII, consagra la interculturalidad y la intersectorialidad como principios básicos que se deben seguir en la aplicación de la legislación, así como en relación con la atención de las personas ofendidas por esta delincuencia.

De lo anterior, a pesar de la existencia de territorios con población indígena en Latinoamérica, solo en cuatro normativas especiales contra el delito de la trata, se advierte el desarrollo explícito de principios orientadores del marco de aplicación de la ley orientados al amparo del respeto a la identidad cultural del sujeto pasivo, resultando así más idóneos y protectores en relación con las personas indígenas víctimas de este tipo de delito. En cuanto al delito de trata propiamente dicho, de las legislaciones examinadas, se advierte la estipulación del tipo penal conforme la regla general para la tipicidad objetiva de acciones, medios y fines estipulada en el *Protocolo de Palermo*<sup>12</sup>, según se explicó *supra*.

Empero, si bien en Guatemala se regula el delito en el artículo 202 ter de su Código Penal, la

12 Ver al respecto el delito así reglado en cada legislación: artículo 172 del Código Penal de Costa Rica; artículo 54 de la Ley Especial contra la Trata de Personas de El Salvador, Decreto N.º 824 del 14 de noviembre de 2024; artículo 188 A del Código Penal de Colombia; artículo 52 de Ley contra la Trata de Personas de Honduras, Decreto n.º 59-2012 del 30 de mayo de 2012; artículo 5 de la Ley Integral contra la Trata de Personas de Paraguay, N.º 4788 del 17 de octubre de 2012; artículo 149 A del Código Penal de Brasil; artículo 2 de la Ley 26364 del 29 de abril de 2008 de Argentina; artículos 281 bis, 321, 321 bis y 322 del Código Penal de Bolivia; artículo 91 del Código Penal de Ecuador; artículos 10 a 13 de la *Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas* de México; y artículo 153 del Código Penal del Perú.

redacción del tipo objetivo únicamente abarca acciones y fines, sin contemplar los medios pues estos forman parte de las agravantes de la conducta, según el ordinal 204 de la referida ley. Así, por ejemplo, se elevan las penas si en la acción median violencia, engaño, secuestro u otro proceder similar.

Lo anterior plantea problemas en relación con la configuración de la conducta en tanto se agravarían acciones que, en realidad, forman parte del tipo base llegándose a cuestionar si existe, en el caso concreto, violación al principio de legalidad en materia penal, pues, en la aplicación de la agravante, se estaría valorando de manera doble para efectos del reproche y la sanción, cuando en los medios donde se ejecuta la acción de trata ya es parte del delito base.

Sobre el particular, debe recordarse, a modo de ejemplo, como la víctima al estar inserta en el proceso de captación por parte del sujeto activo, necesariamente este último recurrirá a diversos medios para alcanzar su fin último, sea este de explotación sexual o servidumbre laboral, ya que el engaño, la violencia o el abuso de poder del sujeto activo para con el pasivo constituyen generalmente mecanismos intrínsecos al delito de trata<sup>13</sup>.

Esta confusión de colocar los medios de la trata como agravantes presenta especial relevancia en el tema de las poblaciones indígenas cuando generalmente el delito de trata en estas comunidades va de la mano con uno de los dos fines principales, el de explotación sexual de

mujeres y personas menores de edad, así como el de trabajos forzados.

Para ejemplificarlo anterior, estudios desarrollados entre el 2021 y 2023 por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo advierten que las mujeres y niñas de comunidades indígenas del Caribe y Suramérica están entre la mayor parte de las víctimas de trata para fines de explotación sexual<sup>14</sup>, mientras que el trabajo forzado y la esclavitud como prácticas de explotación laboral han sido ya una realidad en países como Ecuador, en donde por ejemplo, se registró ya un caso debidamente judicializado de trata de personas menores de edad, esto en la comunidad indígena Kichwa Otavalo en el 2013<sup>15</sup>.

Bajo este panorama y en caso de que los y las tratantes sean juzgados por esta delincuencia, se correría el riesgo, en el caso guatemalteco, de no poder aplicar la agravante si el tipo penal base necesariamente -expresa o implícitamente- conlleva para el sujeto pasivo la elección y utilización de medios para el fin de la trata, o bien, incluso serios problemas interpretativos del delito base como tal, llevando eventualmente a la impunidad en esta materia.

En tanto, uno de los presupuestos elementales en el delito de trata es seguir la regulación conforme al *Protocolo de Palermo* de acciones, medios y fines, pues de acuerdo con la realidad de este fenómeno criminal, estos elementos son los pilares fundamentales donde se desarrolla la actividad de las estructuras criminales dedicadas a esta delincuencia.

13 Luis Fernando Centeno Muñoz. (2011). *Manual de perfiles aplicados a la detección de víctimas y victimarios del delito de trata de personas*. Costa Rica: Litografía e imprenta Universal Ltda. 10-11.

14 Freedom United: Human Trafficking Search. “Los pueblos indígenas y el punto ciego del sector contra la trata de personas”. *Freedom United: Human Trafficking Search* <http://www.freedomunited.org/es/Pueblos-indigenas-sectores-de-lucha-contra-la-trata-punto-ciego/#:~:text=Los%20pueblos%20indigenas%20ya%20corren%20un>

15 Lourdes Esther Morales Ortega. (2022). “Justicia indígena en los delitos de trata de personas y violación: propuesta para su limitación”. *Revista Santiago*. Número especial. Consultado el 21 de septiembre de 2024. <http://santiago.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/view/5659#:~:text=Este%20estudio%20es%20un%20estímulo%20para>

Otro aspecto para ponderar a la hora de revisar la legislación latinoamericana en cuanto al tipo penal de trata son los casos de Costa Rica, Guatemala y Bolivia donde, en la regulación del delito de trata, introducen un aspecto que en la práctica conlleva a dificultades en el juzgamiento de estas conductas, como lo es la introducción en la redacción del tipo de una fórmula donde se indica que el delito se configura “*aún sin el consentimiento de la víctima*”.

Lo anterior plantea en la praxis un problema en particular que ha sido uno de los argumentos de la defensa técnica y material de las personas imputadas y es el atinente a que “*la víctima quiso o consintió*” en introducirse en la labor de trata, al amparo de la falsa concepción de quien está inserto en la dinámica de trata. Por ejemplo, en prostitución, bajo la estructura de proxenetismo, es “*libre de irse cuando quiera*”.

Sin embargo, se sabe que las organizaciones criminales no solo tienen los insumos suficientes para mantener cautivas a sus víctimas dentro del sistema de explotación así diseñado según el caso concreto, sino también la persona ofendida desarrolla una especie de invalidez aprendida (haciendo una similitud, por ejemplo, con aquellas personas agraviadas insertas dentro de la dinámica de la violencia doméstica, en donde la víctima se habitúa a un ciclo de agresión al punto tal que no puede romper el círculo vicioso donde está inserta), y llega a considerar que ese es el único modo conocido de ganarse la vida.

El tema del consentimiento es un aspecto que debe quedar excluido por completo de la regulación del tipo penal de trata y no debe tomarse en cuenta en su juzgamiento<sup>16</sup>, pues se comprende que las víctimas del delito (incluyendo las poblaciones

indígenas) tienen como elemento común la ausencia de aquiescencia para someterse a alguna de las labores que desarrollan las organizaciones que se dedican a este delito, en tanto cualquier manifestación de su voluntad está absolutamente viciada por los medios a través de los cuales se fragua el delito: amenazas, uso de la fuerza, coacción, fraude, engaño o abuso de poder, entre otros.

Inclusive, sobre el particular ya la doctrina también ha deslindado que el consentimiento está vinculado a un aspecto del discernimiento en la víctima que, en el delito de trata, no es viable tomarlo en cuenta, máxime cuando existen factores culturales en la persona insertada en esta dinámica, como ocurre en la realidad de las poblaciones indígenas. Así, Fellini ha referido:

*La madurez intelectual y psicofísica que habilita para el conocimiento general de las cosas, y para prever el alcance y consecuencia de sus acciones, no se obtiene hasta cierta edad, variable en función de factores étnicos, geográficos y culturales.*<sup>17</sup>

Para culminar el análisis del tipo penal de trata en las legislaciones nacionales aquí comentadas, llama la atención que, salvo el caso de México, no se advierte en ninguno de los tipos penales estudiados ninguna agravante y, por ende, aumento de la pena cuando la persona víctima pertenezca a un grupo indígena.

Así, en México, el artículo 4.2, inciso VIII, de la ley penal especial de trata citada líneas atrás, agrava la conducta y faculta a la persona juzgadora a aumentar la pena hasta en la mitad del *quantum* previsto en el delito en

16 Luis Fernando Centeno Muñoz. (2011). *Manual de perfiles aplicados a la detección de víctimas y victimarios del delito de trata de personas*. Costa Rica: Litografía e Imprenta Universal Ltda. 10.

17 Zurita Fellini. (2017). *Delito de trata o tráfico de niños*. Argentina: Hamurabi. 132.

el siguiente supuesto: “*Cuando la víctima pertenezca a pueblos o comunidades indígenas y afromexicanas, y en razón de ello sea objeto de alguna condición de desventaja o tenga una condición de vulnerabilidad*”.

Del mismo modo, en este tópico de las agravantes, llama la atención la manera como Ecuador regula tal situación en el artículo 92, inciso 2, de su Código Penal, al aumentar la pena cuando la víctima del delito se encuentre en una doble circunstancia de vulnerabilidad:

*Con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años, si la infracción recae en personas de uno de los grupos de atención prioritaria o en situación de doble vulnerabilidad o si entre la víctima y el agresor ha existido relación afectiva, consensual de pareja, conyugal, convivencia, de familia o de dependencia económica o existe vínculo de autoridad civil, militar, educativa, religiosa o laboral.*

La particular forma de regular la agravante, sumada a los principios rectores de la ley de trata ecuatoriana en relación con el multiculturalismo, permite agravar la conducta en el caso de personas indígenas víctimas del delito por encontrarse en

esa doble condición de vulnerabilidad que regla el tipo penal.

Sobre el particular, es menester destacar el caso costarricense, pues, si bien el tipo penal no regula expresamente una agravante en el caso de las víctimas pertenecientes a algún grupo indígena, la jurisprudencia ha presentado algunos casos en donde como parte del análisis del bien jurídico tutelado se evalúa en particular la pertenencia a una población vulnerable, incluyendo cuando la víctima es persona indígena, debiéndose abordar el caso desde una perspectiva de interseccionalidad, además de que, en la parte agravada, confluyen varios factores que se deben ponderar en su especial condición de vulnerabilidad; por ejemplo, cuando la ofendida resulta ser mujer, indígena y en condición de pobreza<sup>18</sup>.

Lo anterior denota como, en la experiencia de Costa Rica, pese a que a nivel legislativo y del tipo penal, expresamente la ley de fondo no regla de manera explícita a la persona indígena como sujeto pasivo del delito ni lo contempla como agravante del delito. Al menos, los altos tribunales penales han desarrollado a través de criterios jurisprudenciales la necesidad de enfoque de los casos con víctimas de comunidades indígenas tomando en cuenta su origen y características culturales.

---

18 Corresponde a un asunto con víctima indígena relacionada por delitos de carácter sexual, resuelto así por el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, resolución n.º 1092-2023 del 23 de agosto de 2023. A las 10 horas 33 minutos; confirmado luego por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 371-2024 del 29 de abril de 2024. A las 12 horas 59 minutos. Bajo el mismo criterio, existe otro antecedente de la jurisprudencia costarricense relacionado con trata de personas que, si bien no tuvo como víctima a población indígena, sí aborda el tema con amplitud en relación con el perfil de la parte ofendida en este tipo de delito: “*Se identifican en general como condiciones de vulnerabilidad, la pobreza, la discapacidad, la pertenencia a grupos indígenas, el género, la diversidad sexual, la edad, entre otras, lo que ha dado origen incluso a la adopción en el derecho internacional de los derechos humanos, de convenciones de derechos de sectores particularmente vulnerables, como esos, para asegurar una base de igualdad y por ende, una mejor protección y tutela de sus derechos*”. Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 1848-2019 del 16 de octubre de 2019. A las 10 horas 55 minutos. En un sentido similar, también se cuenta con el criterio vertido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1353-2021 del 10 de noviembre de 2021. A las 13 horas 55 minutos.

Como corolario del tema de la ausencia de agravantes en el delito de trata respecto a las víctimas de poblaciones indígenas, considero que, aun cuando el aspecto de vulnerabilidad está inserto ya en el perfil victimológico de quienes resultan ofendidos por esta delincuencia, debe valorarse para efectos del reproche y fijación de la sanción de las personas responsables del delito las condiciones de la parte agraviada y, en particular, si en esta confluyen varios factores de vulnerabilidad (como pertenecer a una comunidad indígena), tal cual se regla explícitamente en México<sup>19</sup>, bajo la fórmula de la doble condición de pertenencia a un grupo vulnerable como en la legislación ecuatoriana, o bien, a través de la interpretación de la ley en la jurisprudencia costarricense.

La posición así expuesta responde también a la necesaria visión que, a través del multiculturalismo, de la interculturalidad e interseccionalidad, debe darse en el caso de víctimas de poblaciones vulnerables, máxime por cuanto el delito de trata de personas es uno de carácter plurifensivo, pues no solamente están en juego las libertades de autodeterminación y tránsito de las víctimas como bienes jurídicos tutelados, sino también surgen de por medio otras entidades merecedoras de tutela, como la dignidad del ser humano sin discriminación alguna (la condición de indígena incluida), llegándose a hablar de una plurifensividad de la acción delictiva.

En ese particular, la doctrina especializada sobre el tema ha referido que, con la acción delictiva

de trata, se lesionan una multiplicidad de bienes jurídicos de forma simultánea. Así Berasaluz Gerrikagoitia refiere:

*A nuestro modo de ver, atendido el tenor literal del tipo penal y habida cuenta de la ubicación sistemática del delito de trata de seres humanos en el Código Penal, tras los delitos contra la integridad moral y anterior a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se tutelan varios bienes jurídicos simultáneamente. En el delito de trata de seres humanos es significativa la instrumentalización del ser humano implicando una situación de humillación para el sujeto pasivo. Ahora bien, igualmente consideramos que la lesión de la integridad moral coexiste junto al ataque a la libertad, porque se doblega la voluntad del sujeto pasivo para alcanzar dichos fines.<sup>20</sup>*

Finalmente, en lo atinente a la creación de órganos estatales como entes llamados al seguimiento y atención en el delito de trata, de la revisión de las legislaciones penales ya comentadas, se advierte que, salvo los casos de Argentina y Perú, el resto de cuerpos normativos como parte de su política criminal incluye en su ordenamiento la creación de una institución estatal vinculada a la observancia de estos delitos o, al menos, una especie de coalición entre instituciones públicas de cada país para tales propósitos.

Si bien, lo anterior es loable e, incluso, corresponde a obligaciones derivadas del

19 Ver al respecto, los artículos 14, 18, 21, 24 y 42 de la Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas.

20 Leire Berasaluz Gerrikagoitia. (2022). “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la plurifensividad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 24. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8729215#:~:text=Informaci%20n%20del%20art%C3%ADculo%20Delimitaci%20n%20conceptual%20del> (Consultado el 5 de octubre de 2024).

*Protocolo de Palermo*, resulta curioso, a propósito de los institutos del pluralismo jurídico y el multiculturalismo, como en una inmensa mayoría de Estados, no hay representación indígena en estas entidades o mesas de trabajo, salvo en los casos de Bolivia, Honduras y México, quienes así expresamente lo contemplan.

Este detalle se estima como parte de la violación sistemática al derecho de los pueblos indígenas a ser escuchados y convertirse en partícipes de la elaboración de políticas públicas, en este caso particular de la participación activa en la definición y fiscalización de la política criminal del Estado.

Es claro que, en la mayoría de países latinoamericanos, han quedado excluidos los pueblos indígenas de todo tipo de representación dentro de los órganos activos en la atención del problema de la trata de seres humanos, lo cual incluso riñe abiertamente con los criterios que al respecto ha elaborado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes fallos: Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007; Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010; y Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia del 27 de junio de 2012.

En estos asuntos, el Alto Tribunal de Derechos Humanos de la región ha dictaminado de manera contundente la persistencia en el derecho interno de los Estados demandados respecto a una discriminación estructural en perjuicio de las poblaciones indígenas a la hora de la toma de decisiones, pues han sido marginadas en la participación de diseño de políticas en donde

tienen derecho a ser escuchadas como actoras sociales.

## 2. Desarrollo en el derecho procesal penal: tratamiento procesal a las víctimas en este tipo de delincuencia

El primer gran problema que se presenta en el desarrollo del derecho adjetivo para el delito de trata es que el *Protocolo de Palermo* regla la obligatoriedad de los países firmantes de la introducción en su legislación interna de un delito específico para la trata. Pero, en cuanto al derecho procesal, el desarrollo de acciones para la protección de la víctima de este tipo de delincuencias es facultativa. En ese sentido, Fernando Gonzalo ha indicado:

*El Protocolo tiene sus luces y sus sombras, mientras que las disposiciones relativas a la protección de víctimas son facultativas, si es posible afirmar que los Estados que por él se vinculan están obligados al menos a legislar en su derecho interno el delito de trata.*<sup>21</sup>

Ya desde ahí se puede deslindar una deficiencia importante en tanto queda al arbitrio de cada Estado la manera en la cual debe reglarse el tema atinente al tratamiento procesal de la víctima de este tipo de delito, incluyendo, claro está, a aquellas personas procedentes de las poblaciones indígenas. En ese sentido, al igual que sucede en la regulación del fenómeno desde el punto de vista del derecho de fondo, en relación con la atención de la persona agraviada, la normativa procesal de cada país latinoamericano ofrece similitudes y diferencias según se verá de seguido.

21 Elsa Fernando Gonzalo. (2019). “Marco Jurídico Internacional de la Trata de Personas. Especial Mención al Espacio Regional Europeo”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. N.º 94. (Consultado el 21 de septiembre de 2024). <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho94.pdf>

Respecto a los puntos de coincidencia entre las legislaciones objeto de estudio figuran el derecho a ser asistido por un o una intérprete de su idioma o lengua de origen, contar con representación legal proporcionada por el Estado, así como la inserción de la persona agraviada en un programa de protección y asistencia para víctimas. Estos elementos se encuentran de manera similar reglados y reconocidos prácticamente en la totalidad de las legislaciones<sup>22</sup>.

Dentro de los derechos comentados, es menester destacar como factor común en las legislaciones el deber del Estado de asignar a un o una intérprete en el idioma de la víctima, así como el correspondiente derecho de esta a requerirlo dentro del proceso.

En el caso de las poblaciones indígenas, este elemento implica no solo un presupuesto básico para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva, sino también tal disposición responde al reconocimiento de su propia cultura. Además, su lengua de origen es parte integrante de esta.

Este último detalle ha conducido a la doctrina especializada en el tema del derecho indígena a plantear la necesidad no solo de que el o la intérprete se limite a conocer la lengua de la persona ofendida, sino también debe haber estado capacitada en cuestiones culturales relativas a la comunidad indígena a la cual pertenece la

victima en tanto ello permitiría no solo explicarle a la parte agraviada lo que ocurre en el proceso, sino también contextualizar a las personas operadoras jurídicas del caso (llámense fiscalía, defensa, persona juzgadora, entre otras) dentro de la cosmovisión, usos y costumbres de la persona ofendida<sup>23</sup>.

El derecho de la víctima a retornar a su país o lugar de origen (también denominado en las legislaciones bajo el término de “derecho a ser repatriado”) constituye otro aspecto procesal interesante y es un elemento común prácticamente en todas las legislaciones internas antes mencionadas, lo cual resulta en el caso de las poblaciones indígenas un derecho trascendente así reconocido por parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado el valor que para tales comunidades tienen sus tierras ancestrales dentro de su cosmovisión de vida, esto según así se ha resuelto en los siguientes casos: Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001; Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010; Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia del 20 de noviembre de 2013; y Caso de la comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia del 8 de octubre de 2015.

- 
- 22 Artículo 6 de la Ley 26364 de Argentina, numerales 28 y 29 de la Ley 263 de Bolivia; ordinal 7 de la Ley 985-2005 de Colombia; artículo 27 de la Ley del 16 de Febrero de 2023 de Ecuador; numerales 29, 61 y 64 del Decreto 824 de El Salvador; ordinal 11 de la Ley 9-2009 de Guatemala; artículo 25 del Decreto 59-2012 de Honduras; numeral 90 de la Ley contra la Trata de México; ordinal 31 de la Ley 4788 del Paraguay; artículo 7 de la Ley 28950 del Perú; numerales 37 y 38 de la Ley 9095 de Costa Rica; y el ordinal 2, inciso VI, de la Ley 13334-2016 de Brasil.
- 23 María Fernanda Pinkus Aguilar y Sebastián Valencia Quiceno. (2021). *Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales*. México: Centro de Estudios Constitucionales. (Consultado el 6 de octubre de 2024). <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/derecho-de-las-personas-indigenas-ser-asistidas-por-intérpretes-y-defensores-en-juicios-y#:~:text=Este%20cuaderno%20forma%20parte%20de%20la>

Ahora bien, pese a las coincidencias antes expuestas, existen también algunos elementos de índole procesal que no se encuentran reglados expresamente en todas las legislaciones de trata<sup>24</sup>, los cuales también merecen ser objeto de análisis, el primero de ellos respecto al reconocimiento expreso del derecho a ser indemnizado y, en segundo lugar, la necesidad de practicar un peritaje cultural como medio de prueba para el proceso.

En relación con el primero de los aspectos, el derecho a una indemnización, debe recordarse que tal prerrogativa se encuentra así consagrada a través de múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se ha indicado que, con independencia del tipo de proceso -sea penal, civil o de otra índole-, si existen poblaciones indígenas que han sufrido algún daño (llámesese material o moral), tienen el derecho a ser resarcidas, dado que las acciones ilícitas en estos implican: “el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones”<sup>25</sup>.

En lo atinente a la regulación del peritaje cultural, tal instituto como medio de prueba dentro del proceso no figura en las legislaciones adjetivas de Latinoamérica sobre el fenómeno de la trata. No obstante, es menester aclarar que en dos países se presentan reglas que, de forma tímida, se acercan a este tipo de pericias, por ejemplo, la Ley contra la Trata de Personas de Honduras

regla en el ordinal 36 los denominados peritajes especiales, en donde expresamente se indica que, para valorar las condiciones de las víctimas de trata en el caso concreto, se practicarán las experticias bajo equipos interdisciplinarios, lo cual comprende innegablemente la condición cultural de la persona ofendida.

Por su parte, en el caso de México, el artículo 70 de la *Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas*, aun cuando no regla específicamente este tipo de pericia, sí refiere que las personas operadoras jurídicas y demás auxiliares de la Administración de Justicia (incluyendo, claro está, a quienes rinden peritajes) deberán capacitarse y abordar los casos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva de interculturalidad, lo cual conlleva a establecer un acercamiento en este país respecto a la figura de comentario.

El tema del peritaje cultural como parte integral de cualquier proceso judicial donde figure como parte una persona de población indígena (la víctima de trata en este caso) no es un aspecto baladí. Lejos de ello, la práctica de este tipo de probanzas deviene de un imperativo derivado así de instrumentos internacionales dirigidos a comunidades indígenas, propiamente el Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT).

También se deriva la necesidad de tal peritaje conforme lo establecen los artículos 8.1 y 9.2,

- 
- 24 En las legislaciones contra la trata de personas de Argentina, Bolivia y Costa Rica, no está reglado el derecho a la indemnización, si bien se podría recurrir al marco legal adjetivo general en los Códigos Procesales Penales de cada uno de estos países para hacer efectivo el derecho al resarcimiento, no debe perderse de vista que el *Protocolo de Palermo* establece como recomendación la inclusión expresa de tal elemento en la normativa interna, según el artículo 6. 6 de dicho instrumento internacional.
- 25 Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2024. En sentido similar también pueden consultarse: Caso masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia del 29 de abril de 2004; Caso comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

en donde, como regla general, se establece que, al aplicar la legislación nacional a personas integrantes de pueblos indígenas, deberá tomarse en cuenta su derecho consuetudinario, así como el deber de las autoridades de la jurisdicción penal de cada país de tomar en cuenta también sus usos y costumbres, en caso de que tengan en su conocimiento un asunto que involucre como parte a una persona indígena .

Dicho en otras palabras, para poder comprender verdaderamente la realidad indígena, cuando una de las partes del conflicto jurídico penal proviene de un pueblo indígena, la Administración de Justicia está llamada a auxiliarse de un grupo de profesionales conocedores del tema: antropólogos, sociólogos o expertos en el derecho indígena, bajo un prisma de interdisciplinariedad<sup>26</sup>.

Así su importancia en los procesos de índole penal resulta vital cuando de por medio figura una persona de población indígena, máxime si esta se encuentra como víctima en una evidente condición de vulnerabilidad. Al respecto, Jiménez Zamora ha señalado:

*En este contexto, una prueba como el peritaje cultural posibilita que en los procesos penales se empiecen a visibilizar y a articular las realidad sociales, económicas y políticas de los “otros”, es decir, de los indígenas, pero sin que sean considerados como los “otros”, sino como parte de la interculturalidad social que fundamenta a un Estado, para que con ello se pueda pensar y aplicar la diferencia a través de la decolonialidad del paradigma mental y se puedan hacer efectivos el principio de igualdad y un*

*verdadero acceso a la justicia para todos*<sup>27</sup>.

En síntesis, tras un repaso por las legislaciones adjetivas de comentario, se advierten elementos comunes tendientes al respeto de los derechos de las personas indígenas víctimas de este delito, tales como derecho a contar con intérprete, inserción en programas de asistencia y protección, devolución a su país o lugar de origen, así como el derecho a ser indemnizado, prerrogativas que, al menos en el papel, garantizan un marco normativo que posibilita su garantía básica a la tutela judicial efectiva conforme el numeral 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que bien pueden ser de plena aplicación también para las personas indígenas, dada la amplitud de la fórmula legal con la que fueron redactados.

No obstante, el principal lunar que se advierte en este panorama procesal es la ausencia de una norma expresa en relación con la necesidad de la práctica de un peritaje cultural cuando de por medio esté una víctima proveniente de comunidad indígena, elemento que no solo violenta normativa internacional (propriamente el Convenio 169 de la OIT), sino también, a su vez, desprovee el abordaje procesal del delito de trata desde un enfoque del multiculturalismo, interculturalidad e interseccionalidad, necesarios, como ya se indicó, en la atención de asuntos judiciales donde de por medio esté la persona indígena.

### **3. Mínimos deseables en la regulación sustantiva y adjetiva del delito de trata en poblaciones indígenas**

26 Aresio Valiente López. (2012). “Acceso a la justicia de los pueblos indígenas”. En *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. Ed. Juan Carlos Martínez y otros. México: Konrad Adenauer Stiftung. 66 - 67.

27 Ligia Jiménez Zamora. (2017). *Huele indígena: el peritaje cultural en Costa Rica*. Costa Rica: Editorial Arlequíñ. 15.

Una vez examinados la legislación penal de fondo y forma sobre el delito de trata, así como las bondades y defectos que esta contiene, es menester señalar -a modo de propuesta- algunos aspectos básicos que, para los efectos de poblaciones indígenas, debería contener una adecuada regulación sobre este tipo de delincuencia.

Un primer elemento es constituido por el necesario cambio de visión en el operador jurídico a la hora de abordar casos de trata en donde fungen personas indígenas como víctimas del ilícito, debiendo tener un enfoque bajo el pluralismo jurídico y multiculturalismo, a fin de poner en contexto las particulares condiciones de la persona ofendida en cuanto a su cosmovisión, cultura, valores, usos y costumbres.

En ese sentido, el derecho penal como manifestación última del *ius puniendi* estatal no puede escapar a esta realidad, máxime en una región como la latinoamericana en donde la coexistencia con poblaciones indígenas es una realidad.

Bajo esa tesitura, la capacitación y sensibilización de los operadores del sistema, ya sea representante fiscal, defensa técnica o persona juzgadora en esta materia, son una condición *sine qua non* para garantizar a plenitud el ejercicio y reconocimiento de los derechos de las personas indígenas como población vulnerable.

De este modo, se comparte lo afirmado por Corrêa de Almeida cuando al abordar este tópico señala:

*Así, pese a las contradicciones presentes en el campo de lucha del derecho, este ha sido uno de los muchos espacios de disputa a que se enfrentaron los grupos indígenas del continente para hacer respetar sus derechos humanos como sujetos colectivos de derecho. Es decir, sea en las demandas por reconocimientos de derechos, la presión internacional de producción y aplicación de tratados y convenciones internacionales garantistas de estos mismos, o en el reconocimiento constitucional de la condición pluriétnica y multicultural de las naciones y todo lo que esto ha conllevado; sea en la defensa por medio de los sistemas judiciales y el litigio estratégico, o en las demandas por el desarrollo de políticas públicas sectorizadas; todas convergen en una constante y permanente manifestación de la resistencia de formas de vida comunitaria y lo que esto representa en diversidad cultural, política, económica y también jurídica en nuestra región<sup>28</sup>.*

A partir de lo anterior, en materia de trata de personas de poblaciones indígenas, uno de los principios rectores y orientadores para el operador jurídico a la hora de aplicar e interpretar la ley debe ser el de intersectorialidad e interculturalidad, el cual países como Honduras, México y Bolivia lo reglan de forma atinada.

En segundo término, en cuanto al tipo penal de trata, es menester anotar que, desde el punto de vista de la redacción de los requisitos objetivos

28 Marina Corrêa de Almeida. (2020). “La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: En búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia Latinoamericana. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. N.º 31. (Consultado el 6 de octubre de 2024). <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/14622#:~:text=Para%20tanto%20empleamos%20el%20an%C3%A1lisis%20sociohist%C3%B3rico>.

de tipicidad, debe seguirse el modelo planteado en el *Protocolo de Palermo* de acciones, medios y fines, en tanto este se apega conforme a los patrones que siguen los y las tratantes en la captación y reclutamiento de víctimas para sus organizaciones criminales, dejando por fuera cualquier fórmula dedicada al tema del consentimiento. Este elemento sale sobrando en esta materia por cuanto de entrada la voluntad de la víctima siempre estará viciada, ya sea por factores de edad, culturales y violencia física o moral.

Al respecto, la mayoría de los tipos penales reglados en los códigos y leyes penales especiales examinados se apega al *Protocolo de Palermo*. No obstante, en los casos de Costa Rica, Guatemala y Bolivia, todavía se mantiene inserta la frase como integrante del tipo objetivo de que el delito se configura “*aun con el consentimiento de la víctima*”, fórmula de redacción que, como se indicó *supra*, debe ser desterrada en la tipicidad de esta delincuencia por los inconvenientes que genera en su juzgamiento e interpretación.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de una agravante en el delito de trata cuando la parte agraviada pertenezca a una población indígena, se considera necesaria en tanto en la persona indígena confluyen múltiples factores de vulnerabilidad en asuntos de trata, como por ejemplo aquellos con fines de explotación sexual, donde el sujeto pasivo en ocasiones es mujer, menor de edad, en condición de pobreza, baja escolaridad, entre otros.

Debe recordarse que, conforme a la doctrina, el delito de trata es plurifensivo y, cuando la conducta del agente se dirige a poblaciones indígenas, el juicio de reproche debe ser mayor en el *quantum* de la sanción con la indicación expresa de la agravante en la pena, tal cual se regla en México, o bien, bajo una fórmula más general, pero que comprenda en la víctima la concurrencia

de dos o más aspectos de vulnerabilidad (como Ecuador lo legisla atinadamente cuando aumenta la pena, si la persona ofendida se encuentra en doble condición de vulnerabilidad), o bien, considerándola como parte de los aspectos que se deben considerar al justipreciar la sanción como ocurre en el desarrollo de la jurisprudencia costarricense.

En tercer lugar, a nivel procesal, es innegable que, en las poblaciones indígenas, las regulaciones sobre este fenómeno delictivo deben cumplir con los criterios mínimos que así ha establecido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando ha abordado violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, según las sentencias referidas líneas atrás.

Al respecto, en el caso de la persona indígena, el resguardo de garantías, tales como asistencia letrada, acompañamiento con un o una intérprete, ingreso a un programa oficial de protección, derecho a una indemnización, así como retorno a su país o lugar de origen resultan indispensables en cualquier marco legal.

Sobre el particular, en la experiencia latinoamericana, se advierte como si bien las legislaciones en la materia no contemplan un marco procesal en específico para las comunidades indígenas víctimas de trata. Pero, en su mayoría, sí contiene al menos normativa a nivel general para todo tipo de persona agraviada por este delito que resguarda las prerrogativas fundamentales antes referidas.

Unido a lo anterior y siempre dentro del ámbito procesal, es necesario que se regule expresamente la obligatoriedad del peritaje cultural cuando la víctima del delito sea persona indígena, esto no solo para fines probatorios, sino también como elemento que sirva de vehículo a quienes son personas operadoras jurídicas del sistema

para comprender de mejor manera al agraviado del ilícito penal en cuanto a sus condiciones culturales, ideología y cosmovisión del mundo.

Tal experticia incluso se advierte como un deber proveniente de un instrumento internacional de derechos humanos como el Convenio 169 de la OIT, el cual está suscrito por la mayoría de los países de la región, herramienta normativa que, junto con el *Protocolo de Palermo*, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad<sup>29</sup>, debe constituir el norte de la Administración de Justicia a la hora de atender asuntos relacionados con la población indígena.

Por último, quisiera poner especial acento en este acápite a un punto que considero trascendental para un mejor abordaje de la problemática derivada del delito de trata en poblaciones indígenas y es lo referente a la elaboración de la política criminal y de prevención en el tema.

En ambos casos, si bien la creación de entidades gubernamentales o las coaliciones institucionales en lo interno de cada país para coadyuvar con el seguimiento y atención del tema es un denominador común en los Estados de la región, únicamente en Bolivia, Honduras y México, tales mesas de trabajo cuentan con representación de comunidades indígenas.

Precisamente, este uno de los primeros presupuestos básicos para el éxito de un mejor abordaje de este fenómeno criminal: una política de inclusión de los pueblos indígenas en las instancias oficiales que están vinculados con la

atención de este tipo de criminalidad, lo anterior en apego a los criterios jurisprudenciales que al respecto ha emitido ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según se vio en el punto 2 de este trabajo, pues de lo contrario, la discriminación estructural existente en la sociedad respecto a las poblaciones indígenas se mantendrá y esto impedirá un verdadero enfoque desde el pluralismo y el multiculturalismo para buscar soluciones ante este flagelo de la trata de seres humanos.

Sobre este tema en particular, debe seguirse el ejemplo de legislaciones como la boliviana, mexicana y colombiana que incluyen la creación de una política de prevención al amparo del eje de la intersectorialidad e interculturalidad, bajo la creación de campañas, publicidad y capacitación a la población conforme su idioma y costumbres, a fin de que conozcan más sobre el delito de trata, en particular el *modus operandi* de los y las tratantes bajo la conducta ya mencionada de acciones, medios y fines.

Así, en el caso de Bolivia, el artículo 19 de la Ley Integral contra la Trata y Tráfico de Personas estipula el desarrollo de una política de prevención en tres frentes: educativo, comunicacional y laboral, dentro de los cuales el ordinal 23 de dicho cuerpo legal establece la obligatoriedad de los medios de comunicación de publicitar mensajes educativos contra el delito de la trata tomando en cuenta también el idioma, origen y las particularidades culturales de las personas habitantes de las diferentes regiones del país.

Por su parte, en México, el numeral 100 de su legislación especial contra la trata ya mencionada líneas atrás establece el deber de elaborar las

29 En el caso costarricense, esta normativa ha sido incorporada como parte de los instrumentos con los que debe contar la persona juzgadora y demás operadores del derecho en casos donde se comprendan poblaciones vulnerables (la indígena incluida) como parte en el proceso, lo anterior mediante la circular de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia n.º 173-2019.

políticas preventivas sobre el delito conforme los elementos educativos, sociales y culturales, y el numeral 107, inciso IV, establece respecto a las autoridades de Gobierno lo siguiente: “Realizarán campañas que tiendan a elevar los niveles culturales, sociales, de bienestar social y sensibilización de la población sobre el problema en todas sus manifestaciones”.

Llama la atención también como en Colombia, mediante la Ley 985-2005, el numeral 5, se desarrolla una “estrategia nacional contra la trata” desde una perspectiva del multiculturalismo, y tal parágrafo indica lo siguiente:

*El Estado colombiano, a través del Gobierno Nacional, de sus instituciones judiciales y de policía, y de las autoridades nacionales y territoriales, tomará medidas y adelantará campañas y programas de prevención de la trata de personas, fundamentados en la protección de los Derechos Humanos, los cuales tendrán en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales; considerarán los factores que aumentan la vulnerabilidad de la trata, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación en todas sus formas, y atenderán la diversidad cultural y étnica de las posibles víctimas.*

Precisamente, en los dos últimos países mencionados -Colombia y México-, los Gobiernos de ambos Estados en alianza con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (conocida por sus siglas como UNODC) han desarrollado dos campañas con enfoque de

interculturalidad e interseccionalidad tendientes a la prevención del delito de trata en poblaciones indígenas, de las cuales se hará referencia brevemente para ilustrar lo hasta aquí expuesto. Al respecto, durante el 2023, en Colombia se desarrolló una campaña de prevención del delito en mención a través de la creación de un instrumento pedagógico para la comunidad indígena Misak, región particularmente afectada por la migración y desaparición de su población en los últimos años a manos de grupos de crimen organizado que ubicaban a las víctimas bajo sistemas de servidumbre laboral en otras regiones. Es importante que el documento fue redactado en la lengua de origen de este grupo y, en su preparación, se incluyó a varios sectores de la comunidad indígena, principalmente a aquellas personas con algún rol de liderazgo dentro de su esquema social; por ejemplo, quienes ejercían cacicazgos, o bien, personas adultas mayores integrantes de algún consejo o grupo de consulta, dado el respeto que tal cultura tenía a este tipo de población<sup>30</sup>.

En similar forma, la Campaña “Corazón Azul” desarrollada en México en el 2021 implicó la visita de personeros de la UNODC a comunidades indígenas de dicho país, a fin de realizar capacitaciones sobre el peligro que representaba el delito de trata, así como las acciones más comunes de los tratantes para captar víctimas, unido a la producción de mensajes en radio y televisión de medios locales en lenguas mixteco alto, náhuatl y totonaco, idiomas autóctonos de las poblaciones indígenas de Baja California, Puebla y Veracruz, identificadas como de las más vulnerables a la explotación sexual y laboral por parte de estructuras de crimen organizado<sup>31</sup>.

- 
- 30 Diario Digital El Espectador.com. *Nace primera herramienta para combatir la trata de personas en los territorios Misak.* El Espectador.com, <http://www.elespectador.com/justicia-inclusiva/prevencion-de-la-trata-de-personas-en-comunidades-indigenas-una-herramienta-educativa-para-el-pueblo-misak/>
- 31 Organización de las Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. *La Campaña Corazón Azul llega a las comunidades indígenas en México.* UNODC. <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2021/August/the-blue-heart-campaign-reaches-indigenous-communities-in-mexico.html>

En ambos casos, es evidente como, a través de estas campañas, se visibiliza a la población indígena como víctima real del problema de la trata de seres humanos y como se le incluye en la atención del problema y, más aún, el desarrollo de estas políticas preventivas que tienen como complemento la inclusión de aspectos propios de la cultura, usos y costumbres de las comunidades, llamando la atención las capacitaciones en sus lenguajes, el desplazamiento de las autoridades a sus pueblos para exponer el tema, así como tomar en cuenta la opinión de ciertos sectores de la comunidad indígena que, conforme su cultura y estructura social, son considerados como valiosos en la elaboración de propuestas concretas para combatir la trata.

A modo de síntesis, respecto a las campañas de prevención, es menester anotar como la solución a la trata de personas, en particular en víctimas de población indígena, va más allá de una solución represiva propia del derecho penal y, antes bien, se advierte como las leyes contra este delito en Latinoamérica deben incluir el desarrollo de una estrategia preventiva y de educación sobre el tema; pero bajo la óptica de un enfoque integral, intercultural y transversal como la doctrina en la materia lo ha propuesto<sup>32</sup>.

## Conclusiones

En una región como la latinoamericana donde la sociedad está marcadamente polarizada entre unos pocos que acaparan la mayor parte de la riqueza y una inmensa mayoría que desarrolla su día a día a través de caminos de pobreza, falta de acceso a la educación y desempleo, tales barreras en las comunidades indígenas se tornan aún más marcadas, pues a esto debemos sumar la discriminación estructural, cultural y de participación política que viven estos pueblos. En

tanto, la normativa interna marcada por una visión occidental del derecho hace que prerrogativas de corte constitucional como el principio a la igualdad y la tutela judicial efectiva queden en el papel.

Tales factores se constituyen en caldo de cultivo donde fenómenos delictivos como la trata de seres humanos se convierte en espejismo de supuestas oportunidades para quienes buscan una vida mejor y, dentro de esa problemática, las personas indígenas se hayan en condiciones de riesgo y vulnerabilidad ante quienes ejercen como tratantes, lo cual exige de los Estados una respuesta adecuada a la realidad que viven las víctimas.

En ese orden de ideas, la legislación contra el delito de trata de personas a nivel latinoamericano se advierte como un esfuerzo importante de la región, a fin de ponerse a tono con el instrumento internacional que regula la materia, el *Protocolo de Palermo*. Empero hay muchos detalles por mejorar en esta normativa.

Es así como, desde el punto de vista sustantivo, los operadores jurídicos deben despojarse de la visión clásica del derecho penal, según la óptica occidental cuando de por medio se encuentra una persona víctima de una comunidad indígena, y las múltiples particularidades por su cultura de origen, valores y cosmovisión del mundo deben también valorarse a la hora de analizar el caso concreto.

De este modo, a partir de una adecuada comprensión del pluralismo jurídico y del multiculturalismo, así como del recurso a criterios de interculturalidad e interseccionalidad, se constituyen en su conjunto herramientas necesarias para alcanzar tal fin y materializar así

32 Adán Carmona Pérez. (2022). “¿Represión y/o prevención para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas (indígenas)?”. *Revista Judicial*. N.º 130. Poder Judicial de Costa Rica. (Consultado el 7 de octubre de 2024).

el derecho a la tutela judicial efectiva en estas poblaciones.

En ese sentido, la ausencia de un enfoque bajo tales parámetros queda puesta en evidencia a través de falencias observadas en la ley penal sustantiva, las cuales van desde sus principios orientadores, una adecuada redacción en los elementos normativos del tipo objetivo de acuerdo con la fórmula básica del *Protocolo de Palermo* de “acción, medios y fines”, hasta la ausencia de agravantes que eleven la pena contra los sujetos activos cuando las víctimas provengan de poblaciones indígenas, salvo contadas excepciones, como, por ejemplo, en las legislaciones de México y Bolivia.

Desde el punto de vista procesal, si bien es cierto, existe como coincidencia dentro de las normativas estudiadas un marco general que regla institutos básicos para las víctimas, tales como programas de protección y asistencia, designación de intérpretes para su idioma o dialecto nativo, mecanismos para la repatriación o retorno de la persona ofendida a su lugar de origen, así como normas destinadas a garantizar una indemnización a la parte agraviada en la mayoría de los Estados, el tema del peritaje cultural para una mejor comprensión de la víctima de poblaciones indígenas es un aspecto de vital importancia que se echa de menos en las legislaciones objeto de estudio.

En ese sentido, salvo tímidos acercamientos al tema que así se desprende de las leyes contra la trata de personas en Honduras y México, es menester que tal herramienta sea incorporada como regla y no como excepción en el proceso, vista ya no solo como un elemento más del universo probatorio, sino como una herramienta para que la representación fiscal, la defensa técnica y, más importante aún, la persona juzgadora a cargo del caso puedan poner en contexto las condiciones de vida de la persona ofendida, su origen y visión del mundo al momento en que esta declare como

testigo en el proceso y así comprender aún mejor su relato como víctima del delito.

Del mismo modo, conforme se analizó en los apartados anteriores, pese a la carencia de regulación sobre los temas específicos antes señalados en materia procesal, respecto a las poblaciones indígenas, las personas operadoras jurídicas pueden remitirse al control de convencionalidad y suplir la inopia de la ley interna con los instrumentos internacionales relativos a las poblaciones indígenas, a saber, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. A lo anterior deben añadirse los criterios jurisprudenciales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sobre la población indígena en cuanto al reconocimiento de sus derechos, los cuales son también de consulta obligatoria en la materia.

Otro elemento trascendental vinculado al tema objeto de estudio es la ausencia en este tipo de legislaciones de la participación de la comunidad indígena en la toma de decisiones estatales sobre la elaboración de la política criminal y de prevención que se asuma en materia del delito de trata de personas.

En ese sentido, pese a que las leyes contra la trata en la región son prácticamente unívocas en establecer instituciones o coalición de órganos internos tendientes a fiscalizar, aplicar y atender la problemática de la trata, se advierte como, con contadas excepciones en Honduras, Bolivia y México, el resto de países no contempla representación indígena en estas instancias administrativas y política. Es decir, la población indígena sigue estando sin ser invitada en la mesa de diálogo de los Estados, perpetuándose así la discriminación estructural que estas comunidades

tienen en las sociedades en donde coexisten con otros grupos.

Además, su derecho a ser escuchadas por los Gobiernos e instancias oficiales en resguardo y tutela de sus intereses y derechos sigue siendo prácticamente nulo, violentándose derechos de participación y reconocimiento a la personalidad jurídica de estos pueblos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha establecido en múltiples casos donde han atendido a la población indígena como parte accionante, trayendo como ejemplo de lo anterior el criterio jurisprudencial vertido en el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia del 24 de agosto de 2010.

Pese a este gris panorama, existen iniciativas que procuran romper con este círculo vicioso de invisibilización donde se han insertado las comunidades indígenas dentro de la dinámica social.

Por su parte, proyectos como los llevadas a cabo por la UNODC con la comunidad Misak de Colombia y los pueblos indígenas de Baja California, Puebla y Veracruz en México resultan trascendentales en cuanto se advierten como inclusivos con las personas integrantes de estos grupos, al capacitarlas y prevenirlas en su lengua, conforme a sus costumbres, sobre las formas sutiles con que los y las tratantes reclutan a sus víctimas, primordialmente niñas y mujeres para explotación sexual, buscando empoderar a esta población vulnerable como respuesta ante al flagelo que vive la región por dicho fenómeno delictivo desde una perspectiva del pluralismo y multiculturalismo.

Si bien las propuestas así desarrolladas en estos dos países son apenas un inicio, resultan esperanzadoras y, sin duda, marcan el sendero

correcto que debe recorrerse, si se desea dar una adecuada regulación al delito de trata de personas en las comunidades indígenas de nuestra región.

## Referencias bibliográficas

Ana María Marcos del Cano, Rafael De Asís Roig y Otros. (2009). *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*. España: Tirant lo Blanch.

Carolina Villacampo Estiarte. (2011). *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*. España: Thomson Reuters.

Cristina de Maglie. (2012). *Los delitos culturalmente motivados, ideologías y modelos penales*. España: Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

Laura Giraudo, Rafael Escudero Alday y Otros. (2008). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina Contemporánea*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Luis Fernando Centeno Muño. (2011). *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. Costa Rica: Litografía e Imprenta Universal, S. A.

Luis Fernando Centeno Muñoz. (2011). *Manual de perfiles aplicados a la detección de víctimas y victimarios del delito de trata de personas*. Costa Rica: Litografía e Imprenta Universal Ltda.

Ligia Jiménez Zamora. (2021). *Guía para aplicar la interseccionalidad en los procesos judiciales. Perspectiva intercultural, intergeneracional y de género*. Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial.

Ligia Jiménez Zamora. (2017). *Huele indígena: el peritaje cultural en Costa Rica*. Costa Rica: Editorial Arlekín.

Rudolph Huber, Elisa Cruz Rueda y otros. (2008). *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Colombia: Ediciones Antropos Ltda.

Zurita Fellini. (2017). *Delito de trata o tráfico de niños*. Argentina: Hamurabi.

## Revistas

Adán Carmona Pérez. (2022). “¿Represión y/o prevención para contrarrestar la violencia y la discriminación contra las mujeres y las niñas (indígenas)?”. *Revista Judicial*. Poder Judicial de Costa Rica. N.º 130. (Consultado el 6 de octubre de 2024).

<http://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/REPRESION%20Y%20O%20PREVENCION%20CARMONA.pdf>

Arnold Groh. (2018). “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: una herramienta para combatir las desigualdades entre pueblos indígenas y la sociedad globalizada”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. N.º 29. (Consultado el 5 de octubre de 2024).

<http://philarchive.org/rec/GRODDL#:~:text=Arnold%20Groh.%20Revista%20Latinoamericana%20de%20Derechos>

Elsa Fernando Gonzalo. “Marco Jurídico Internacional de la Trata de Personas. Especial Mención al Espacio Regional Europeo”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*. N.º 94 (2019). (Consultado el 21 de septiembre de 2024.)

<http://www.deusto-ublicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho94.pdf>

Leire Berasaluz Gerrikagoitia. (2022). “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la plurifonsividid”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 24. (Consultado el 5 de octubre de 2024). <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8729215#:~:text=Información%20de%20artículo%20Delimitación%20conceptual%20del>

Lourdes Esther Morales Ortega. (2022). “Justicia Indígena en los delitos de trata de personas y violación: propuesta para su limitación”. *Revista Santiago*. Número especial. (Consultado el 21 de septiembre de 2024). <http://santiago.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/view/5659#:~:text=Este%20estudio%20es%20un%20estímulo%20para>

María Fernanda Pinkus Aguilar y Sebastián Valencia Quiceno. (2021). *Derecho de las personas indígenas a ser asistidas por intérpretes y defensores en juicios y procedimientos judiciales*. México: Centro de Estudios Constitucionales. (Consultado el 21 de septiembre de 2024). <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/editorial/derecho-de-las-personas-indigenas-ser-asistidas-por-interpretes-y-defensores-en-juicios y#:~:text=Este%20cuaderno%20forma%20parte%20de%20la>

Marina Corrêa de Almeida. (2020). “La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: en búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia latinoamericana”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. N.º 31. (Consultado el 6 de octubre de 2024)

<http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechos-humanos/article/view/14622#:~:text=Para%20tanto%20empleamos%20el%20an%C3%A1lisis%20sociohist%C3%B3rico>

### Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia del 24 de agosto de 2024.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia del 29 de abril de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia del 20 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia del 8 de octubre de 2015.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 1092-2023 del 23 de agosto de 2023. A las 10 horas 33 minutos.

Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

Resolución n.º 1848-2019 del 16 de octubre de 2019. A las 10 horas 55 minutos.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 371-2024 del 29 de abril de 2024. A las 12 horas 59 minutos.

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Resolución n.º 1353-2021 del 10 de noviembre de 2021. A las 13 horas 55 minutos.

### Otros

Diario Digital El Espectador.com. “Nace primera herramienta para combatir la trata de personas en los territorios Misak”. (Consultado el 6 de octubre de 2024).

El Espectador.com, <http://www.elespectador.com/justicia-inclusiva/prevenci%C3%B3n-de-la-trata-de-personas-en-comunidades-indigenas-una-herramienta-educativa-para-el-pueblo-misak/>

*Freedom United: Human Trafficking Search.* “Los pueblos indígenas y el punto ciego del sector contra la trata de personas”. (Consultado el 6 de octubre de 2024). *Freedom United: Human Trafficking Search* <http://www.freedomunited.org/es/Pueblos-ind%C3%ADgenas-sectores-de-lucha-contra-la-trata-punto-ciego/#:~:text=Los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20ya%20corren%20un>

Organización de las Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. “La Campaña Corazón Azul llega a las comunidades indígenas en México”. UNODC. ([Consultado el 6 octubre de 2024](http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2021/August/the-blue-heart-campaign-reaches-indigenous-communities-in-mexico.html)). <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2021/August/the-blue-heart-campaign-reaches-indigenous-communities-in-mexico.html>

# PARADIGMAS DE LA DECLARACIÓN DE PARTE EN MATERIA CIVIL

*M. Sc. Daniel Jiménez Medrano<sup>1</sup>*

## RESUMEN

Esta investigación pretende desarrollar algunos cuestionamientos que se efectúan en torno al medio probatorio de la declaración de parte en la materia civil, ya sea por criterios jurídicos que predominan desde vieja data, o bien, por la regulación que entró en vigor con el actual Código Procesal Civil. Por eso, es importante un análisis actual de la figura para dirimir aspectos de admisibilidad, práctica y valoración de dicha probanza.

**Palabras clave:** Declaración de parte, materia civil, admisibilidad probatoria, práctica probatoria, valoración probatoria.

## ABSTRACT

This research aims to address some of the questions raised regarding the evidentiary means of the party statement in civil matters, whether based on long-standing legal criteria or the regulations that came into force with the current Code of Civil Procedure. Therefore, a current analysis of this concept is important to address issues of admissibility, practice, and assessment of such evidence.

**Keywords:** Statement of a party, civil matters, admissibility of evidence, evidentiary practice, evidentiary assessment.

Recibido: 17 de febrero de 2025 Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

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 es 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](mailto:daniel_jm91@hotmail.com).

**Sumaria:** I.- Introducción. II. Generalidades de la declaración de parte III. Declaración de parte conforme el Código Procesal Civil de 1989. IV.- Declaración de parte conforme el Código Procesal Civil del 2018 V.- Admisibilidad, práctica y valoración. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

## I.-Introducción

El medio probatorio conocido como la declaración de parte es una de las pruebas más usuales dentro de la dinámica de los procesos judiciales concernientes al área civil y a otras materias. Sin embargo, a pesar de la usanza tan generalizada de este medio probatorio, lo cierto del caso es que su ofrecimiento, práctica y valoración presentan dentro del ámbito jurisdiccional civil una diversidad de criterios, los cuales se pretenden abordar en su mayoría para exponer los diversos argumentos jurídicos sobre el particular, y así ofrecer una opinión tendiente a esclarecer estos criterios.

En este sentido, además de que dicha probanza es usual en los procesos judiciales, también resulta sumamente valiosa, por cuanto son las mismas partes quienes estuvieron inmersas en el conflicto y conocen la verdad de los hechos y acontecimientos que son objeto de controversia en el proceso, por lo que serán la fuente probatoria más directa e inmediata de la controversia que se debe dirimir.

Para tales efectos, se requiere analizar la figura de la declaración de parte y confesional que regulaba el anterior Código Procesal Civil, para posteriormente efectuar una comparativa con el instituto regulado en el vigente Código Procesal Civil.

Dentro de esta dinámica, se pretende dar respuesta a diversas interrogantes, como, por ejemplo: ¿la propia parte puede ofrecer su propia declaración? ¿La parte codemandada puede ofrecer la declaración de otra persona codemandada? ¿Quién puede interrogar o preguntar en la práctica de dicha prueba? ¿Se puede solicitar durante la declaración el reconocimiento de documentos? ¿Cómo se valora la declaración de la parte en aquello que le favorezca? ¿Constituyen plena prueba los hechos admitidos por la parte en su contra?

Las respuestas a dichas interrogantes pueden ser diversas, sin embargo, en aras de pretender dar una respuesta armónica a estas, se efectuará un estudio de las reglas básicas de la admisibilidad de prueba, así como de los sistemas de valoración probatoria que imperan en la legislación nacional, en asocio de la doctrina nacional e internacional, así como votos jurisprudenciales de interés sobre el particular.

## II.- Generalidades de la declaración de parte

El análisis de esta figura explica en primera instancia qué se entiende por la probanza denominada “declaración de parte”.

En este sentido, el *Diccionario usual del Poder Judicial* establece:

*En el proceso, manifestación, relato o comunicación a un juez, jueza o tribunal, de hechos de relevancia jurídica, ofáctica, que realizan las personas que litigan en un pleito judicial. || La realizada por el demandante y el demandando [...]*<sup>2</sup>.

2 <https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?view=glossaries&start=15>

El autor nacional Olaso (2015)<sup>3</sup> expresa que: “Por declaración de parte, debemos entender toda manifestación formal que realiza una de las partes del proceso y que genera una serie de efectos jurídicos a nivel probatorio”.

Ahora bien, el término declaración de parte se presta en la usanza a confusiones con otro concepto, como lo es la prueba confesional, por lo que también resulta esencial conceptualizar ambos conceptos para evitar errores técnicos.

El autor Pérez señala (2019)<sup>4</sup> que:

*La declaración que emana de las partes es uno de los actos que ha generado muchas confusiones entre declaración de parte y confesión. Entonces, precisemos: la declaración de parte es el género, la confesión es una de sus especies, luego, toda confesión es siempre una declaración de parte, pero una declaración de parte no siempre contiene una confesión.*

*La confesión, según Carlos Lessona, es la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por intermedio de la parte contraria o por el juez directamente) mediante la cual una parte, con capacidad para obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a*

*ella y es susceptible de efectos jurídicos [...]*

En sentido similar, el jurista nacional Parajeles<sup>5</sup> indica:

*[...] El nombre correcto de este medio probatorio es el consignado por el legislador. Por esa razón, se debe evitar incurrir en el error de ofrecer la confesión en lugar de declaración de parte. La confesión no es un medio de prueba, sino el resultado de la declaración de parte. Solo habrá confesión cuando la parte declarante reconoce un hecho personal en su perjuicio y beneficie a quien pregunta, por ejemplo, al admitir una deuda. Por declaración de parte, en consecuencia, se entiende toda manifestación de voluntad proveniente de los litigantes. Este medio probatorio incluye el interrogatorio y la conexión. Ambas constituyen la especie del género declaración de parte.*

*Es interrogatorio cuando la parte es llamada a declarar sobre hechos no personales y confesión cuando lo hace respecto a hechos personales [...].*

Partiendo de lo anterior, se tiene claro que la declaración de parte corresponde al medio probatorio como género, mientras que la especie deriva en su modalidad de interrogatorio o de confesión, según la doctrina.

3 Olaso Álvarez, Jorge. (2015). *La prueba en materia civil*. 1.a edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 98.

4 Pérez Ríos Carlos Antonio. (2019). La declaración de parte en el Proceso Civil. *Revista de Derecho y Ciencia Política*. UNMSM. Vol. 74. Lima, p. 5. Recuperado de <https://revistas.infoedutec.com/index.php/unmsm-derecho/article/view/6>

5 Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). *Curso de derecho procesal civil: proceso no contencioso*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., p. 296.

### **III. Declaración de parte conforme al Código Procesal Civil de 1989**

El antiguo Código Procesal Civil reguló este instituto a partir del artículo 333 al 350. En un primer término, hizo la diferencia entre la declaración de parte y la confesión, partiendo de que el primero se refería a los hechos no personales, y el segundo, a hechos personales contrarios a sus intereses. De una forma más técnica, el ordinal 337 hace mención al interrogatorio y a la confesional.

El citado artículo 333 establecía que tanto el interrogatorio como la confesión podían ser pedidos en cualquier estado del proceso, pero solo se podía ser llamado a confesión cuando la parte contraria lo solicitara, estando vetado el tribunal de efectuarlo de forma oficiosa, y dicha facultad oficiosa del tribunal quedaba únicamente reservada para el interrogatorio.

A su vez, el numeral 338 disponía que la confesión judicial constituía una plena prueba y, de forma seguida, el ordinal 341 instituía la confesión espontánea y la extrajudicial, dándoles dicho valor a aquellas manifestaciones contenidas en los escritos o a las aseveraciones realizadas en un interrogatorio, al igual que las declaraciones rendidas en un proceso de carácter no jurisdiccional, por ejemplo.

En lo relativo a su práctica, el interrogatorio debía ser efectuado por la parte proponente de la prueba y mediante el instituto de la oralidad. Pero, de igual manera, se permitían presentar las preguntas por escrito (artículo 342), teniendo esta parte derecho a repreguntar, además de la persona juzgadora quien también tenía las facultades de interrogar.

### **IV. Declaración de parte conforme al Código Procesal Civil vigente**

El Código Procesal Civil vigente introdujo una serie de cambios importantes en comparación con la anterior normativa, no solo en temas probatorios, sino también para modificar el sistema escrito por uno oral, lo cual trae consigo un cambio de paradigma en temas relacionados a la concentración e inmediación mediante el modelo de audiencias.

En lo relativo a la declaración de parte, esta se reguló a partir del ordinal 42, partiendo de una sola denominación al medio probatorio. De esta manera, se despojó de los tecnicismos de interrogatorio y confesión, para simplemente denominar dicho medio probatorio como declaración de parte, quedando subsumidas ambas figuras dentro de este medio de prueba, según se desprende del numeral 42.1, el cual indica que las partes tienen el deber de declarar sobre hechos propios o ajenos y agrega que podrán formularse preguntas recíprocamente.

Cabe destacar que se elimina la posibilidad de que las partes introduzcan este medio probatorio en cualquier etapa del proceso previo al dictado de la sentencia, con lo cual se debe regir por las reglas generales del código en lo relativo a los momentos dispuestos por ley para el ofrecimiento de prueba, como es el caso de la demanda para la parte actora y la contestación para la parte demandada, sin dejar de lado que el actor también cuenta con la réplica de la contestación en audiencia preliminar o única, siendo estos, en principio, los momentos dispuestos por ley para el ofrecimiento de la prueba.

Por otro lado, señala el numeral 42.2 que la admisión de hechos propios permite que sean

presumidos como ciertos, sin incurrir en darles la connotación de plena prueba. De igual manera, dicho numeral contempla la admisión de hechos de forma expresa o tácita, así como afirmaciones espontáneas realizadas en el proceso, agotándose el desarrollo de la figura en solo esos dos numerales.

## V. Admisibilidad, práctica y valoración de la declaración de parte

### A. Admisibilidad

En torno a la admisibilidad de la prueba, las autoras González Cano & Romero Pradas (2017)<sup>6</sup> expresan que la admisibilidad de la prueba pasa por el filtro del análisis de la inutilidad, impertinencia, legalidad e ilicitud de la prueba. Respecto al primer elemento, destacan que la prueba debe ser rechazada según reglas y criterios razonables, en ningún caso cuando contribuya a esclarecer los hechos controvertidos, en relación con la impertinencia expresa que se debe rechazar aquella que no guarde relación con el objeto del proceso o que no sea susceptible de influir en el resultado del proceso, como es el caso cuando se pretenden probar hechos no afirmados en la demanda o contestación, hechos no controvertidos, hechos notorios o hechos que no afectan el contenido de la sentencia.

En relación con la diligencia o legalidad de la prueba, expresan que los justiciables se deben ajustar a los criterios que el ordenamiento jurídico haya establecido para su ejercicio, según los contornos fijados por el legislador. Por último, en lo que respecta a la ilicitud, se debe rechazar la prueba que pretenda introducir en el proceso una fuente obtenida con violación de los derechos o libertades fundamentales, al verse afectada la fuente del medio probatorio.

El Código Procesal Civil contempla preceptos similares en el artículo 41.3:

*41.3 Admisibilidad de la prueba. Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal indicará la prueba admitida y la que rechaza.*

Partiendo de lo anterior, no cabe duda de que el medio de prueba denominado declaración de parte va a cumplir con la licitud por estar contemplado dentro del código de citas en su artículo 41.2. También, en la mayoría de ocasiones, resultará pertinente por cuanto la parte, al encontrarse inmersa en la controversia objeto de disputa, se referirá a los hechos objeto del debate, salvo que se ofrezca la declaración para hechos incontrovertidos, notorios, evidentes, por citar un ejemplo, ni tampoco cuando haya duda de que resultará idónea para acreditar los hechos de interés, por ser una fuente directa de los acontecimientos.

Sobre este último particular, resulta importante destacar que es incuestionable su idoneidad, por lo que debería ser un medio probatorio que los tribunales podrían aprovechar para dirimir las controversias, mientras que otro tema completamente diferente es su valoración y el grado de credibilidad que la persona juzgadora le dé a esta, aspecto que se analizará más adelante.

6 González Cano, María Isabel & Romero Pradas, María Isabel. (2017). La prueba. Tomo I. *La prueba en el proceso civil*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, pp. 65-79.

Ahora bien, dicha valoración genérica de la admisibilidad de la probanza no resulta tan sencilla y, en muchas ocasiones, genera debate ante estas interrogantes:

**¿Se puede ofrecer la declaración de otra parte que no sea contraria en el proceso, como sería el caso de una persona coaccionada?**

La primera interrogante tuvo un auge importante desde el anterior Código Procesal Civil, el cual establecía que se podía llamar a declarar a la parte contraria, por lo que algunos operadores del derecho consideraban que no era admisible el ofrecimiento de la declaración de parte de una persona codemandada a otra, en el entendido de que no eran partes contrarias.

En este sentido, el autor Olaso (2015)<sup>7</sup> trae a colación el voto 380 de las 10 horas 30 minutos del 5 de diciembre de 2003 del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, el cual indica en lo que interesa:

*[...]Si bien el numeral 333 del Código Procesal Civil, señala que cada parte podrá solicitar la declaración de la parte contraria bajo juramento, en cualquier estado del proceso, lo cierto es que, parte contraria son todas aquellas que no tengan un interés común o un mismo fin al momento de litigar. Entenderlo de otra manera implicaría no solo, cercenarle a los involucrados en la contienda, el derecho de defensa consagrado en nuestra Carta Magna, sino además, una violación al principio de igualdad, al*

*impedirle a un litigante acceder a ese importante medio probatorio para tratar de demostrar sus argumentos de defensa. Por otro lado, debe tomarse en cuenta que el artículo 338 del Código Procesal Civil no prohíbe expresamente la posibilidad de que un demandado llame a otro demandado a rendir confesión judicial, pues ésta es plena prueba contra quien la hace, y para que haya confesión es necesario que la declaración verse sobre hechos personales contrarios a los intereses del confesante y favorables al adversario ( ver en ese sentido los votos No. 411 de las 9:45 horas del 20 de setiembre de 1994 y 276 de las 14:45 horas del 19 de julio del 2002, ambos del Tribunal Segundo Civil de San José. Sección Segunda). La confesión en este caso, sirve como sustento probatorio de los argumentos de defensa esgrimidos por la empresa “Corporación Puesta del Sol Catalina S.A.”, de ahí que se revocará lo resuelto para admitir la confesional solicitada. [...].*

Ahora bien, centrándonos en la normativa vigente, lo cierto del caso es que el actual Código Procesal Civil no limita la declaración de parte a un llamamiento de la parte contraria, por lo que, bajo un principio de la libertad probatoria, no existe motivo alguno para rechazar el ofrecimiento de dicha probanza. Si anteriormente la jurisprudencia ya había aceptado dicha probanza a pesar del reto que representaba la interpretación de lo que significaba el término parte contraria, con mucha mayor razón, dicha probanza debería ser admitida en la actualidad, al no existir dicha referencia.

---

<sup>7</sup> Olaso Álvarez, Jorge. (2015). *La prueba en materia civil*. 1.a edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p.104.

## ¿Puede la propia parte ofrecer su declaración?

La segunda interrogante relacionada al ofrecimiento de la declaración de la propia parte es un tema que genera mucha controversia. Sobre la particular, resulta importante aclarar el anterior abordaje que hizo la doctrina nacional sobre dicho supuesto.

El jurista Olaso (2015)<sup>8</sup> consideraba que, bajo la óptica del numeral 333 del entonces Código Procesal Civil, no era posible el ofrecimiento de la propia declaración de parte, por cuanto el numeral citado permitía solamente solicitar la declaración de la parte contraria, interpretación que a su parecer iba de la mano con el principio de legalidad. Indicaba también que el numeral 338 de dicho Código establecía que se valoraría el resultado del interrogatorio en lo que perjudicaba al confesante, por lo que existía una imposibilidad de acreditar hechos en su propio beneficio.

El autor Olaso (2015)<sup>9</sup>, replicando lo señalado por Torres Pinero, indica que existen tres argumentos para denegar la declaración de la propia parte: 1- Inexistencia de dicha posibilidad en la legislación. 2- La oportunidad de cada parte de efectuar declaraciones a través de la demanda y contestación. 3- Que de admitirse podría la parte introducir nuevos alegatos que serían extemporáneos.

Esta tesis igual era la que imperaba de forma mayoritaria con el citado código (actualmente derogado), lo cual permeaba también en la forma

de llevar a cabo la declaración de parte. Nótese que, al interpretarse que la propia parte no puede ofrecerse a declarar, también se interpretaba que, cuando la contra parte ofrecía la declaración, al momento de llevar a cabo su evacuación, el abogado o la abogada de la parte declarante no podía preguntar ni represtar a su cliente, por cuanto el confesante se estaría preguntando a sí mismo, según indica el autor Parajeles (2010)<sup>10</sup>.

Lo cierto del caso es que dicho modelo tiene un contexto histórico interesante que servirá para comprender a profundidad el tema de interés. Explica el autor Sanabria (2020<sup>11</sup>, pp. 10-11):

*Con todo, la prueba obtenida a partir de la declaración de las partes o de terceros, fue poco a poco convirtiéndose en una “necesidad” procesal, en principio asumida como un sucedáneo de lo que dejaba de acreditarse a través de la prueba documental, de los hechos notorios o de manera menos recurrente, del dicho de un experto; para convertirse en un verdadero medio de conocimiento contextual de los hechos, es decir, aquel que más allá de verificar o no la existencia de los mismos, puede arrojar luces acerca de las circunstancias intrínsecas y exógenas que dieron lugar a su configuración. De ahí que, incluso en ordenamientos jurídicos tan antiguos como el romano, la declaración de las partes hubiese constituido un medio de prueba por autonomía, siempre que se entienda que el primer derecho civil de los romanos estaba exento, todavía,*

8 *Ibidem*, pp.101-102.

9 *Ibidem*, p. 105.

10 Parajeles, p. 298.

11 Sanabria Rodríguez David. Monografía “*La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo*”. Universidad de Externado Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afe5ab3/content. Pp. 10-11.

*de la enorme influencia de la Iglesia, la cual, durante la Edad Media, irradió la doctrina escolástica de la fe incluso a los círculos jurídicos, creando consigo un sistema de juzgamiento arbitrario (o por lo menos si se le observa desde una perspectiva actual), o de la desconfianza total hacia las partes o sujetos procesales, esto es, la inquisición. En dicha etapa, la declaración de las partes debió afrontar cambios dramáticos, desde su concepción hasta su valoración: la desconfianza de la que se habla permitió que se proscribiera imprimir cualquier clase de valor probatorio al dicho de la propia parte, a no ser que el mismo le perjudicara en gran medida o beneficiara a su adversario, generando con ello una clara preferencia hacia la confesión, cuyo uso y vigencia fue prácticamente institucionalizado y perpetuado desde esta época; o en su defecto, mereciendo más credibilidad el dicho del tercero, quien para aquellos días, podría ser un sujeto de fácil maleabilidad y sometimiento, pues, se insiste, el derecho escolástico justificaba la implementación de métodos reprochables en aras de un concepto de justicia tan incomprendible, que aún hoy se escribe sobre sus paradójicos postulados. Como se observa, la declaración de parte como medio de prueba, aun vista desde su concepción más genérica, ha sufrido las consecuencias de la transición histórica, es decir, ha sido un medio de prueba tenido en cuenta y desecharo de manera simultánea, complementaria o simplemente inconsciente; pero la herencia de la inquisición se mantuvo,*

*ya que las disposiciones procesales posteriores abogaron por una reducción significativa de los alcances de la declaración de parte, limitándola a aquella tendiente a obtener la confesión, desecharo cualquier otro elemento que pudiera aportar al proceso y reglamentando con extremo rigor la eventual verdad que se pudiera obtener de la declaración de terceros. En suma, el legado inquisitivo continuó, porque los códigos procesales fueron leales al paradigma de la Inquisición y manifestaron su total desconfianza hacia las partes, cuestión que para algunos, deriva después en lo que se conoce como “activismo judicial”, tema que no es del resorte de este trabajo.*

El autor Sanabria (2010)<sup>12</sup> continuó relatando:

*Desde el derecho romano, inclusive, se le negó cualquier clase de valor probatorio a la declaración de parte que pudiera incidir de manera favorable a sus propios intereses, a partir de la afirmación “tierno idoneus testis in sua intelligitur, nemus in propria causa testis ese debet”; con esa máxima, la práctica judicial durante siglos prohibió que lo que era percibido directamente por las partes y sus sentidos se incorporara al proceso a través de una declaración voluntaria a instancia de la misma parte, con la posibilidad, quizás tardía y poco eficaz, de introducir esa percepción a través de otros medios que lógicamente dejaban de lado principios como el de inmediación. (Id.).*

---

12 Sanabria Rodríguez David. Monografía “La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo”. Universidad de Externado Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcapcglclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afe5ab3/content. P. 15.

Precisamente, partiendo de esa premisa de que ningún juez lo es de su propia causa, se eliminó cualquier posibilidad a la parte de ofrecer su propia declaración.

Ahora bien, teniendo dicho contexto y como el objeto del presente trabajo no se centra en la regulación probatoria del Código Procesal derogado, se procederá al análisis de la figura actual de la declaración de parte del vigente Código Procesal Civil, utilizando como insumo lo antes descrito para identificar si se continúan arrastrando resabios del modelo anterior.

El actual Código Procesal Civil en ningún momento indica que la declaración de parte se deba al llamamiento de la “**parte contraria**”. Este es un primer indicativo que nos invita a pensar si existió algún cambio en este medio probatorio.

Por otro lado, en lo que concierne a la regulación de los efectos de la declaración de parte, el numeral 42.2 solo habla de los efectos que producen las declaraciones efectuadas en contra de sus propios intereses. La norma indica que se permite presumir como ciertos esos casos, sin que les otorgue el valor de plena prueba.

El primer filtro respecto a la aceptación de la propia declaración de parte pasa por un aspecto de legalidad y, si bien, el artículo 42 del actual Código Procesal Civil no habilita de forma expresa esta modalidad, también es cierto que no la prohíbe, y el ordinal 41.2 del Código Procesal Civil establece que resulta admisible cualquier otro medio de prueba no prohibido por la ley, con lo cual, el argumento de la legalidad se cae por sí mismo, si aunado a esto, se efectúa una interpretación alienada con el principio de la amplitud probatoria.

Un segundo análisis podría pasar bajo la óptica de los efectos regulados para la declaración de parte. Podría existir una línea interpretativa que indique que, al regularse únicamente los efectos de las declaraciones en contrario, era una intención clara del legislador de no permitir la propia declaración, por cuanto la ley no le dota de efectos a esta.

Para contrariar dicha afirmación, lo primero por señalar es que, en ningún momento, el numeral 42.2 del citado código aborda temas de admisibilidad probatoria, sino de los efectos de las declaraciones y los elementos valorativos de las declaraciones en contrario de sus intereses.

Partiendo de esto, es importante zanjar, desde ya, los aspectos de admisibilidad probatoria y los de valoración de prueba. Por otro lado, si la preocupación radica en los efectos que tenga la declaración de la propia parte en aquello que declara en su propio beneficio, lo cierto del caso es que, al no estar regulado en el numeral 42.2 citado, se debe recurrir a la normativa general de apreciación probatoria, específicamente, el ordinal 41.5 que establece:

*Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.*

*La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.*

Por otro lado, al momento de tomar una postura sobre el particular, cabe preguntarse: ¿el modelo escrito del anterior código y el modelo oral que

promueve el actual modifigan en algo la línea de pensamiento sobre este punto?

Sobre la influencia de los modelos, el autor Sanabria (2020)<sup>13</sup> expresa:

[...] Es claro que dentro de un sistema procesal de carácter escritural, como el que se aplicaba y/o concebía antes de la entrada de la oralidad, la prohibición de la declaración de la propia parte como un medio de prueba independiente de la confesión se tornaba mucho más lógica; sin embargo, dentro de un sistema oral, donde la práctica de la prueba se supone es concentrada y bajo la égida del principio de inmediación, no existen razones de peso para que el medio de prueba bajo estudio se proscriba, ya que su admisión puede reportar, siempre que se aplique de manera idónea, grandes beneficios en la búsqueda de la verdad. (López, 2012, p. 478). En palabras de Devis Echandía (1990) “En el moderno proceso civil, considerado como instrumento para la paz y la armonía sociales, con un fin de interés general y solo secundariamente de tutela de los derechos e intereses individuales, esa restricción al empleo del interrogatorio de las partes por el juez y por el adversario, resultan ilógicas e inconcebibles. [...].

Continúa explicando su idea de la siguiente manera<sup>14</sup>:

[...] Frente a la declaración de parte propiamente dicha, López (*Id.*) afirma que los sistemas orales que la han admitido sin restricciones frente a quien declara, disponen que no solo el juez tiene la obligación de interrogar exhaustivamente a las partes, sino que tiene que verificar como se desarrolla el debate entre las partes, contribuyendo a su decisión con el insumo que obtenga a partir de la versión que en audiencia sostengan cada uno de los litigantes, sus apoderados y lo que arrojen los demás medios de prueba aportados por unos y otros. En suma, la ventaja procesal que permite hablar de la declaración de parte como medio de prueba radica en el deber/facultad que tiene el juez de tener contacto directo en todas las etapas de producción de la prueba, lo cual, de entrada, posibilita que la decisión que va a ser tomada sea menos susceptible de errores de apreciación probatoria, dentro de lo cual debe considerarse la declaración de parte. [...].

Por último, vale destacar de dicho autor lo siguiente<sup>15</sup>:

[...] Todo lo anterior, le permite concluir a López (2012, p. 480) que tanto el sistema de interrogatorios como el de declaración de parte se aplica con mayor efectividad y eficacia en la nueva forma del proceso civil de carácter oral, que como su nombre lo indica, aboga por

13 Sanabria Rodríguez David. Monografía “La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo”. Universidad de Externado Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afc5ab3/content. Pp.17-19.

14 *Ibidem*, p.18.

15 *Ibidem*, p. 21.

*la verbalización del debate probatorio a través de la aplicación coherente de los principios de inmediación y concentración de la prueba. Para la autora, es fundamental lo dicho por Capelletti cuando este afirma que “la parte es el sujeto mejor informado del caso en concreto se debe examinar. De ahí la inderogable necesidad que en todos los ordenamientos civiles existe, de utilizar a la parte como fuente de prueba”, para completar diciendo que “es indispensable transformar el libre interrogatorio de las partes en el proceso civil de instituto ignorado o prohibido, en el instituto principal de instrucción probatoria, o cuando menos en uno de los principales, para utilizar adecuadamente el saber de las partes en la formación del convencimiento del juez [...].*

Precisamente, el hecho de tener un modelo centrado en la oralidad por medio del desarrollo de audiencias, donde se promueve la inmediación, produce un cambio en la línea ideológica. En todo caso, ante la duda, considero que se debe interpretar de la forma más beneficiosa y protecciónista de los derechos fundamentales, por lo que resulta importante traer a colación algunas convenciones internacionales ratificadas por Costa Rica.

#### **- Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada por Costa Rica en 1948)<sup>16</sup>**

##### *Artículo 10*

*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser*

*oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

#### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por Costa Rica en 1968)<sup>17</sup>**

##### *Artículo 14*

*1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes*

16 [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completa.spx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completa.spx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49015&nValor3=52323&strTipM=TC)

17 [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=0&strTipM=FN](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=20579&nValor3=0&strTipM=FN)

*a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. [...].*

**- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (adoptada por Costa Rica en 1970<sup>18</sup>)**

*Artículo 8*

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...].*

De las normas antes citadas no queda duda alguna de que las partes de un proceso civil tienen el derecho fundamental a ser oídas. ¿Ahora bien, ese derecho a ser oídos(as) implica que sea solo de forma verbal?

Sobre este particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, específicamente en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, mediante la sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182<sup>19</sup>:

*75. Al respecto, la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe*

*necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las “debidas garantías” que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Sin embargo, el representante no ha presentado argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad, como garantía del debido proceso, en el procedimiento disciplinario ante la CFRSJ o en las distintas instancias recursivas. En el mismo sentido: Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 120.*

Dicho pronunciamiento resulta sumamente interesante, por cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos deja abierta la posibilidad de que el derecho a ser “oído” se ejerza de forma escrita. Sin embargo, también se infiere del texto un análisis de este derecho de la mano de un sistema procesal basado en la oralidad, donde se considera que la oralidad refleja una mejor garantía para el debido proceso de las personas, ya que expresamente señala que para ciertos tipos de procesos, bajo causas justificadas, el Estado debe resguardar el debido proceso mediante la oralidad.

Siguiendo esa línea jurisprudencial, lo cierto del caso es que, partiendo del hecho de que el actual Código Procesal Civil contempla un sistema oral, la interpretación más apegada a la protección efectiva del derecho a la defensa y del debido proceso debe ir de la mano con la admisión de

18 [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36150&nValor3=38111&strTipM=TC)

19 Debido proceso. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. N.º12. Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>. p. 31.

la declaración de la propia parte. Precisamente, parte de los fines que promueven los sistemas judiciales orales se basa en la humanización de la justicia. Partiendo de dicha concepción, permitir que la propia parte declare refrenda la protección de dicho cimiento.

El autor Verdugo (2010) señala:<sup>20</sup>

[...]Qué sentido tiene impedir a las partes declarar voluntariamente? ¿Cómo se le explica a un trabajador que ha acudido a los nuevos juzgados del trabajo que no puede exponer directamente al tribunal, con valor probatorio, lo que vio o escuchó, a menos que el empleador se lo permita al pedir su declaración forzada? ¿Cómo se le explica a una mujer que acude a un juzgado de familia pidiendo su divorcio por haber sido víctima de maltratos psicológicos graves, que no puede contar su historia al tribunal, con valor probatorio, salvo que el marido le allane el camino pidiendo su confesión? ¿Cómo se convence a un tribunal sobre lo señalado por alguna de las partes en aquellos aspectos de su demanda donde la mejor prueba disponible es lo percibido directamente por ella misma, ya sea por la dinámica propia de los hechos o por la dificultad para obtener testimonios de terceros renuentes a declarar? ¿Es inteligente poner a las partes en la situación de tener que elegir entre arriesgar perder el juicio por falta de prueba o “inventar” prueba para llenar el vacío dejado por la imposibilidad de decirlo directamente? ¿Es valioso que el tribunal se prive de la posibilidad

de conocer información pertinente de boca de los propios protagonistas del conflicto?

En este trabajo se sostendrá que esta práctica de inhabilitar o excluir a las partes para declarar voluntariamente como testigos en sus propios juicios es propia de los sistemas escritos, donde esta práctica sí tenía coherencia y sustento legal, pero que su mantención en los nuevos sistemas por audiencias es incoherente con sus fundamentos y, más aún, carece de todo sustento legal. Se sostendrá, más aun, que las nuevas reglas de la prueba disponen exactamente lo contrario: las partes tienen la facultad legal de presentarse voluntariamente como testigos en sus propios juicios. [...].

Dicho autor agrega:<sup>21</sup>

b) *Libertad de medios de prueba*

Por lo tanto, en ambos sistemas, las reglas de la prueba reafirman que no existe un catálogo cerrado de medios de prueba, como en el sistema de la prueba legal, sino que, como es coherente con un sistema de valoración en concreto, cualquier medio que proporcione información pertinente puede ser usado en el juicio para lograr la convicción del tribunal. Así, ya siendo difícil negar la importancia que generalmente tendrá la información aportada por los protagonistas del conflicto, la misma ley deja abierto el espacio para que pueda ser entregada voluntariamente por ellos mismos.

20 Marín Verdugo Felipe. (2010). *Ius et praxis*. V.16. Talca. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci\\_arttext&tlang=pt](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci_arttext&tlang=pt)

21 *Ibidem*.

Los anteriores fundamentos resultan congruentes y aplicables al sistema imperante en Costa Rica. Incluso cabe destacar que la materia civil es de las pocas en el país que mantienen un resabio interpretativo en dicho sentido. Tanto la jurisdicción contenciosa administrativa, la materia penal, la materia de violencia doméstica y la laboral, por citar algunos ejemplos, han mostrado avances significativos en la posibilidad de admitir la declaración de la propia parte.

Pero, para continuar resolviendo interrogantes, se debe dar respuesta a lo siguiente: ¿la demanda y la contestación son medios probatorios donde las partes son oídas?

En primer lugar, vale preguntarse qué son la demanda y la contestación. Para este punto, el *Diccionario usual del Poder Judicial* expresa<sup>22</sup>:

#### *Demand*

*Petición principal que en juicio formula una de las partes. || Acto con el que un actor expresa la voluntad, ante una autoridad jurisdiccional competente, de que se declare un derecho que, a su parecer, legalmente le corresponde. || Ejercicio del derecho a accionar con el fin de pedir la declaración de un derecho o determinar la situación jurídica de un bien. || Escrito en el que se exponen los hechos, los fundamentos jurídicos, la prueba y la petitoria, con el que inicia el juicio en lo civil.*

#### *Contestación a la demanda*

*Manifestación con la que la parte demandada responde a las pretensiones del demandante. ► **demand**. || Actuación procesal del demandado con la que rebate lo pretendido en la demanda según hechos y derecho. || Escrito donde la parte demandada opone excepciones y rechaza, o se allana, a la causa de la acción.*

Tanto la demanda como la contestación son concebidas como actuaciones procesales de las partes y, en ambas, se debe materializar el ofrecimiento de prueba, según se infiere de los artículos 35.1 y el 37.1 del Código Procesal Civil. Entonces, si en esos actos de las partes, se da el ofrecimiento de prueba, lo cierto del caso es que la naturaleza jurídica de la demanda y de la contestación no es fungir como medios de prueba. Otro asunto muy distinto es que la ley confiera efectos de presumir como ciertas la admisión de hechos y las afirmaciones espontáneas realizadas por las partes contra sus intereses.

Además de lo anterior, hay que tomar en cuenta que, en todos los procesos civiles, se requiere de patrocinio letrado por disposición legal. En ese entendido, la demanda y la contestación en su mayoría son redactadas y formuladas por profesionales en Derecho.

De esta forma, en la práctica, lo que acontece es que la parte le relata a su abogado o abogada los hechos de la demanda, y este o esta los formula

---

<sup>22</sup> [https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?option=com\\_seoglossary&view=glossaries&catid=1&filter\\_search=demand&catid=1&glossarysearchmethod=2&\\_\\_ncforminfo=Tosw3pnFuqZzJQpaRMzq3vlFrjmvOZdx18K0YvYzE\\_NHSuER2PTYhGnsMpWp1RzZIIE-Z0d2kw8ScRcZryNDhysm0gEPxFuExMKBZHdGcY8Gf\\_3UrM8Q0yExvcUbzkO5HiL\\_SybUfwBDZv8s\\_-82q0D4ip43hKKjAbAPSayG7GXM2t2UVaRHs5zYnB1AcKWf](https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario?option=com_seoglossary&view=glossaries&catid=1&filter_search=demand&catid=1&glossarysearchmethod=2&__ncforminfo=Tosw3pnFuqZzJQpaRMzq3vlFrjmvOZdx18K0YvYzE_NHSuER2PTYhGnsMpWp1RzZIIE-Z0d2kw8ScRcZryNDhysm0gEPxFuExMKBZHdGcY8Gf_3UrM8Q0yExvcUbzkO5HiL_SybUfwBDZv8s_-82q0D4ip43hKKjAbAPSayG7GXM2t2UVaRHs5zYnB1AcKWf)

enfocados y encuadrados dentro de la teoría del caso que más convenga a su cliente. Esto implica que los hechos redactados y plasmados en la demanda y en la contestación no reflejen con exactitud la totalidad de los expresado y el conocimiento total que tiene la parte sobre los hechos reales que circunscriben la controversia. Esta es otra razón más para no asimilar la demanda ni la contestación a una declaración de parte.

Siempre sobre esta misma línea de pensamiento, se vale cuestionar que, en tesis de principio, la declaración de parte debe ser rendida de forma personal y no mediante interpuesta persona. Por ese motivo, ¿cómo es que se asemejan la demanda y la contestación a la declaración de parte?, cuando estas son elaboradas y redactadas por una tercera persona que no es parte.

Al unísono, tanto la demanda como la contestación no se rinden bajo una juramentación de decir verdad, por lo que las formalidades con las que se lleva a cabo la evacuación de una declaración de parte no son las mismas que con una demanda o contestación. En igual sentido, si se interpreta que, mediante estos actos, se garantiza el derecho a ser oído(a), en qué momento se garantiza el contradictorio de las partes y de la persona juzgadora. Tanto la demanda como la contestación no permiten un interrogatorio fluido y dinámico de la parte.

En igual sentido, si se asume que, mediante la demanda y la contestación, se plasma el derecho a ser oido y se parte de temores cimentados en que las partes siempre van a declarar a su favor, ¿entonces por qué se admite la declaración de la parte contraria?, si las partes solo van a decir cosas a su favor y no pueden ser tomadas en cuenta. Entonces, ¿cuál sería la razón de ser de dicha prueba?

Las mismas interrogantes que se utilizan para desacreditar la admisibilidad de la propia

declaración de parte también servirían para negar la procedencia de la declaración de la parte contraria. Sin embargo, se tiende en diversas ocasiones a aplicar criterios dispares.

Por otro lado, si se parte del supuesto de que la demanda y la contestación son los instrumentos por los cuales la parte declara a su favor y es oída, ¿qué sentido tiene el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, del cual se desprenden las cargas probatorias para demostrar los hechos alegados en la demanda o contestación? Con esto quiero decir que los hechos que se indican a favor de la propia persona en ningún momento son valorados en la sentencia como un elemento probatorio.

Con todo esto, no existe duda alguna de que la declaración de la propia parte resulta admisible, sin que exista impedimento alguno, más allá del análisis de idoneidad y pertinencia de cualquier otra probanza.

## B- Evacuación de la prueba

Otro aspecto que genera gran debate reside en la evacuación de la declaración de parte y esta controversia es indistinta de una declaración de la parte contraria o que sea la declaración de la propia parte.

Para la prueba testimonial, el actual Código Procesal Civil es claro en la práctica de la prueba, indicando que primero la parte proponente pregunta, luego la contraria y, finalmente, el tribunal. No obstante, dicha disposición no se encuentra contemplada para la declaración de parte, y de ahí surgen dudas al respecto. El caso menos conflictivo es aquel en el que ambas partes ofrecieron la misma declaración, por cuanto si es admitida, no queda duda alguna de que ambas partes pueden preguntar, al igual que el tribunal.

El problema surge cuando solo una parte ofreció la probanza. Existen personas que consideran que

solamente la parte que ofreció la declaración, así como el tribunal pueden preguntar. Otros consideran que la parte que ofreció la prueba y el tribunal pueden preguntar, y que la contraparte solo puede efectuar preguntas de corte aclaratorio. Una tercera postura parte del hecho de que tanto la persona oferente de la prueba, así como la parte contraria y el tribunal pueden preguntar, elaborando cualquier cuestionamiento relacionado a los hechos para los cuales fue ofrecida.

Para dirimir dichas interrogantes, resulta valioso evocar principios probatorios que aplican al momento de la evacuación de las probanzas.

Las autoras González Cano y Romero Pradas (2017)<sup>23</sup> explican que los principios de la práctica de la prueba son el de contradicción, inmediación, publicidad y unidad de acto. Precisamente, estas autoras plantean que la validez o no de esta depende de la correcta realización de la prueba.

Necesariamente, el principio de contradicción nos lleva a concluir que resulta un derecho de la parte no solo poder ofrecer prueba en contrario para acreditar hechos, sino también este principio se extraña a la práctica de la prueba, en el entendido de que, al momento de su evacuación, las partes puedan combatirla, de ahí que ambas partes tengan la oportunidad de oponerse a las preguntas, así como deberían tener también la oportunidad de que ambas partes puedan interrogar al declarante.

En este sentido, vale destacar que, tanto en la prueba testimonial como en la pericial, se permite que ambas partes tengan la oportunidad de preguntar, por lo que no existe motivo justificativo alguno para que esto se prohíba en

la declaración de parte, lo cual incluso irían en contra del principio de igualdad procesal.

Cuando se permite preguntar exclusivamente a la parte propone de la prueba, se están transgrediendo el contradictorio y el derecho a la defensa de la contraparte. Esta problemática tiene su génesis en la concepción antigua de que la propia parte no puede autopreguntarse por qué no estaba permitida la propia declaración. Pero superada esa idea, no existe motivo alguno para limitar la posibilidad del interrogatorio de ambas partes.

Vale preguntarse ¿qué sustento jurídico tendría dicha limitación? Si se partiera del supuesto de que la declaración fue ofrecida por la parte contraria, algunos operadores del derecho al menos podrían argumentar que, al estar negada la posibilidad del interrogatorio de la propia parte (postura que no se comparte), como consecuencia lógica tampoco puede autopreguntarse mediante el contrainterrogatorio.

Pero, si se parte del supuesto de que la propia parte ofrece su declaración, la cual es admitida por la persona juzgadora, ¿qué argumento podría respaldar la denegatoria del interrogatorio de la contraparte? Considero que siempre es posible que alguien base su denegatoria por considerar que el código no lo prevé expresamente, como sí lo hace para otras figuras como la testimonial. Pero dicha respuesta dejaría de lado una aplicación integral del derecho, mediante la aplicación analógica, y también se estarían negando los principios rectores de la prueba, como lo es el contradictorio.

Para garantizar el ejercicio pleno de dicho principio, se debe permitir que la contraparte (no oferente de la prueba) pregunte, pero no se puede

---

23 María Isabel González Cano, María Isabel Romero Pradas. (2017). *La prueba*. Tomo I. *La prueba en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.79.

limitar a esta que las preguntas solo sean de corte aclaratorio. De nuevo se lanza la pregunta: ¿para cuál medio probatorio prevé el Código Procesal Civil las preguntas estrictamente de corte aclaratorio? Lo cierto del caso es que el Código no establece esa modalidad de repreguntas, las cuales serían limitativas del contradictorio. La única posibilidad de limitar las preguntas es que estas se efectúen sobre hechos para los cuales no fue ofrecido el declarante.

Por otro lado, debido que la propia declaración de parte resulta admisible, queda superado el tema de que el propio abogado o la propia abogada de la parte pueda preguntarle a su cliente.

En este mismo apartado de la práctica de la prueba, surge en ocasiones el cuestionamiento relativo a la admisión del reconocimiento de documentos, cuando el ofrecimiento probatorio se limitó a la mera declaración de parte.

Lo cierto es que, en estos casos, el reconocimiento de documentos forma parte de la declaración de parte y se une con la prueba documental ofrecida en el proceso. Lo que resultaría improcedente es que, mediante el reconocimiento de documentos, se pretendan introducir pruebas documentales que no habían sido ofrecidas en el momento procesal correspondiente. En este sentido, si la parte ofreció la prueba documental en los momentos procesales correspondientes y, además, ofreció la declaración de parte, no existe impedimento alguno para que la parte proceda a reconocer los documentos, ya que son temas intrínsecamente ligados con los hechos objeto de debate, lo cual va de la mano con el numeral 45.3 del Código Procesal Civil.

Por este motivo, el reconocimiento de documentos no es un medio de prueba autónomo, sino que

forma parte de la dinámica propia de dos medios probatorios, como lo es la prueba documental y la declaración de parte que llegan a converger al efectuarse el reconocimiento.

Para citar un ejemplo de lo anterior, el artículo 45.6 del Código Procesal Civil prevé:

**45.6 Verificación de documentos.** Cuando se desconozca la firma o se manifieste ignorancia de la autoría de un documento, la parte interesada podrá demostrarlo mediante declaración de parte, prueba técnica, cotejo, documentos y cualquier otro medio de prueba.

Por tanto, queda de manifestó que la sola declaración de parte resulta suficiente para el reconocimiento de documentos, sin que esta última sea un medio probatorio por sí solo.

## C- Valoración

En la valoración de la prueba denominada declaración de parte, surgen diversos temores. Como se indicó anteriormente, el artículo 42.2 del Código Procesal Civil reseña los efectos de las declaraciones emitidas en contra por el propio declarante, las cuales se presumen como ciertas, sin darle valor de plena prueba, al haberse despojado el actual Código de la prueba tasada. Sin embargo, surge la duda de la valoración que se le debe dar a la declaración de parte en lo que le beneficia al propio declarante.

Para introducir dicho debate, resulta valioso lo señalado por el autor Verdugo (2010), quien expresa:<sup>24</sup>

24 Marín Verdugo Felipe. (2010). [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci\\_arttext&tlang=pt](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci_arttext&tlang=pt)

[...] Si el pensamiento concreto era llevado al campo de las pruebas en los juicios, debía estimarse que no era racional concluir nada sobre la credibilidad de una declaración sin primero haberla recibido, como hacia el sistema de la prueba legal. Por el contrario, sólo una vez presenciada cada prueba (específica y única), podía sacarse alguna conclusión respecto de ella, ya fuera aplicándole las conclusiones obtenidas con anterioridad en casos similares o desechándolas al no ser válidas para ese caso concreto. Por lo tanto, la valoración de la prueba no podía ser legal (por el legislador a priori y en abstracto), sino que judicial (por el juez luego de ver y escuchar las pruebas únicas de cada caso). Así, en la declaración de una madre que era ofrecida para declarar a favor de su hijo, no resultaba lógico inhabilitarla o excluirla sólo porque la experiencia general dijera que “las madres mienten a favor de sus hijos”. Por el contrario, para resolver cualquier asunto relacionado con su credibilidad, la madre debía ser primero escuchada para, luego, y sólo una vez que fuera recibido su testimonio y el de los demás testigos, expertos y prueba material, concluir que, como lo señala la experiencia “esta madre no es creíble y mintió para favorecer a su hijo” o, por el contrario, que esta madre en concreto dijo la verdad cuando declaró en beneficio de su hijo, ya fuera por la consistencia interna de su relato, su consistencia con los demás medios de prueba o por las razones justificadas que fueran aplicables al caso concreto.

A partir de estas ideas comenzó el proceso de alejamiento del sistema de prueba legal y en particular, de la inhabilitación de los terceros interesados y las partes para declarar voluntariamente como testigos. Fue este, sin embargo, un proceso paulatino y con distinto énfasis en el sistema del Common Law y el Europeo-Continental [...].

Propiamente en Costa Rica, el artículo 41.5 del Código Procesal Civil destaca la manera de valorar la prueba:

**41.5 Apreciación de la prueba.** Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.

*La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.*

En relación con dichos modelos de valoración, el jurista Sanabria (2020)<sup>25</sup> indica:

[...]Lo anterior es apenas predictable de los sistemas que implementan la libre valoración probatoria a partir de las reglas de la sana crítica, lo cual, a su vez, permite que los hechos relevantes puedan acreditarse con cualquier medio. A diferencia del sistema de tarifa legal, que pregoná un sistema de prueba taxativo y excluyente de los medios de prueba, el sistema de la libre valoración se cimenta en la libertad probatoria, lo cual indica

25 Sanabria Rodríguez David. Monografía “*La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo*”. Universidad de Externado Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcapcglclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afe5ab3/content. Pp. 19-20.

*que no habría ninguna razón para dejar de lado la declaración de la propia parte, ya que de ser así, simplemente se le daría prevalencia a un sistema de prueba basado en la ley y no en la convicción. [...] lo que favorezca al declarante. Tal y como lo sostiene López, frente a lo cual se está de acuerdo, ha sido la implementación de la oralidad y con ella, la consolidación del sistema de la libre convicción en materia probatoria, lo que ha permitido que la declaración de parte supere todos los escepticismos que se habían erigido frente a su procedencia como declaración libre, tales como: -Las partes no pueden fungir como testigos en su propia causa porque no son terceros ajenos a la causa y por ende, no podrían ser imparciales: una visión reduccionista del testigo como la anterior ha venido evolucionando a otras mucho más amplias que asumen como testigo a la persona (sea cual sea) que haya percibido materialmente la ocurrencia de los hechos. Eso quiere decir que, ex ante, no puede desecharse la procedencia de la declaración de la propia parte, sin perjuicio de la valoración rigurosa que a la que se someterá el dicho, puesto que la parcialidad que le es intrínseca si puede influir en su veracidad. 5 -La única posibilidad para que se legitime la valoración por parte del juez del dicho de las partes radica en que la misma se haya obtenido de manera involuntaria como herramienta para tratar de llegar a una confesión. Frente a esto, es posible decir que la sana crítica indica que la valoración en concreto es una finalidad del proceso actual, de ahí que los hechos que se pretendan probar en cada causa se acrediten a través de cualquier medio. Eso indica que la declaración voluntaria de parte y la declaración forzada no son*

*excluyentes, tal como sucede en Alemania y Francia, donde la declaración de parte puede ser decretada oficiosamente por el juez, puede ser solicitada por la contraparte (interrogatorio para lograr confesión) o puede ser solicitada por la misma parte, sin que exista restricción para que existan dos o más de ellas en un mismo proceso. Según López, eso mismo sucedió con la disposición del artículo 165 del Código General del Proceso. -Los jueces pueden escuchar a las partes a través de sus escritos de demanda y contestación de la misma, es decir, a través del buen o regular trabajo que emprendan cada uno de sus abogados. Es claro que el ordenamiento procesal no considera ni a la demanda ni a su contestación como medios de prueba, sino como necesarios actos procesales, y la verdad es que los abogados no perciben directamente los hechos que son objeto de litigio. De ahí que los hechos narrados en la demanda o la negación de los mismos en la contestación, precisamente se deban acreditar a través de la declaración o el interrogatorio de parte, según el caso. El juez está impedido para dar por probado lo que alegue el litigante en cada uno de sus memoriales sin que se haya acreditado por ningún medio idóneo, salvo en los casos en los que se presume que el abogado tiene facultad para confesar, de claro raigambre legal. [...].*

Partiendo de que Costa Rica tiene un sistema procesal civil basado en la sana crítica, es loable indicar que no debe existir temor en la valoración probatoria de la declaración de parte tanto para lo que le perjudica como en aquello que declare a su favor.

Es usual para las personas juzgadoras tener que valorar testimonios que se encuentran permeados de algún tipo de interés, ya sea porque las personas que testifican son familiares de la parte, tienen algún vínculo sentimental o laboran para la persona que se constituye como parte. En todos estos casos, no existe una tacha automática de la prueba, por el contrario, se admite la prueba bajo las reglas ordinarias y, posteriormente, se valora el testimonio tomando en cuenta a su vez la existencia del interés, por lo que, de igual manera, debe valorarse la declaración de parte, y esa declaración debe ser valorada en sentencia, explicando los motivos por los cuales se le cree a la parte o no.

Por este motivo, los y las profesionales en Derecho que llevan la dirección del proceso deben de igual manera valorar el posible impacto que pueda tener llamar a declarar a la contraparte, por cuanto con la legislación actual, no resulta cierto que solo se toman en cuenta aquellas manifestaciones contrarias a sus intereses.

## **VI.-Conclusiones**

Aunque, históricamente, el medio de prueba denominado declaración de parte es de los más tradicionales, no deja de presentar retos constantes. En Costa Rica, tanto la legislación procesal civil anterior, como la vigente han generado un gran debate.

Ahora bien, con la legislación procesal civil anterior, se mantuvo un bloque interpretativo mayoritario y consistente que optó por denegar el ofrecimiento de la declaración de la propia parte, para darles únicamente validez a las manifestaciones en contrario. Por eso también se prohibió la contrainterrogatoria al momento de evacuarse la probanza. Dicha interpretación lógicamente estaba influencia por un sistema imperantemente escrito.

Sin embargo, la entrada en vigor del actual Código Procesal Civil reabrió un nuevo debate sobre el particular y, en este sentido, es necesario cuestionarse las diversas aristas de la declaración de parte. Dicho análisis debe efectuarse claramente desde lo dispuesto por la normativa procesal sobre dicha probanza; pero de acuerdo con las convenciones internacionales, el sistema procesal oral planteado y los principios probatorios. Además, se debe analizar con una mentalidad despojada de paradigmas, donde se tenga claridad de que la demanda y la contestación son actos procesales de las partes y que no son equiparables a una declaración de parte.

Sin lugar a dudas, al contarse con un sistema oral, con una valoración probatoria regida por la sana crítica y ante un principio de libertad probatoria, no existe motivo alguno para denegar, tachar o no valorar la declaración de la propia parte, ni las manifestaciones externadas tanto en lo que le beneficia como en lo que le perjudica.

Según el derecho a ser oído(a) y a la libertad probatoria, no puede denegarse el ofrecimiento de la propia declaración de parte. Por otro lado, con base en el contradictorio, la igualdad y el derecho a la defensa, tampoco se puede prohibir que ambas representaciones de las partes tengan derecho de interrogar al o a la declarante, dando amplitud al interrogatorio para que este pueda ser dirigido sobre los hechos para los cuales fue ofrecida la declaración.

También cabe recalcar que, dentro de la figura de la declaración de parte, se encuentra subsumido el reconocimiento de los documentos ofrecidos y aportados en el proceso, por lo que no se puede denegar el reconocimiento bajo el pretexto de que no había sido ofrecido expresamente.

Por último, el sistema procesal civil costarricense se despojó de la prueba tasada y, por ende, la valoración de la declaración de parte en lo que

le perjudique se efectúa con base en el artículo 42.2 del Código Procesal Civil; pero para lo que le beneficia conforme a la regla general de la sana crítica del ordinal 41.5 del mismo cuerpo normativo.

## VII.-Bibliografía

### 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.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### Jurisprudencia

Tribunal Segundo Civil. Sección Primera. Voto 380 de las 10 horas 30 minutos del 5 de diciembre de 2003.

### Libros

Olaso Álvarez, Jorge. (2015). *La prueba en materia civil*. 1.<sup>a</sup> edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

González Cano, María Isabel & Romero Pradas, María Isabel. (2017). *La prueba*. Tomo I. *La prueba en el proceso civil*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). *Curso de derecho procesal civil: proceso no contencioso*.

San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

María Isabel González Cano, María Isabel Romero Pradas. (2017). *La prueba*. Tomo I. *La prueba en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch. De chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bdigital.uxternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afc5ab3/content

### Consultas Web

Debido proceso. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N.<sup>o</sup>12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf.

*Diccionario usual del Poder Judicial*. Recuperado de <https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>

Marín Verdugo Felipe. (2010). *Ius et praxis*. V. 16. Talca. Recuperado de [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci\\_arttext&tlang=pt](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122010000100006&script=sci_arttext&tlang=pt)

Pérez Ríos Carlos Antonio. (2019). La declaración de parte en el proceso civil. *Revista de Derecho y Ciencia Política*. UNMSM. Vol. 74. Lima. Recuperado de <https://revistas.infoedutec.com/index.php/unmsm-derecho/article/view/6>

Sanabria Rodríguez David. *Monografía “La declaración de la propia parte. Análisis comparado acerca de las dificultades y ventajas que pueden ser tenidas en cuenta si se le considera como medio de prueba autónomo”*. Universidad de Externado Colombia. Bogotá,

Colombia. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/2454d452-1a96-4bf1-9f63-e3697afc5ab3/contenido

# SINOPSIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL USO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LOS TRIBUNALES PENALES COSTARRICENSES

*Dr. Juan Carlos Morales Jiménez<sup>1</sup>*

## RESUMEN

En un contexto jurídico cada vez más globalizado, fenómenos como la comparación, la influencia y el diálogo entre cortes regionales y nacionales juegan un papel crucial en la definición de estándares mínimos para la resolución de casos internos. Por tanto, en este artículo, se efectúa un recuento sobre el tratamiento que les han dado a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia penal costarricense como un recurso jurídico extrasistémico.

**Palabras clave:** Comparación, influencia, diálogo, sistema, jurisprudencia.

## ABSTRACT

In an increasingly globalized legal context, comparison, influence and dialogue between regional and national courts assume a crucial role in the definition of minimum standards for the resolution of domestic cases, therefore, this article will elaborate a record of the Costa Rican criminal jurisprudence in which reference has been made to the rulings of the European Court of Human Rights as an extra-systemic legal resource.

**Keywords:** Comparison, influence, dialogue, system, jurisprudence.

Recibido: 13 de febrero de 2025 Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

1 Es doctor en Derecho y magister en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia. Además, cuenta con una maestría en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, un diplomado en el Nuevo Derecho Público del Siglo XXI y la Protección Multinivel de Derechos Humanos por la Universidad para la Paz- Universidad de Heidelberg y una especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Correo electrónico: [jmoralesj@poder-judicial.go.cr](mailto:jmoralesj@poder-judicial.go.cr).

## Introducción

No hay duda de que el ordenamiento jurídico-penal costarricense está ampliamente permeado por los estándares desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y nuestro país forma parte de la jurisdicción de este órgano.

Sin embargo, el interés de este artículo es documentar si también se ha acudido a recursos extrajurídicos, concretamente a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para la resolución de casos penales internos.

En este sentido, el artículo se centrará en evaluar si los tribunales penales internos han utilizado estándares derivados de la jurisprudencia del TEDH, de modo que el objetivo por cumplir será ofrecer una respuesta sistematizada al respecto y, para ello, se expondrán los resultados de una revisión de sentencias de la Sala Constitucional (S. IV.) en el ámbito penal, de la Sala de Casación Penal (S.C.P.) y de los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal (T.A.S.P.).

Ahora bien, como parte del panorama que se pretende retratar y de previo al recuento de las sentencias antes referidas, se efectuará el examen básico de algunos de los conceptos que resultan indispensables para comprender la lógica existente en este tipo de procesos donde hay interacciones entre cortes regionales y tribunales internos, a saber, la comparación, la influencia y el diálogo.

### 1. Prolegómenos sobre la comparación, la influencia y el diálogo

Fenómenos como la globalización, la ampliación del acceso, las conexiones digitales entre personas e instituciones de diferentes partes del planeta

y los crecientes intercambios de información especializada y de retroalimentación entre juristas de diferentes países han dado pie a una expansión de las posibilidades interpretativas del derecho y a una pluralidad de puntos de vista a su respecto; es decir, han fomentado la comparación jurídica. A la luz de lo esbozado por Pizzorusso (2020, p. 79), se puede afirmar que la comparación es la que asume *«como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos»*, de modo que se puede hacer un cotejo entre ellos para derivar sus diferencias y sus analogías en cuanto a estructura y disciplina. En consecuencia, la comparación se erige como un método para superar las nociones cerradas del orden jurídico y para contemplarlo, más bien, como un sistema abierto y susceptible a los influjos externos.

Respecto al método comparativo, Pegoraro (2001) señaló que se puede hacer un cruce entre microcomparación y en macrocomparación, en tanto la primera es la que abarca el análisis de aspectos conceptuales, procedimentales, funcionales, institucionales, obligacionales o potestativos específicos que operan en dos o más ordenamientos jurídicos, mientras que la segunda es la que examina de una forma más general las experiencias y las diversidades entre ellos, lo cual es ventajoso para proponer clasificaciones en grupos o familias.

La comparación, entonces, es un método para el análisis de diferentes contextos y modelos jurídicos. De hecho, Morán (2002) sugirió que su utilización podía reforzar los argumentos jurídicos y el conocimiento lingüístico, histórico y sociológico, y tiene la capacidad de enriquecer y fortalecer el derecho interno que sirve para encontrar equivalencias funcionales y categorías jurídicas comunes.

Como se puede derivar de lo señalado, la comparación es una herramienta fundamental para medir cuándo un ordenamiento jurídico

se complementa o robustece con derivaciones de otro, y esto se evidencia cuando normas, prácticas o decisiones que se adoptaron en un determinado contexto se trasladan o repiten en otro. Esto es lo que se conoce como influencia y puede ser cualitativa, por ejemplo, cuando se identifican estándares externos que se injertan argumentativamente en normas o en sentencias internas; o cuantitativa, cuando se hace la inclusión de citas en una sentencia.

En un peldaño más alto que la influencia, se encuentra el diálogo, ya que este involucra interacciones recíprocas entre diferentes cortes o tribunales; es decir, el diálogo es bidireccional y esto lo diferencia de la influencia que suele ser unidireccional.

Siguiendo las posiciones de Garro Vargas (2009) y de Groppi y Lecis Cocco-Ortu (2018), se puede afirmar que un ejemplo de diálogo entre cortes es el que ocurre actualmente entre la Corte IDH, el TEDH y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Miranda Bonilla (2020, p. 223) definió el diálogo como el que ocurre: «*cada vez que, en una sentencia, se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y, por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia*». Este mismo autor agregó que el diálogo existía en dos modalidades, el horizontal (entre órganos del mismo nivel) y el vertical (entre órganos de diferentes niveles y que, además, podía ser ascendiente o descendiente).

En torno a la influencia y al diálogo, lo usual es que los tribunales de un país se nutran de forma sistémica; es decir, en su propio entorno, por ejemplo, en Costa Rica un tribunal penal podría resolver un caso puesto en su conocimiento utilizando insumos derivados de la jurisprudencia

interna y de la propia Corte IDH. Sin embargo, es menos frecuente –aunque posible– la utilización de fuentes extrasistémicas, como lo serían las sentencias del TEDH.

En relación con las fuentes extrasistémicas, Groppi y Lecis Cocco-Ortu (2018, p. 30) las definieron como aquellas que eran *«externas al contexto jurídico de referencia»*. Estas fuentes pueden ser utilizadas por los tribunales internos de un país, porque permiten ampliar o complementar las posibilidades interpretativas del propio ordenamiento y dotar a las personas que administran justicia de una pluralidad de criterios.

Debe aclararse que la utilización de fuentes extrasistémicas no es una obligación ni una necesidad; pero como lo expuso Ragone (2018), sí puede constituir una herramienta importante para sustentar o reforzar un razonamiento jurídico, en el entendido, claro está, de que la persona juzgadora debe verificar que los objetos sean comparables (ejercicio de microcomparación) y que se efectúe un análisis sistemático en aras de materializar una efectiva protección multinivel de los derechos de las personas.

En suma, los tribunales penales costarricenses no están compelidos a hacer alusión a fuentes extrasistémicas; pero estas se pueden utilizar para reforzar, complementar o ampliar argumentos decisivos en determinados casos domésticos, razón por la cual, se puede afirmar que referenciar los precedentes del TEDH no solo es posible, sino también es útil.

Finalmente y como lo aludió Cárdenas Velásquez (2018), los procesos de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional han fomentado la construcción de un *ius constitutionale commune* caracterizado por la inclusión, el pluralismo, el control de convencionalidad y la búsqueda de la

eficacia de las instancias de protección multinivel de los derechos, por lo que, en ese marco, el uso de las fuentes extrasistémicas se puede convertir en una buena práctica.

## **2. Influencia de las sentencias del TEDH en la jurisprudencia penal costarricense**

El ámbito penal costarricense ha sido influenciado por las sentencias del TEDH y esto se ha materializado en la referencia específica de sentencias de esa corte regional por parte de los tribunales nacionales. Este fenómeno se ha puesto de manifiesto en forma de complemento o refuerzo intelectivo y, si bien es cierto que el costarricense no es un sistema basado en precedentes, sino en preceptos generales y codificaciones, como bien lo expresó Gutteridge (2018), si el entuerto no está del todo claro o si se necesita vigorizar un argumento, por lo general, se busca un complemento jurisprudencial.

A continuación, se sistematizan los principales temas en los que se pueden encontrar aportes de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito penal costarricense, para lo cual se resumen las sentencias internas y luego las resoluciones europeas:

### **2.1. Independencia e imparcialidad judicial**

#### **2.1.1. Recuento de jurisprudencia interna en la que se aludió a sentencias del TEDH:**

**Voto n.º 735-2006 de la S.C.P. (9:20 horas del 11 de agosto de 2006):** Se analizó la posibilidad de que un juez de instrucción (figura que se encontraba regulada en el Código de Procedimientos Penales de 1973, pero que fue

eliminada por el Código Procesal Penal de 1998) que había elevado el expediente a juicio podría conformar el tribunal colegiado para la realización del debate en esa misma sumaria. La situación fue resuelta en el sentido de que no era viable para una persona juzgadora tener esa doble participación, no porque en ese momento histórico existiera una causal normativa que lo impidiera, sino porque al elevar el caso a juicio ya había recabado prueba y se había pronunciado sobre la probabilidad de responsabilidad del imputado. Para fundamentar su posición, la S.C.P. tomó como referencia los casos Cianetti contra Italia, Hauschilt contra Dinamarca y Fey contra Austria.

**Voto n.º 570-2011 de la S.C.P. (11:29 horas del 20 de mayo de 2011):** Se cuestionó si existía una violación al principio de imparcialidad, si un juez que había dictado una prórroga de prisión preventiva podía formar parte del tribunal sentenciador. La S.C.P. determinó que el juez en cuestión que había dictado de manera previa una prórroga de la prisión preventiva había efectuado una valoración de las pruebas existentes en el expediente, por lo que, al referirse a ellas y a la probabilidad de comisión de los delitos, había adelantado criterio sobre la responsabilidad penal del imputado. Por consiguiente, sí había una transgresión al principio de imparcialidad. Como parte de sus fundamentos la S.C.P., citó los casos Piersack contra Bélgica, Nortier contra Países Bajos y Saraiva de Carvalho contra Portugal.

**Voto n.º 586-2011 de la S.C.P. (12:04 horas del 20 de mayo de 2011):** Se cuestionó si era posible que una jueza que había resuelto un recurso de apelación contra la prisión preventiva de un imputado podía formar parte del tribunal de sentencia. Al respecto la S.C.P. estableció que, cuando una persona juzgadora participa en este tipo de diligencias, no se quebranta de manera automática el principio de imparcialidad, pero que, en el caso concreto, la jueza sí había hecho un análisis previo de pruebas que constaban en

el expediente y que lo hizo en un grado tal que había podido forjarse un criterio sobre el *thema decidendi* antes de entrar al juicio. En este caso, nuevamente se hizo alusión a los casos Piersack contra Bélgica, Nortier contra Países Bajos y Saraiva de Carvalho contra Portugal.

**Voto n.<sup>o</sup> 733-2013 de la S.C.P. (10:51 horas del 14 de junio de 2013):** En un caso no muy diferente al anterior, se cuestionó si existía violación al principio de imparcialidad si un juez que resolvía un recurso de apelación contra una prisión preventiva podía participar luego en el juicio, por lo que, en esta oportunidad, se reiteraron los lineamientos de los casos Piersack contra Bélgica, Nortier contra Países Bajos y Saraiva de Carvalho contra Portugal, para determinar que el juez sí había comprometido su imparcialidad en la resolución de la apelación al emitir juicios de valor que fueron más allá de un análisis de probabilidad.

**Voto n.<sup>o</sup> 141-2014 del T.A.S.P. de Guanacaste (11:19 horas del 8 de julio de 2014):** El tema analizado fue si una actitud «hostil» por parte de un juez de un tribunal colegiado en debate, frente a algunos testigos a quienes interrogó de manera inapropiada, constitúa una violación al principio de imparcialidad y objetividad, lo cual efectivamente se confirmó, pues el interrogatorio cuestionado provocaba incomodidad en los testigos, era poco objetivo y estaba lleno de apreciaciones y de valoraciones anticipadas. Aquí se citaron como apoyo argumentativo los casos Piersack contra Bélgica y Saraiva de Carvalho contra Portugal.

**Voto n.<sup>o</sup> 750-2016 del T.A.S.P. de Cartago (13:54 horas del 22 de diciembre de 2016):** El reclamo que se formuló fue que, a pesar de que el juicio ya se había cerrado, el tribunal sentenciador ordenó la reapertura del debate para ampliar la declaración de la persona ofendida. Lo que se resolvió fue que, si bien era cierto el instituto de la

reapertura del juicio existía, los tribunales debían recurrir a interpretaciones restrictivas acordes con el principio de convencionalidad y el sistema de derechos humanos, puesto que proponer prueba de oficio comprometía la igualdad de armas y la imparcialidad. Para complementar su argumentación, el tribunal citó el caso Delcourt contra Bélgica.

**Voto n.<sup>o</sup> 284-2018 del T.A.S.P. del III Circuito Judicial de Alajuela (14:05 horas del 8 de junio de 2018):** Lo que se cuestionó fue si el tribunal sentenciador había faltado a su deber de imparcialidad al haber suspendido un debate por su propia iniciativa para darle la posibilidad al fiscal de preparar el interrogatorio que le iba a formular a la víctima, lo cual se ratificó, pues se determinó que, con su actuar, el tribunal no solo le había concedido una ventaja indebida al fiscal, sino también había transgredido la imparcialidad y objetividad. En este voto, se citó el caso Castillo Algar contra España.

**Voto n.<sup>o</sup> 1770-2021 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (13:00 horas del 17 de noviembre de 2021):** Lo que se planteó aquí fue si podía existir una violación a la imparcialidad, porque uno de los jueces del tribunal sentenciador había tomado un papel «protagonico» durante el debate, realizando muchas preguntas a los testigos. Sin embargo, haciendo eco del caso Piersack contra Bélgica, se determinó que, aunque las preguntas fueron amplias, estas tuvieron naturaleza aclaratoria sobre temas que ya habían sido abordados por los declarantes, de manera que esta situación no evidenciaba ningún vicio.

**Voto n.<sup>o</sup> 629-2023 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (16:08 horas del 17 de mayo de 2023) y voto n.<sup>o</sup> 657-2023 de ese mismo tribunal (13:10 horas del 23 de mayo de 2023):** En estos dos votos que versaron sobre situaciones equivalentes, lo que se resolvió fue

que una jueza de segunda instancia que había tenido algunos inconvenientes personales que depararon la apertura de procesos disciplinarios previos con una jueza de primera instancia no podía entrar a resolver las impugnaciones que se habían interpuesto contra el *a quo*, porque se ponía el riesgo la imparcialidad judicial y, para ello, se tomó como uno de los fundamentos el caso Piersack contra Bélgica.

### **2.1.2. Síntesis de las sentencias del TEDH que fueron citadas**

**Delcourt contra Bélgica (17 de enero de 1970):** E. Delcourt había sido sentenciado por varios delitos, presentó impugnaciones, pero ninguna tuvo éxito, por lo que decidió demandar a Bélgica por falta de equidad en el proceso, ya que para la época de los hechos (1965) estaba permitido que el fiscal general presenciara –con voz, pero sin voto– las deliberaciones privadas del Tribunal de Casación. El TEDH recordó el adagio «no solo debe hacerse justicia, sino que debe parecer que se hace». Pero, en el análisis del caso, no encontró infracciones a la imparcialidad porque, en sede de casación, el fiscal general no era el «adversario» del acusado, sino que era un auxiliar y consejero del tribunal, es decir, tenía una función «cuasi-judicial».

**Piersack contra Bélgica (1 de octubre de 1982):** C. Piersack fue condenado por homicidio. Durante la instrucción participó como fiscal P.V.W. y luego esta misma persona tomó cargo como juez. En el juicio, el tribunal estuvo presidido por P.V.W. El demandante recurrió la sentencia, pero no tuvo éxito a nivel interno. El TEDH refirió que la imparcialidad del tribunal se definía desde un punto de vista subjetivo (si en la convicción personal de un juez había algún prejuicio o noción preconcebida, en tanto se presumía la imparcialidad salvo prueba en contrario) y uno objetivo (si el juez ofrecía las

garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable de su imparcialidad), de manera que aunque no existía ninguna prueba de que P.V.W. haya tenido alguna convicción parcializada o preconcebida, sí podían surgir dudas válidas de su imparcialidad desde la perspectiva del acusado. Entonces, Bélgica violó el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

**Hauschildt contra Dinamarca (24 de mayo de 1989):** M. Hauschildt fue procesado por estafa y fraude fiscal, entre otros delitos. Durante la instrucción de su caso, fue privado preventivamente de su libertad, y la medida fue prolongada en diferentes ocasiones por el juez C. L., quien además resolvió sobre órdenes de incomunicación y solicitudes de información a otros países. En el juicio, el juez C. L., junto con otros dos letrados, formó parte del tribunal que declaró culpable a Hauschildt, quien acudió al TEDH. En este caso, se recurrió al «*test*» subjetivo y objetivo de imparcialidad. Sobre el primero, se reiteró que había que analizar si el juez tenía una convicción personal preconcebida y, en ese sentido, no existía prueba en el caso de Hauschildt de que así fuera. Sin embargo, en cuanto al segundo, correspondía evaluar si el tribunal ofrecía garantías suficientes para excluir dudas legítimas sobre su imparcialidad y, si bien, no se podía establecer como regla que cualquier pronunciamiento previo de un juez en un determinado caso podía soslayar su imparcialidad. En este, sí había ocurrido porque en su resolución de medidas cautelares, C.L. había utilizado preceptos alusivos a una «sospecha particularmente confirmada» y a un «muy alto grado de claridad» en la culpabilidad de Hauschildt, lo cual se replicó en la sentencia.

**Fey contra Austria (24 de febrero de 1993):** H. J. Fey fue sentenciado por estafa. El proceso inició en la localidad de Innsbruck. Pero el juez de ese lugar realizó una instancia rogatoria para

que en el tribunal de Zell am Ziller se tomara una declaración de la ofendida, lo cual efectivamente se hizo ante la jueza A.K. Luego, por cuestiones de competencia, el caso se trasladó hasta Zell am Ziller donde se realizó el debate con la participación unipersonal de la jueza A.K. Fey demandó a Austria por considerar que no había tenido un juicio justo por la participación previa y luego en juicio de A.K. El TEDH aplicó la evaluación de la subjetividad y de la objetividad de la imparcialidad, recalando que no existían pruebas de que la jueza A.K. haya aplicado prejuicios o ideas preconcebidas y que, si bien ya había oído a la ofendida, lo hizo ante una solicitud de otro juez y no tuvo como objetivo examinar las acusaciones en contra de Fey.

**Nortier contra Países Bajos (24 de agosto de 1993):** H. E. Nortier fue procesado por una infracción penal cuando era menor de edad. En el proceso, el juez penal juvenil M. fue el encargado del dictado de las resoluciones de medidas cautelares y también ordenó realizar un examen psiquiátrico para el acusado. El juicio también le correspondió a M., quien decretó el internamiento de Nortier en una institución psiquiátrica. Nortier demandó a los Países Bajos porque a M. le correspondió conocer el proceso de extremo a extremo. Sin embargo, el TEDH discurrió en que no había justificación válida para los temores del demandante, pues las resoluciones que había dictado el juez durante la instrucción no habían tenido ninguna aproximación con el fondo del asunto y no prejuzgaban sobre su responsabilidad.

**Saraiva de Carvalho contra Portugal (22 de abril de 1994):** O. Saraiva de Carvalho fue acusado y sentenciado por haber formado parte de un grupo terrorista denominado «*Fuerzas Populares 25 de abril*». Durante la instrucción del caso, el juez A. S. dictó el «*despacho de pronúncia*» que acogía un informe fiscal y una medida cautelar. Posteriormente, A. S. integró el tribunal junto con otras dos personas. Saraiva

de Carvalho impugnó la sentencia en lo interno, pero su reclamó no prosperó. El TEDH determinó que no se había transgredido el artículo 6.1. del CEDH, porque no había pruebas de que A. S. había actuado con base en prejuicios o ideas preconcebidas («*test*» subjetivo), así como tampoco había criterios para que surgieran dudas razonables sobre su objetividad («*test*» objetivo).

**Castillo Algar contra España (28 de octubre de 1998):** R. Castillo Algar fue procesado por un tribunal militar integrado por tres jueces entre los que estaban E.S.G. y R.V.P., quienes previamente habían rechazado un recurso de apelación en contra de un auto de procesamiento. El TEDH reiteró que la imparcialidad tenía que analizarse desde el punto de vista subjetivo y del objetivo, concluyendo que, en el caso en particular, no existían pruebas para presumir que los jueces hayan actuado con base en algún prejuicio o preconcepción sobre la culpabilidad de Castillo Algar. Sin embargo, en lo relativo al «*test*» objetivo, aunque no era una regla que un pronunciamiento de un juez en un proceso implicara *per se* una pérdida de imparcialidad, en este caso, los jueces habían tenido una participación muy activa en momentos diferentes, y esto sí había generado al menos la sospecha de parcialidad.

**Cianetti contra Italia (10 de noviembre de 2004):** A. Cianetti fue procesado por varios delitos mientras trabajaba en una universidad, por lo que fue puesto en prisión preventiva, pero luego fue liberado, y la fiscalía solicitó una suspensión de funciones, pero el juez de instrucción lo rechazó. El ente fiscal apeló y, por orden de otro tribunal con los jueces «Y» y «Z», se suspendió de funciones a Cianetti. En el juicio, el tribunal estuvo conformado por los jueces «Y», «Z» y otra persona. Cianetti fue condenado por algunos hechos y absuelto por otros. El TEDH reiteró que la imparcialidad debía evaluarse desde lo subjetivo y lo objetivo,

de modo que, aunque no había indicativos de prejuicios de los jueces, sí había razones para dudar de la imparcialidad, porque dos de ellos ya habían analizado la conveniencia de suspender a Cianetti, y allí examinaron datos y pruebas de relevancia sustantiva.

## **2.2. Debido proceso, actividad probatoria y defensa**

### **2.2.1. Jurisprudencia costarricense en la que se aludieron sentencias del TEDH**

**Voto n.<sup>o</sup> 12090-2009 de la S.IV. (14:40 horas del 31 de julio de 2009) y voto n.<sup>o</sup> 531-2017 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (11:30 horas del 8 de mayo de 2017):** En el voto de la S.IV., lo que se resolvió fue que el instituto procesal del criterio de oportunidad no era constitucional y que tampoco se quebrantaba ningún principio porque no hubiera impugnaciones en contra de su concesión, para lo cual se referenciaron los casos Klass y otros contra Alemania, Kostovski contra Países Bajos y Windisch contra Austria. Por su lado, el T.A.S.P. determinó que, si bien el Ministerio Público era el que negociaba un criterio de oportunidad, el tribunal de instancia era el que examinaba su validez y, dentro de ese análisis, tenía que valorar si el «testigo de la corona» tenía el mismo nivel de reprochabilidad que el imputado procesado, o uno menor, en especial porque en el caso en concreto se presentaba una particularidad en torno a la condición de migrante del «testigo de la corona» y la imposibilidad de su enjuiciamiento. Para fundar su resolución, el T.A.S.P. acudió al caso Kostovski contra Países Bajos.

**Voto n.<sup>o</sup> 504-2017 del T.A.S.P. de Cartago (11:30 horas del 22 de septiembre de 2017):** La fiscalía impugnó una sentencia absolutoria esgrimiendo que el *a quo* efectuó una errónea y contradictoria

valoración de la prueba. No obstante, el T.A.S.P. explicó que la sentencia no contenía los vicios alegados y que más bien acceder a la pretensión del apelante en el sentido de que debían valorarse los informes policiales y las declaraciones de los policías actuantes para darles validez a supuestos relatos de terceras personas que no participaron en el juicio implicaba una introducción indirecta de testimonios que no se rindieron durante el contradictorio y que nunca fueron sometidos al escrutinio de la defensa. En este caso, se hizo alusión a las sentencias Kornev y Karpenko contra Ucrania, Caka contra Albania, Guilloury contra Francia, Lucà contra Italia, Vidgen contra Países Bajos, Doorson contra Países Bajos, V.D. contra Rumanía, Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido y Gani contra España.

**Voto n.<sup>o</sup> 57-2024 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (13:25 horas del 16 de enero de 2024):** En un caso donde se había absuelto a una persona por un delito de legitimación de capitales, la fiscalía apeló la sentencia por considerar inadecuada la fundamentación del *a quo*. El T.A.S.P. acogió la apelación y detalló que, si bien al ente fiscal le correspondía probar los hechos acusados, el imputado no estaba exento de explicar razonablemente el origen de su dinero y que esto no era una inversión de la carga de la prueba. Para fundamentar su posición, el *ad quem* hizo referencia a la «doctrina Murray» aplicada en el caso Zschüschen contra Bélgica, aunque realmente esta teoría se acuñó desde el caso Murray contra el Reino Unido de 1996.

### **2.2.2. Recapitulación de las sentencias citadas del TEDH**

**Klass y otros contra Alemania (6 de septiembre de 1978):** J. Nussbruch era un juez y G. Klass era fiscal, mientras que P. Lubberger, H.J. Pohl y D. Selb eran abogados litigantes. Todos ellos demandaron a Alemania porque consideraban

que el artículo 10.2. de la «Ley Fundamental» así como la Ley para Proteger el Secreto de las Cartas, Correos y Telecomunicaciones de 1968 eran contrarios al CEDH, porque permitían la intervención de comunicaciones sin que existiera ninguna obligación de las autoridades de avisar *a posteriori* a los sujetos intervenidos que habían sido objeto de este tipo de prácticas. El TEDH no encontró violaciones porque, al ser intervenciones secretas, el individuo no podía oponerse *ex ante*. Pero tampoco halló una transgresión por la no comunicación ulterior o por la imposibilidad de interponer recursos, en tanto el peligro que generó la intervención podía perdurar en el tiempo.

**Kostovski contra Países Bajos (20 de noviembre de 1989):** S. Kostovski fue sentenciado en Países Bajos por la comisión de varios delitos y además estaba siendo solicitado por Suecia para cumplir otra sanción. Durante la instrucción, las autoridades neerlandesas contaron con informaciones de testigos anónimos, pero estos no fueron escuchados en el juicio y, por tanto, no pudieron ser interrogados por la defensa. Únicamente, se admitieron como prueba las actas de sus declaraciones y las manifestaciones de los policías y de los jueces que los entrevistaron. El TEDH consideró que había una violación al artículo 6 del CEDH porque la regla general es que tienen que practicarse las pruebas en audiencia pública frente al acusado, lo que implicaba que solo era posible utilizar declaraciones brindadas en otros momentos si se ha respetado el derecho de oponerse y de interrogar al testigo. En este caso, el anonimato de los testigos impidió probar si estas personas eran parciales o si se les podía dar credibilidad, lo cual también afectó al acusado y al tribunal, ya que no se pudo apreciar el comportamiento de los testigos y, por tanto, tampoco se pudo formar un criterio válido respecto a su veracidad.

**Windisch contra Austria (27 de septiembre de 1990):** H. Windisch demandó a Austria porque

fue condenado por un robo en la región del Tirol con base en declaraciones de dos testigos anónimos que dijeron que lo habían reconocido como una de las personas que había pasado junto a ellos en una camioneta la noche del robo con el rostro cubierto con un pañuelo. Estos testigos no fueron llevados al juicio ni fueron interrogados por la defensa. El TEDH concluyó que, si bien durante el juicio contra Windisch, se contó con las declaraciones de las personas que habían entrevistado a los testigos anónimos, ello no sustituía la necesidad de interrogarlos directamente. Además, al desconocer la identidad de los testigos, la defensa tenía una desventaja insuperable frente a la acusación. El TEDH advirtió que la garantía de una correcta Administración de Justicia no se podía sacrificar en una sociedad democrática, aunque los testigos tuvieran motivos para no querer ser reconocidos, máxime porque, en el caso concreto, las únicas pruebas directas eran las declaraciones de estos anónimos.

**Doorson contra Países Bajos (26 de marzo de 1996):** D.W. Doorson fue procesado por tráfico de estupefacientes y, en la fase de investigación, se recibieron declaraciones de dos testigos anónimos. Tras el juicio, se rechazó la solicitud de devolver el caso a la instrucción, pero en apelación de sentencia, sí se le dio la posibilidad a la defensa técnica de interrogar a los testigos. El TEDH no encontró violaciones porque el procedimiento realizado en lo interno del país había supuesto una compensación suficiente de los obstáculos para la defensa, ya que, en sede de apelación, se le permitió al abogado defensor interrogar a los testigos y se valoró su credibilidad, por lo que, en este caso, se habían ofrecido los contrapesos suficientes para garantizar la defensa, aunado a que había más pruebas incriminatorias.

**Lucà contra Italia (27 de febrero de 2001):** N. Lucà fue condenado por tráfico de estupefacientes. Ante el TEDH, Lucà alegó que había sido

sancionado con base en las declaraciones que había dado un coimputado en un proceso previo y conexo, pero que nunca tuvo la oportunidad de interrogarlo. El TEDH confirmó que las declaraciones esenciales contra Lucà habían sido hechas en otro proceso. Además, en el debate, ese coimputado que había hecho las declaraciones previas se abstuvo de declarar. El TEDH reiteró que, aunque era posible recaudar testimonios en la fase de investigación, esto no puede hacerse restringiendo el derecho de defensa, a lo que agregó que, si bien las personas imputadas podían acogerse a su derecho de abstenerse de declarar en un juicio, en este caso, ese coimputado que declaró previamente contra Lucà lo que había rendido era un testimonio de cargo en strictu sensu, por lo que, a su respecto, concurrían las garantías de examen y contraexamen, y esto no se hizo. Por tanto, se violó el artículo 6 del CEDH en sus acápite 1 y 3.

**Guilloury contra Francia (22 septiembre de 2006):** A. Guilloury fue sancionado por la comisión de los delitos sexuales contra menores. En alzada, Guilloury solicitó que se le permitiera presentar varios testigos. Pero su solicitud fue rechazada porque no había aprovechado la oportunidad que había tenido de hacerlo en primera instancia. Ante el TEDH, Guilloury alegó que no tuvo un juicio justo, que fue juzgado con base en declaraciones recogidas en la fase de investigación, que no se le podía culpar por no haber presentado a los testigos en primera instancia y, aunque fuera en segunda instancia, le era fundamental que se le concediera la posibilidad de interrogarlos. El TEDH determinó que Guilloury nunca tuvo la posibilidad de interrogar a los testigos que rindieron declaraciones en momentos previos al juicio, ni tampoco a los que había ofrecido en segunda instancia, por lo que el derecho de defensa sí había sido vulnerado.

**Caka contra Albania (8 de marzo de 2010):** L. Caka fue sentenciado por el homicidio de

un particular y por la tentativa de homicidio de cuatro policías. En el caso del homicidio contra el particular, hubo tres testigos que supuestamente estuvieron en la escena, pero sus declaraciones fueron tomadas durante la investigación y ninguno testificó ante el tribunal. En lo que correspondió al hecho contra los policías, estos declararon ante el tribunal de Berat. Pero luego esas declaraciones fueron transferidas al tribunal de Fier –que era donde se estaba juzgando a Caka-. Sin embargo, este despacho omitió recibir los testimonios de estas personas y emitió la sentencia a pesar de que Caka había solicitado expresamente interrogar a uno de estos policías, de que había ofrecido testigos de descargo y de que había solicitado que otros testimonios que habían sido ofrecidos a su favor en Berat fueran valorados. El TEDH señaló que, aunque no podía especular sobre la importancia de las pruebas ofrecidas por Caka, estas habían sido descartadas sin justificación y eran relevantes para la defensa, ergo, su omisión por parte de las autoridades representaba una falta de diligencia que afectaba a la defensa.

**V. D. contra Rumanía (28 de junio de 2010):** V. D. fue sancionado por la comisión de una violación y un robo agravado. No obstante, alegó que no contó con la asistencia de un defensor adecuado, no se gestionaron apropiadamente las pruebas, no se tomaron huellas dactilares del lugar del robo y no se realizaron pruebas de ADN para acreditar la violación contra la víctima, quien era una persona adulta mayor y senil. El TEDH le dio la razón a V. D. en algunos puntos, el más importante fue que la víctima de la violación falleció antes del juicio, por lo que la única prueba de la supuesta violación había sido una manifestación de la ofendida ante la fiscalía que se había consignado por escrito, por lo que la defensa no había contado con garantías suficientes para ejercer un contraexamen. Pero no solo eso, sino que la realización de una prueba de ADN pudo haber confirmado, o no, la versión de

la víctima, empero a pesar de las solicitudes de la defensa, esto no se hizo.

**Kornev y Karpenko contra Ucrania (21 de enero de 2011):** D.Y. Kornev fue acusado por venta de droga, y L.I. Karpenko era su defensora. En mayo de 2003, una colaboradora policial confidencial apodada «Sra. Shch» le compró cuatro gramos de cannabis a Kornev, de modo que este fue detenido y, cuando se revisó su vivienda por parte de las autoridades, se encontraron otros veinte gramos. Kornev solicitó que se citara a la «Sra. Shch» a juicio porque creía que se trataba de la «Sra. M», quien era una compañera suya de clase, pero que, si eran personas diferentes, entonces debía citarse a la «Sra. M» porque su versión era importante. Pero sus solicitudes fueron rechazadas. El TEDH recalcó que la regla era que todas las pruebas se evacuaran en audiencia pública frente al imputado y, aunque podrían haber excepciones, estas no podían vulnerar el derecho de la defensa de interrogar a un testigo de cargo. Sobre este mismo punto, cuando una sentencia condenatoria se basa de modo único o en un grado decisivo en declaraciones hechas por alguna persona que no fue interrogada por la defensa, ya sea durante la investigación o en el juicio, entonces se habrá restringido el derecho de defensa hasta un grado incompatible con las garantías ofrecidas por el artículo 6 del CEDH.

**Al-Khawaja y Tahery contra el Reino Unido (15 de diciembre de 2011):** I. Al-Khawaja fue sentenciado por dos infracciones a la moral, mientras que A. Tahery lo fue por unas lesiones corporales graves. A pesar de tratarse de casos diferentes, sus alegatos para demandar al Reino Unido fueron símiles, Al-Khawaja reclamó que una de las personas ofendidas murió antes del juicio, y la declaración que había ofrecido en la instrucción solo fue leída ante el jurado. Por su parte, Tahery alegó que fue condenado a pesar de que el testigo principal no se presentó al juicio, y su declaración solo fue leída ante el jurado. El

TEDH concluyó que las condenas se basaron de modo decisivo en declaraciones que fueron leídas y, si bien a veces era posible recabar declaraciones en etapas preliminares, debía garantizarse la posibilidad de que la defensa contara con los contrapesos suficientes para ejercer sus derechos. En consecuencia, se violó el artículo 6, apartados 1 y 3, del CEDH.

**Vidgen contra Países Bajos (10 de octubre de 2012):** N.O. Vidgen fue sentenciado por traficar drogas, sin embargo, la principal prueba en su contra era la declaración que había hecho un coimputado ante las autoridades de Alemania. Cuando ese otro sujeto fue llevado a Países Bajos, se abstuvo de declarar. El TEDH reflexionó en torno a que no se podía utilizar en contra de Vidgen que un coimputado hubiera decidido no declarar en el juicio. Asimismo, advirtió que la declaración ofrecida por el coimputado en Alemania había sido fundamental para la condenatoria, de hecho, era la prueba única en su contra y, por tanto, su valor era decisivo, lo cual había generado una desventaja para la defensa.

**Gani contra España (9 de septiembre de 2013):** L. Gani fue denunciado por la señora N. por delitos de lesiones, secuestro y violación. N. rindió una declaración en la etapa de investigación que se registró por escrito. Al momento del juicio, N. empezó a contestar preguntas de la fiscalía, pero, en un momento, su declaración tuvo que interrumpirse por un episodio de estrés postraumático. A la ofendida se le dio atención psicológica, y la audiencia se aplazó. Pero, para ese otro momento, tampoco se pudo continuar con la declaración de N., por lo que el tribunal tomó la decisión de suplirla con la lectura de la manifestación que había rendido durante la investigación. El TEDH señaló que la regla era que las pruebas de cargo debían reproducirse frente al imputado, pero que, en este caso, no se podía hablar de una falta de diligencia por parte de las autoridades, ni tampoco se había producido un

desbalance en el ejercicio del derecho de defensa, porque lo sucedido con N. se justificaba en criterios técnicos sobre la presencia del trastorno de estrés postraumático. Pero, no solo eso, sino que en la etapa de investigación, se le había dado la oportunidad al defensor de Gani para hacerle preguntas a N., pero este no se hizo presente, en suma, no se encontró violación al CEDH.

**Zschüschen contra Bélgica (2 de mayo de 2017):** S. M. Zschüschen fue condenado por un delito de blanqueo de dinero. El planteamiento del demandante fue que su condena se produjo porque no había explicado el origen de ciertos dineros en su cuenta bancaria. Sin embargo, el TEDH explicó que el imputado decidió permanecer en silencio durante el juicio, por lo que su negativa a explicar no fue en sí misma la causante de la condena, pues su culpabilidad se basó en un conjunto de pruebas, por eso su silencio simplemente la corroboró y esa deducción no constituía en sí misma una violación de su derecho a guardar silencio y a no incriminarse, por lo que declaró la demanda manifiestamente inadmisible.

### **2.3. Plazos razonables y retardo de justicia**

#### **2.3.1. Jurisprudencia costarricense en la que se aludió a sentencias del TEDH**

**Voto n.º 869-2012 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (14:50 horas del 7 de mayo de 2012):** La fiscalía presentó una solicitud de prórroga de prisión preventiva en contra de la persona imputada en virtud de que los plazos ordinarios ya se habían agotado. No obstante, la defensa se opuso argumentando que las circunstancias que estaban extendiendo la duración del proceso correspondían al retardo que se estaba generando en la propia Corte Suprema

de Justicia por no haber resuelto un conflicto de competencia. El T.A.S.P., haciendo referencia a los casos *Zimmermann y Steiner contra Suiza y Lechner y Hess contra Austria*, señaló que, para la determinación del retardo de justicia, había que hacer un examen de la complejidad del caso, de la actividad de las partes y del promedio de tiempo en el que se resolvían los demás asuntos penales ordinarios, de modo que llegó a la conclusión de que el caso en particular no había sobrepasado los límites promedio de los asuntos ordinarios que se encontraban en etapa de impugnación.

**Votos del T.A.S.P. de Guanacaste: n.º 400-2023 (8:10 horas del 25 de agosto de 2023); n.º 416-2023 (14:35 horas del 7 de septiembre de 2023) y n.º 419-2023 (8:30 horas del 11 de septiembre de 2023):** El contenido de estos votos es bastante similar, ya que todos versan sobre casos en los que el Ministerio Público solicitó prórrogas extraordinarias de prisión preventiva ante la superación de los plazos ordinarios, por lo que al tamiz de las particularidades de cada uno de los asuntos, lo que se determinó fue que en todos se mantenían incólumes los peligros procesales y las razones por las que se había impuesto originalmente la medida cautelar de privación de libertad, así como que superaban el análisis del principio de proporcionalidad. En cada uno de los anteriores votos, se agregó una referencia al caso *Tričković contra Eslovenia*.

#### **2.3.2. Resumen de las sentencias del TEDH citadas**

**Zimmermann y Steiner contra Suiza (13 de julio de 1983):** W. Zimmermann y J. Steiner eran arrendatarios de apartamentos en Zurich-Kloten, de hecho, vivían cerca del aeropuerto. En 1974, le plantearon una solicitud al cantón de Zúrich para que los compensara por el ruido y la contaminación

del tráfico aéreo, lo cual les fue denegado, pero los procesos internos no terminaron hasta 1980. El TEDH recalcó que la valoración del plazo razonable que podía durar un proceso dependía de la complejidad del caso, de la conducta de los demandantes, de la conducta de las autoridades y de lo que estaba en juego durante la tramitación del asunto. En el caso en concreto, se determinó que no existía un grado adicional de complejidad en la causa. Además, los demandantes no provocaron atrasos, entonces, no era viable justificar los retardos con base en estadísticas que acreditaban la sobrecarga de trabajo de los despachos judiciales; a contrario sensu, el Estado debió implementar medidas para superar esos atascos.

**Lechner y Hess contra Austria (23 de abril de 1987):** La pareja de S. y R. Lechner junto con la madre de esta última, R. Hess, compraron una casa en 1970 en Viena. Sin embargo, hubo diversas desavenencias relacionadas con la habitabilidad del inmueble que involucraron procedimientos administrativos, civiles y penales. El proceso civil inició en 1972 y culminó en 1980, mientras que el proceso penal inició en 1973 y terminó en 1976. Los demandantes argumentaron ante el TEDH que la duración de los procesos excedió los plazos razonables. Lo que se determinó aquí fue que los casos no tenían dificultades jurídicas especiales y que, si bien las partes complicaron el litigio y contribuyeron con la duración de los procesos, hubo atrasos injustificables en la tramitación efectuada en los despachos judiciales, lo cual incidió en una falta de garantía de una adecuada administración de justicia.

**Tričković contra Eslovenia (27 de marzo de 2002):** L. Tričković trabajaba como técnico médico en el ejército de Yugoslavia, destacado en Liubliana. Cuando el ejército federal se retiró de

Eslovenia, Tričković fue declarado discapacitado, y las autoridades en Belgrado acordaron otorgarle una pensión por invalidez con pagos anticipados entre 1991 y 1992. Sin embargo, en ese contexto, ocurrió la separación de Yugoslavia y Tričković tuvo que plantear procesos internos en Eslovenia hasta que, en 1997, le fueron rechazados en definitiva. Tričković demandó a Eslovenia por denegación de justicia. Pero el TEDH desestimó su demanda, primero, porque el caso era complejo (abordaba problemas devenidos de la disolución de Yugoslavia); segundo, porque un atraso judicial no implicaba necesariamente una violación al derecho internacional por parte del Estado; tercero, porque se debía tomar en cuenta el grado de diligencia de una correcta administración de justicia; y cuarto, porque la razonabilidad de la duración de un proceso tenía que evaluarse según cada caso.

## **2.4. Secreto de las comunicaciones, privacidad y protección de datos**

### **2.4.1. Jurisprudencia costarricense en la que se referenciaron sentencias del TEDH**

**Voto n.º 10-2012 del T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José (10:15 horas del 11 de enero de 2012):** Este no es un voto en el que se resolvió el fondo de un asunto en particular, sino que fue una consulta de constitucionalidad en cuya fundamentación se aludió a los parámetros fijados en los casos Valenzuela Contreras contra España y Malone contra el Reino Unido para cuestionar si la práctica de la fiscalía de realizar el secuestro y registro del listado de llamadas de un determinado número telefónico (denominados comúnmente «rastreos telefónicos»), sin contar con la orden de un juez, resultaba coherente con la protección constitucional de la intimidad en el entendido de que se estaban utilizando artificios técnicos bajo un control especializado para captar

los números telefónicos que se contactaban. Esta consulta fue resuelta por la S. IV. mediante el voto –de mayoría– n.º 2509-2012 (de las 16:02 horas del 22 de febrero de 2012) en el que estableció que la práctica cuestionada no vulneraba la protección constitucional de la intimidad, porque la información que se obtenía de esa forma solo consistía en la fecha, la hora y la duración de las llamadas, sin afectar la privacidad de las conversaciones.

**Voto n.º 408-2013 de la S.C.P. (11:45 horas del 2 de abril de 2013):** En un procedimiento especial para el juzgamiento de miembros de los supremos poderes, la fiscalía planteó un recurso de revocatoria en contra de una resolución que denegó la apertura del equipo de cómputo que había sido decomisado a la secretaría de un diputado para tratar de ubicar un supuesto correo electrónico. La S.C.P. declaró el recurso inadmisible pero advirtió que, al momento de la realización de ese decomiso, hubo irregularidades, no se contó con la autorización del imputado y tampoco de la persona destinataria del mensaje. Del mismo modo, añadió que no podía pretenderse buscar un único correo electrónico porque la apertura del equipo implicaba imponerse de toda la información allí contenida, hasta la de carácter privado y, además, que la información digital era privada por pertenecerle a su titular con independencia de que el equipo de cómputo sea propiedad del Estado. Para fortalecer sus argumentos, la S.C.P. hizo referencia al caso Lambert contra Francia.

**Voto n.º 12771-2016 de la S. IV. (9:00 horas del 7 de septiembre de 2016):** Se le planteó a S. IV. una consulta sobre la constitucionalidad del Reglamento de Actuaciones para el Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones, específicamente en torno a que los funcionarios allí autorizados, analistas y personal de apoyo del Centro Judicial de Intervención tuvieran acceso directo a las comunicaciones que surgían de una

intervención por delegación del juez. La S. IV. concluyó que se cumplían los requerimientos constitucionales siempre y cuando fuera una persona juzgadora la que tuviera el control de la intervención, por lo que era factible que una persona auxiliar pudiera hacer la escucha siempre que guardara el secreto y la confidencialidad. Como parte de los insumos para fundamentar esta decisión, se hizo referencia a los casos Klass y otros contra Alemania (ya resumido líneas atrás), Malone contra el Reino Unido, Huvig contra Francia y Kruslin contra Francia.

#### **2.4.2. Síntesis de las sentencias del TEDH citadas**

**Malone contra el Reino Unido (2 de agosto de 1984):** J. Malone comerciaba con antigüedades, por lo que se le llegó a procesar por la supuesta recepción de objetos robados, hechos por los que al final fue absuelto. No obstante, la Policía había obtenido pruebas a partir de la interceptación de una llamada telefónica. El Estado alegó que esta interceptación se justificaba en la calidad de sospechoso de Malone y en la existencia de una orden del secretario de Estado para la Prevención y Detección de Delitos (Poder Ejecutivo). Malone alegó que su teléfono no solo había sido intervenido, sino también «medido» (la medición era un proceso mediante el cual la oficina de correos registraba los números marcados por un teléfono, así como la hora de la llamada y su duración). El TEDH recalcó que, si bien la legislación interna en aquel momento no obligaba a que se contara con una orden de intervención emitida por una autoridad judicial, tal legislación no era clara porque contenía verbos y conceptos abiertos que permitían diversas interpretaciones, lo que implicaba una falta de claridad en contra del ciudadano y un margen de discrecionalidad demasiado abierto para las autoridades, lo cual era contrario a un Estado de derecho y violaba el artículo 8 del CEDH. En cuanto al proceso de

«medición», el TEDH dictaminó que no existían normas internas que limitaran el acceso de la Policía a estos registros de la oficina de correos, por lo que la falta de regulaciones restrictivas hacia que tal injerencia no fuera conforme a derecho.

**Huvig contra Francia (24 de abril de 1990):** J. Huvig y J. Huvig-Sylvestre fueron condenados por diversos delitos. Durante la investigación, las autoridades procedieron a interceptar y transcribir sus conversaciones telefónicas durante un lapso de 28 horas. El análisis del caso por parte del TEDH se hizo por niveles, primero se examinó la previsión legal de la intervención de las comunicaciones y se determinó que esta sí tenía fundamento en el derecho interno francés. Pero, en un segundo nivel, se estableció que la calidad de la ley no era la requerida, ya que, a la vista de los ciudadanos, no era previsible en cuanto al sentido y la naturaleza de las medidas aplicables; en otras palabras, no establecía límites y dejaba un espacio de arbitrariedad sumamente amplio para las autoridades. El TEDH reprochó que la ley en cuestión no individualizaba a quiénes se les podía someter a una intervención telefónica. Tampoco indicaba cuáles delitos podían justificar una intervención de esta magnitud, aunado a que no establecía límites en torno a la duración de la medida y, finalmente, no expresaba las formas o las precauciones que se debían seguir para la obtención, consignación y transmisión de la información de interés.

**Kruslin contra Francia (24 de abril de 1990):** Dentro de la causa penal llamada «Baron» figuraba como sospechoso D. Terrieux, en contra de quien se ordenó una intervención telefónica al número asociado a su vivienda, con la particularidad de que en esa casa también se alojaba J. Kruslin, quien, en ocasiones, utilizaba el teléfono. En una oportunidad, Kruslin mantuvo una conversación telefónica con otra persona y, de acuerdo con la Policía, en ella se hizo referencia

a otra investigación conocida como la «*Gerbe d'Or*», todo lo cual deparó la posterior detención y condena penal de Kruslin. El alegato de Kruslin fue que las escuchas telefónicas provenientes de otras investigaciones no podían ser utilizadas en su contra. El TEDH determinó que, si bien en Francia se seguía el sistema de libertad probatoria, en el caso concreto, se tenía que hacer el análisis de la previsión legal y de la finalidad y necesidad de la intervención. Se concluyó que la ley no cumplía los estándares convencionales porque no era clara en cuanto a sus circunstancias y condiciones. Es decir, no detallaba a quién se podía someter a una intervención, no definía cuáles delitos justificaban la intervención, no había límites temporales y no existían reglas sobre cómo recoger y transmitir la información.

**Valenzuela Contreras contra España (30 de julio de 1998):** M. y R. interpusieron una denuncia por llamadas y cartas ofensivas que provenían de un desconocido. Como parte de la investigación, se intervino su línea telefónica y se determinó que el número utilizado para hacer las llamadas le pertenecía a la compañía W., de modo que surgieron cinco sospechosos, dentro de los que estaba C. Valenzuela Contreras. Posteriormente, se hizo apertura de documentos y libros de correspondencia, se interceptó y abrió correspondencia y hubo monitoreos telefónicos, lo que colocó a Valenzuela Contreras como el principal sospechoso y como tal fue procesado y condenado por injurias y amenazas. Valenzuela Contreras alegó ante el TEDH que las intervenciones de las que fue objeto no estaban reguladas en una ley previsible y clara, que el sistema de vigilancia de las comunicaciones era genérico e ilimitado y que, en su caso, no hubo control jurisdiccional. El TEDH concluyó que, si bien existía una base legal en España, esta no cumplía el requisito de previsibilidad porque la norma no definía las categorías de personas, cuyas líneas telefónicas podían ser intervenidas, tampoco la naturaleza de los delitos que podían

dar lugar a esa intervención, mucho menos la duración de esas medidas ni el procedimiento de transcripción, uso y destrucción de las grabaciones realizadas. Por tanto, sí hubo una violación al artículo 8 del CEDH.

**Lambert contra Francia (24 de agosto de 1998):** Un juez de instrucción ordenó escuchas telefónicas en contra de R. B., pero, como parte de esa intervención, se determinó que el que estaba usando la línea era otra persona, M. Lambert, a quien se le ligó con el encubrimiento de varios robos, por lo que fue procesado y sentenciado. Lambert cuestionó la legalidad de la intervención telefónica. Entonces, el TEDH reconoció que Francia ya había corregido su legislación según las sentencias Huvig y Kruslin, pero que el presupuesto de finalidad y necesidad de la injerencia había sido sobrepasado, porque con el procesamiento de Lambert y la justificación que se le dio por los órganos judiciales a nivel interno, se había puesto en riesgo la protección de un número indefinido de personas que utilizaban líneas telefónicas sin ser sus titulares, y que esta situación implicaba un vaciamiento del mecanismo de protección contra las injerencias del Estado, el cual violaba el artículo 8 del CEDH.

## **2.5. Medidas extraordinarias de seguridad en materia penal juvenil**

### **2.5.1. Jurisprudencia penal juvenil en la que se citaron precedentes del TEDH**

**Votos del T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José: n.º 234-2021 (9:20 horas del 28 de septiembre de 2021); n.º 277-2021 (16:10 horas del 12 de noviembre de 2021) y n.º 289-2021 (17:20 horas del 12 de octubre de 2018):** Estas resoluciones se han agrupado porque en ellas se hacía referencia a medidas disciplinarias de aislamiento impuestas con autorización del

Juzgado Penal Juvenil, en contra de menores de edad privados de libertad que exhibían problemas de comportamiento. En estos casos, el T.A.S.P.J. recalcó que la medida de aislamiento tenía un carácter excepcionalísimo y que debía aplicarse por el menor plazo posible, debido a los efectos lesivos que provocaba en la integridad física y emocional de las personas menores de edad. Además, indicó que, dependiendo de la duración de la medida y de sus efectos en la persona sometida a ella, el aislamiento podría llegar a convertirse en un trato cruel, inhumano, degradante e, incluso, en una manifestación de tortura. El T.A.S.P.J. fundamentó su decisión, entre otras cosas, en el caso Ilașcu y otros contra Moldavia y Rusia.

### **2.5.2. Resumen de la sentencia del TEDH que fue citada**

**Ilașcu y otros contra Moldavia y Rusia (8 de julio de 2004):** I. Ilașcu, A. Leșco, A. Ivanțoc y T. Petrov-Popa fueron detenidos, procesados y condenados en la región de Transnistria por supuestos actos terroristas en el ínterin del conflicto armado entre Moldavia y los separatistas de Transnistria (apoyados por Rusia). Estas personas demandaron a Moldavia y a Rusia alegando que Transnistria no tenía competencia para juzgarlos, que no tuvieron un juicio justo y que las condiciones de detención eran contrarias a los derechos humanos (no podían ver a un médico, solo se les daba pan para comer, se mantenían en condiciones de aislamiento, pasaban extensos períodos sin que se les permitiera recibir visitas, se les prohibían las cartas o los diarios que no fueran en ruso y su correo estaba intervenido). En una sentencia que abordó detalles sobre la caída de la Unión Soviética, la conformación de la República de Moldavia y el conflicto separatista en Transnistria, el TEDH concluyó que las condiciones de detención habían sido inaceptables, que la aplicación excesiva del

asilamiento sensorial y del aislamiento social podía destruir la personalidad del individuo y que constituía una forma de trato cruel e inhumano, por lo que su uso por parte de las autoridades podía provocar ansiedad, miedo, humillación y vulnerabilidad, aunado a que las autoridades debían tomar en cuenta los efectos acumulativos de la privación de libertad en sí misma y de las demás condiciones en las que esta se desarrollaba. En suma, el TEDH encontró responsabilidad de Moldavia y de Rusia por violación a los artículos 2, 3 y 5 del CEDH.

## **2.6. Libertad de expresión, imagen y tutela del honor**

### **2.6.1. Jurisprudencia costarricense en la que se aludió a precedentes del TEDH**

**Voto n.º 801-2014 de la S.C.P. (8:54 horas del 23 de mayo de 2014):** En este voto, el *quid* del asunto era la discusión en torno a si una información supuestamente difamatoria que se había consignado en un medio de prensa podía recibir el calificativo de interés público y cómo había que interpretar la relación entre la libertad de expresión y la tutela del honor. Se resolvió que había que analizar cada caso con sus debidas particularidades y, dentro de las referencias de las que se sirvió la resolución, estuvo el caso Lingens contra Austria.

### **2.6.2. Epítome de la sentencia del TEDH que fue citada**

**Lingens contra Austria (8 de julio de 1986):** P. M. Lingens era el director de la revista «*Profil*», la cual publicó dos artículos en los albores de las elecciones generales de 1975, achacando a un personero del Partido Liberal de que había servido en escuadrones de la «SS» durante la Segunda

Guerra Mundial y al canciller de que lo había protegido. Frente a esto, Lingens fue querellado y condenado por difamación. El TEDH subrayó que la libertad de expresión es un fundamento de la sociedad democrática, además de que tratándose de personajes políticos estos debían mostrar una mayor tolerancia a la crítica y a la fiscalización de sus actos y gestos, no solo por la prensa, sino también por la ciudadanía, sin que esto implicara un vaciamiento de su honor. Se concluyó que Austria vulneró la libertad de expresión porque los artículos de la revista tenían un contenido político de interés público, y que las supuestas frases difamatorias no podían descontextualizarse y que nunca estuvieron en discusión los hechos sobre los que Lingens fundaba sus aseveraciones, ni su buena fe al publicarlos.

## **2.7. Género y orientación sexual**

### **2.7.1. Jurisprudencia costarricense en la que se citó una sentencia del TEDH**

**Voto n.º 414-2015 del T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José (13:10 horas del 22 de octubre de 2015):** El Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles de San José rechazó una solicitud de la defensa técnica de una persona menor privada de libertad para que esta fuera trasladada a un espacio acorde con su identidad de género (transexual), en virtud de la discriminación de la que estaba siendo objeto en el lugar de reclusión en el que hasta ese momento permanecía. El T.A.S.P.J., parafraseando el voto n.º 12703-2014 de la S. IV. (11:51:00 horas del 1 de agosto de 2014) que a su vez aludía al caso Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido, recordó el deber de las autoridades judiciales de aplicar los criterios propios del control de convencionalidad, eliminar las discriminaciones

y garantizar que la detención de personas menores de edad tenga en cuenta la orientación sexual.

### 2.7.2. Resumen de la sentencia del TEDH citada

**Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido (19 de febrero de 1997):** C. Laskey, R. Jaggard y A. Brown demandaron al Reino Unido porque ciertos videos de prácticas sexuales que grababan en el ámbito privado habían llegado a manos de la Policía y se les había enjuiciado para la protección de la salud y de la moral, lo cual representaba una violación a su vida privada, una intromisión de las autoridades y una afrenta contra su orientación sexual. El TEDH reconoció que la orientación sexual y su ejercicio eran parte inherente de la vida privada; pero rechazó la demanda porque las autoridades del Estado tenían derecho al procesamiento y condena de los demandantes en virtud de que así se estipulaba a nivel interno, con lo cual también reconoció el margen de interpretación a nivel doméstico.

## Conclusiones

Una vez en este punto, corresponde señalar que el método comparativo es fundamental porque, mediante su comprensión y aplicación, se puede dar una verdadera vigencia a los sistemas de protección multinivel de los derechos de las personas, lo cual redunda en una mayor científicidad del quehacer jurídico.

Del mismo modo, es factible concluir que, en el contexto actual, se han fortalecido fenómenos como la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, lo que ha provocado que los tribunales internos desarrollen estándares esenciales para la construcción y puesta en marcha de un *ius constitutionale commune*.

En relación con lo antes mencionado, se debe establecer que las no pocas referencias a los precedentes del TEDH que han quedado corroboradas en este artículo constituyen una muestra inequívoca de microcomparación; es decir, un proceso en el que los tribunales internos han asumido y desarrollado estándares sobre determinados temas que son comparables en estos dos contextos.

Asimismo, resulta claro que las sentencias del TEDH no tienen carácter obligatorio para los tribunales internos en Costa Rica, ya que se trata de recursos extrasistémicos. Sin embargo, la influencia ha quedado demostrada y esta debe reputarse como voluntaria y complementaria para fortificar los razonamientos jurídicos. Pero, en todo caso, deriva de un contexto de protección global de derechos fundamentales que promueve la aplicación sistemática de múltiples tratados y de jurisprudencia de diferentes cortes.

## Referencias bibliográficas

### Libros y artículos

Cárdenas Velásquez, B. (2018). *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua*. Barcelona: J. M. Bosch.

Garro Vargas, A. (2009). La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones constitucionales*. (20). 191-227. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932009000100006&lng=es&tlang=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000100006&lng=es&tlang=es)

Groppi, T., y Lecis Cocco-Ortu, A.M. (2018). El uso de precedentes extrasistémicos en el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica. *Iuris Dictio.* (21), 29-47. Gutteridge, H. (2018). *El derecho comparado.* Santiago: Olejnik.

Miranda Bonilla, H. (2020). La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Judicial.* (129). 219-241.

Morán, G.M. (2002). El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.* Recuperado de: [El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del Derecho Comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico \(udc.es\)](#)

Pegoraro, L. (2001). El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado. *Revista de estudios políticos.* (112), 9-26.

Pizzorusso, A. (2020). *Curso de derecho comparado.* Santiago: Olejnik.

Ragone, S. (2018). *Desafíos de la función judicial: un acercamiento desde el derecho público comparado.* Santiago: Olejnik.

### **Jurisprudencia costarricense**

Voto n.º 12090-2009. (31 de julio de 2009). Sala Constitucional.

Voto n.º 2509-2012. (22 de febrero de 2012). Sala Constitucional.

Voto n.º 12703-2014. (1 de agosto de 2014). Sala Constitucional.

Voto n.º 12771-2016. (7 de septiembre de 2016). Sala Constitucional.

Voto n.º 735-2006. (11 de agosto de 2006). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 570-2011. (20 de mayo de 2011). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 586-2011. (20 de mayo de 2011). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 359-2013. (15 de marzo de 2013). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 408-2013. (2 de abril de 2013). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 733-2013. (14 de junio de 2013). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 801-2014. (23 de mayo de 2014). Sala de Casación Penal.

Voto n.º 750-2016. (22 de diciembre de 2016). T.A.S.P. de Cartago.

Voto n.º 504-2017. (22 de septiembre de 2017). T.A.S.P. de Cartago.

Voto n.º 141-2014. (8 de julio de 2014). T.A.S.P. de Guanacaste.

Voto n.º 400-2023. (25 de agosto de 2023). T.A.S.P. de Guanacaste.

Voto n.º 416-2023. (7 de septiembre de 2023). T.A.S.P. de Guanacaste.

Voto n.º 419-2023. (11 de septiembre de 2023). T.A.S.P. de Guanacaste.

Voto n.º 10-2012. (11 de enero de 2012). T.A.S.P.  
del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 869-2012. (7 de mayo de 2012). T.A.S.P.  
del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 531-2017. (8 de mayo de 2017). T.A.S.P.  
del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 1770-2021. (17 de noviembre de 2021).  
T.A.S.P. del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 629-2023. (17 de mayo de 2023). T.A.S.P.  
del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 657-2023. (23 de mayo de 2023). T.A.S.P.  
del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 284-2018. (8 de junio de 2018). T.A.S.P.  
del III Circuito Judicial de Alajuela.

Voto n.º 414-2015. (22 de octubre de 2015).  
T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 234-2021. (28 de setiembre de 2021).  
T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 277-2021. (12 de noviembre de 2021).  
T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José.

Voto n.º 289-2021. (12 de octubre de 2018).  
T.A.S.P.J. del II Circuito Judicial de San José.

### **Jurisprudencia del TEDH**

Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido. (15 de diciembre de 2011). TEDH.

Caka contra Albania. (8 de marzo de 2010).  
TEDH.

Castillo Algar contra España. (28 de octubre de 1998). TEDH.

Cianetti contra Italia. (10 de noviembre de 2004).  
TEDH.

Delcourt contra Bélgica. (17 de enero de 1970).  
TEDH.

Doorson contra Países Bajos. (26 de marzo de 1996). TEDH.

Fey contra Austria. (24 de febrero de 1993).  
TEDH.

Gani contra España. (9 de septiembre de 2013).  
TEDH.

Guilloury contra Francia. (22 septiembre de 2006). TEDH.

Hauschildt contra Dinamarca. (24 de mayo de 1989). TEDH.

Huvig contra Francia. (24 de abril de 1990).  
TEDH.

Ilaşcu y otros contra Moldavia y Rusia. (8 de julio de 2004). TEDH.

Klass y otros contra Alemania. (6 de septiembre de 1978). TEDH.

Kornev y Karpenko contra Ucrania. (21 de enero de 2011). TEDH.

Kostovski contra Países Bajos. (20 de noviembre de 1989). TEDH.

Kruslin contra Francia. (24 de abril de 1990).  
TEDH.

Lambert contra Francia. (24 de agosto de 1998).  
TEDH.

Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido. (19 de febrero de 1997). TEDH.

Lechner y Hess contra Austria. (23 de abril de 1987). TEDH.

Lingens contra Austria. (8 de julio de 1986). TEDH.

Lucà contra Italia. (27 de febrero de 2001). TEDH.

Malone contra Reino Unido. (2 de agosto de 1984). TEDH.

Murray contra Reino Unido. (8 de febrero de 1996). TEDH.

Nortier contra Países Bajos. (24 de agosto de 1993). TEDH.

Piersack contra Bélgica. (1 de octubre de 1982). TEDH.

Saraiva de Carvalho contra Portugal. (22 de abril de 1994). TEDH.

Tričković contra Eslovenia. (27 de marzo de 2002). TEDH.

V.D. contra Rumanía. (28 de junio de 2010). TEDH.

Valenzuela Contreras contra España. (30 de julio de 1998). TEDH.

Vidgen contra Países Bajos. (10 de octubre de 2012). TEDH.

Windisch contra Austria. (27 de septiembre de 1990). TEDH.

Zimmermann y Steiner contra Suiza. (13 de julio de 1983). TEDH.

Zschüschen contra Bélgica. (2 de mayo de 2017). TEDH.



# «LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA» Y DEMOSTRACIÓN DE CULPABILIDAD

*M. Sc. Javier Madrigal Navarro<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio de lo que se denomina “la objeción de conciencia” como recurso de base constitucional en un Estado de derecho para, en el ámbito de la libertad personal, abstenerse de realizar acciones que podrían ir en menoscabo de la propia moral, ideología o religión. Se trata de un instituto jurídico tratado a nivel del derecho constitucional con importantes repercusiones para el derecho penal que, bajo esa conceptualización, debe ser ubicado dentro de la teoría del delito.

**Palabras clave:** objeción de conciencia, libertad personal, libertad ideológica, libertad religiosa, libertad de autodeterminación.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to study what has been called “conscientious objection” as a constitutionally based resource in a State of law to refrain from carrying out, within the scope of personal freedom, actions that could undermine one’s own morality, ideology or religion. It is a legal institute treated at the level of constitutional law with important repercussions for criminal law that under this conceptualization must be located within the theory of crime.

**Keywords:** Conscientious objection, personal freedom, ideological freedom, religious freedom, area of personal determination.

Recibido: 7 de marzo de 2025 Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

1 Es máster en Derecho Penal, especialista en Derecho Comercial, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha laborado en el Poder Judicial como fiscal del Ministerio Público y como juez en el Tribunal de Flagrancia, el Juzgado de Tránsito, el Tribunal de Justicia Restaurativa y el Tribunal de Juicio ordinario. En la actualidad, se desempeña como juez de tribunal. Correo electrónico: [jmadrigaln@poder-judicial.go.cr](mailto:jmadrigaln@poder-judicial.go.cr).

## 1.- Aspectos generales

El desarrollo social del ser humano en la actualidad es dependiente de ordenamientos jurídicos formales, adoptados en su mayoría por Estados democráticos como sistemas de regulación de las relaciones sociales, convertidos en sistemas jurídicos autónomos que regulan la forma en que se desenvuelven las personas, pues en razón del principio de coactividad, toda persona está sometida a la ley.

Esto tiene como consecuencia que el ser humano debe tratar de programar su vida bajo dos sistemas normativos distintos: este que acabamos de mencionar que se refiere al ordenamiento jurídico, que deriva de la estructura, organización y funcionamiento del Estado, y otro que podríamos llamar “el ordenamiento de la conciencia”, cuyo elemento principal es la moral privada que emana de las propias convicciones y que demanda una autotutela muy importante para la propia identidad: el hecho de poder ser leal y fiel consigo mismo<sup>2</sup>. Pero además funciona en virtud de un aparato psíquico, único en la naturaleza, también de la propia cultura, de los régimen conceptuales y axiológicos que colaboran en la formación del propio ser.

La relación existente entre estos dos ordenamientos normativos puede prestarse para contradicciones, en cuanto a lo que cada régimen normativo puede ordenar hacer, como cuando una norma legal obliga a una persona a actuar de un modo tal que sea contrario a su forma de pensamiento, o que le prohíba realizar acciones que, según su conciencia, esté obligada a realizar.

Es en estos instantes cuando aparece el tema de la objeción de conciencia. Se trata de un fenómeno que se relaciona directamente con regímenes

autoritarios y formas de gobierno dictatoriales. Pero eso no quiere decir que este choque de normas estatales y morales no podrían darse también en sistemas democráticos, principalmente cuando los(as) jefes(as) de Estado, presidentes(as) o primeros(as) ministros(as) sienten que deben saltarse el bloque de constitucionalidad y las normas jurídicas prestablecidas para lograr controlar el poder.

Por razones de promoción de un sistema democrático y social de derecho, los ordenamientos jurídicos de los Estados deben atender principios morales mínimos que sean muy comunes entre todas las comunidades que componen su sociedad, para permitir un espacio suficiente de maniobra individual que les permita a las personas elegir cómo pueden llevar adelante su vida de acuerdo con sus convicciones privadas. Esto puede permitir que, en Estados sociales y democráticos de derecho, el rechazo o la sanción moral a una norma legal pueda ser absorbido por el sistema jurídico sin que se malogre el funcionamiento del mismo Estado.

Parece que, en un sistema autoritario, eso no sería posible, pues, en este tipo de ordenamientos jurídicos, se busca que la persona sea un medio para la imposición a todas las personas de las ideas y creencias de una parte minoritaria del Gobierno, y llega inclusive a sancionar bruscamente cualquier manifestación de desobediencia a los mandatos del Estado, ya que la tolerancia a la crítica no es bien recibida, pues ello no permitiría alcanzar el control social pretendido por los dictadores modernos.

Podríamos afirmar que, con referirnos al tema de la “objeción de conciencia”, lo que hacemos es hacer referencia a una seria contradicción entre una norma jurídica, de derecho público o privado

2 Peces-Barba, Gregorio. (1995). *Ética, poder y derecho*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp.60-62.

que contiene una obligación y una norma de carácter moral (de contenido ideológico, laico o religioso) que manda a la realización de un deber que es contrapuesto a lo que indica la norma jurídica, produciéndose así un problema de ponderación y decisión de manera introspectiva<sup>3</sup>.

Cuando se produce una verdadera y honesta objeción, este conflicto normativo entre lo legal y lo moral no puede llegar a una resolución propia, porque no existe una fórmula que permita hacer compatible el precepto jurídico con la concepción moral que lo contradice. La única salida resultaría en inobservar alguno de ellos al decidirse por el otro. Desatender la norma jurídica podría originar graves sanciones para el individuo que están diseñadas para garantizar precisamente su cumplimiento.

Pero desatender el mandato moral que conforma la conciencia del individuo, cuando este corresponde a una programación neurosensorial y psicológica que se puede calificar de honesta y rectora, de manera tal que supone un principio individual irrenunciable e impostergable, podría significar para la persona, dentro del ámbito de su individualidad máxima, ir en contra de todo lo que ella cree, de sus más íntimas, concentradas y atómicas convicciones, las cuales configuran no solo su personalidad y sus conocimientos, sino también su verdadera identidad, o lo que es lo mismo, desconocerse a sí misma y renunciar a desenvolverse como persona en su contexto social. Cuando el sujeto desatiende sus mandatos morales, ya la sanción no será de carácter jurídico, sino más bien de tipo psicológico y autoimpuesto.

Los regímenes autoritarios, en donde por lo general no se reconocen los derechos humanos ni

libertad alguna de la ciudadanía, aplican el castigo más rápido ante cualquier incumplimiento de las normas jurídicas con reducción de garantías y derechos fundamentales en el proceso, con el objetivo de ejercer su autoridad, pues reconocer las motivaciones de una persona para incumplir una ley significa ante todo reconocerle que tiene permiso de anteponerse por cualquier motivo a los mandatos del Estado, lo cual va en contra de toda finalidad de control social o de imposición ideológica.

Lo contrario sucede en un régimen democrático donde se da la imperiosa situación de tener que armonizar el respeto a la libertad individual y a las concepciones morales personales con el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, posición que se ha considerado como la más adecuada para lograr el funcionamiento del entramado social.

Se considera que, con la armonización de las posiciones del Estado que contienen las normas con la conciencia, es la forma en que de manera más sencilla se puede lograr la paz social y el orden político, no solo destruyendo barreras, sino también beneficiando de manera abierta y positiva el desarrollo de la propia identidad personal<sup>4</sup>. Pero esto debe realizarse dentro del marco de la legalidad y de la jurisprudencia, teniendo presente que se debe limitar legítimamente la libertad individual, porque el respeto a las leyes y a los derechos de las demás personas es el fundamento universal del orden y del libre desarrollo personal de la ciudadanía.

Debe tomarse en cuenta que el control social y el orden público podrían verse afectados si se priva a la ciudadanía de la eficacia de las normas como mecanismo de protección de sus derechos, y dar

3 Contreras Mazario, José María. (1993). “Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y derecho”. En: Peces Barba, G. *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*. Universidad Carlos III de Madrid. BOE, p. 39.

4 Llamazares Fernández, Dionisio. (2007). *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*. 3.<sup>a</sup> edición. Pamplona: Editorial Thomas-Civitas, p. 287.

preferencia a las simples decisiones individuales podría generar mayor afectación a la libertad individual, aunque parezca lo contrario.

## 2.- Conceptualización de la objeción de conciencia

En la normalidad de los casos, se analiza la objeción de conciencia como un caso de desobediencia al derecho por razones ideológicas. Es de conocimiento general que la expresión “objeción de conciencia” se asocia con una actitud de insumisión frente a algo que se nos impone, al considerarlo injusto o inmoral y que contradice de manera tajante las convicciones fundamentales propias o personales. De esa manera, el concepto de objeción de conciencia encuentra su sentido en la relación de los dos términos que la componen: la objeción como insumisión o desobediencia a un mandato de autoridad, originada por motivos de conciencia.

Según la Real Academia Española, la conciencia se define como:

La propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta, conocimiento interior del bien y del mal, conocimiento reflexivo de las cosas, actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto y acto psíquico por el que un sujeto se percibe a sí mismo en el mundo<sup>5</sup>.

La palabra conciencia tiene sus raíces en el latín *consciere* que significa conocimiento y *conscientia* que significa tener ciencia, es decir, que la conciencia representa una relación entre un sujeto que tiene capacidad de conocimiento y un objeto por conocer, lo que implica que la conciencia nos brinda el poder de conocer y reflexionar<sup>6</sup>.

El concepto “objeción” deriva del latín *objectio* que significa “oponer” o “reprochar”. Literalmente, el vocablo se refiere a una opinión o argumento que se presenta en contra de una consulta o de una afirmación, o bien, el impedimento o dificultad que se opone a la realización de algo. Además, la idea de objeción conlleva en su núcleo la idea de oposición y de contradicción ante una situación dada. Desde la óptica del derecho y de las ciencias políticas, la objeción de conciencia sirve para designar las situaciones de resistencia a un mandato de autoridad por razones de conciencia<sup>7</sup>.

De acuerdo con John Rawls, la objeción de conciencia se define como el hecho de “no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa”<sup>8</sup>.

El profesor Carlos Nino nos indica que la objeción de conciencia se caracteriza por: “el hecho de que un individuo cree que una obligación jurídica que se impone está en conflicto con una de sus obligaciones morales, o sea que la primera la impone una conducta que está prohibida por sus principios morales o religiosos”.

5 Definición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, tomada de <https://dle.rae.es/conciencia>, el 4 de marzo de 2025.

6 Tomás y Garrido, Gloria María. (2012). *Conciencia y objeción de conciencia. Persona y bioética*. Universidad La Sabana. Volumen 16. Número 1., pp. 32-42. Recuperado de: <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2360>, el 4 de marzo de 2025.

7 Capdevielle, Pauline. (2015). “La libertad de conciencia frente al Estado laico”. En: Serie *Cultura Laica*. Número 5. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 19. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3872/9.pdf>, el 7 de marzo de 2025.

8 Rawls, John. (1979). *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, p. 410.

Viéndolo así, la objeción de conciencia revela un desajuste, incluso, un rompimiento con la institucionalidad por contrariar a la ley misma o por ir en contra de mandatos de administración de justicia y orden de autoridad o conductas amparadas por el derecho<sup>9</sup>.

Un punto de medular importancia que se debe tener en cuenta es que el concepto de objeción de conciencia no se extingue en la idea de insumisión o resistencia al derecho, sino que encuentra su contenido duro en las razones o motivaciones; es decir, en la existencia de motivos de conciencia. Aunque la idea de conciencia es un poco abstracta, es aprehensible al menos que ella designa tanto la capacidad del ser humano en reconocerse en sus propiedades esenciales como también su reconocimiento reflexivo de las cosas, en la actividad mental a la que puede recurrir, su proceso de cosmovisión del mundo o su discernimiento interior del bien y del mal.

Según Pierluigi Chiassoni, el concepto de conciencia presenta diferentes facetas y ha evolucionado a lo largo del tiempo, revelando profundas discrepancias conceptuales que perduran hasta hoy. Durante el pensamiento premoderno, la conciencia se refería a un ente autónomo que vivía en cada ser humano y que hablaba una voz de verdad; es decir, un conjunto de preceptos morales objetivos, absolutos y vinculantes<sup>10</sup>.

En los llamados regímenes institucionalizados de moralidad, dentro de los cuales, se ubican los sistemas religiosos, esta visión heterónoma de la conciencia se acompañaba de la idea de que sus ideas no llegaban directamente a los individuos,

sino a través el filtro de intérpretes autorizados, generalmente el clérigo.

Con la entrada de la modernidad y, en particular, a partir del pensamiento del filósofo Immanuel Kant, la conciencia empieza a entenderse a partir de la idea de autonomía moral, al volverse el individuo su único intérprete y, más tarde, el autor mismo de su contenido mediante un proceso crítico de reflexión<sup>11</sup>.

Al día de hoy, el término de conciencia sigue siendo un concepto muy indeterminado debido a la presencia de estas dos formas de concebirla: heterónoma, por un lado, autónoma por el otro. Este problema se hace aún más patente cuando se habla de libertad de conciencia: si bien ambas constituyen modalidades legítimas del ejercicio de dicha libertad, parecen discordantes entre sí.

Por lo anterior, es posible ajustarnos a una definición del derecho a la objeción de conciencia, mayoritariamente aceptada como:

Un juicio de carácter ético que no equivale a subjetividad, tendencia, gusto, hábito o deseo, es la resistencia que el individuo ofrece al cumplimiento de una norma cuando ésta entre en conflicto con sus propias convicciones y cuya actitud de abstención ante un deber jurídico está impulsada por imperativos axiológicos o morales. Es pues, un rechazo a someterse a una norma o disposición de una ley positiva que se considera injusta por oponerse a la ley natural, y esa oposición es esencial para la defensa de la vida<sup>12</sup>.

9 Nino, Carlos. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Paidós, p. 249.

10 Chiassoni, Pierluigi. (2013). “Laicidad y libertad religiosa”. En: *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para Entender y Pensar la Laicidad*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Número 10. UNAM. México, p. 7.

11 Chiassoni, Pierluigi...*Op. cit.*, p. 9.

12 Tomás y Garrido, Gloria María...*Op. cit.*, pp. 32-42.

### 3.- Normas y contenido del derecho de objeción de conciencia

El artículo 75 de la Constitución Política señala que la libertad de culto debe subordinarse a la tolerancia que es un valor constitucional, y que el Estado contribuye al mantenimiento de la religión católica, apostólica y romana, sin impedir el libre ejercicio de otros cultos. El artículo 28 de la Constitución Política dispone en su párrafo primero que nadie puede ser perseguido por manifestar sus opiniones o por actos que no infrinjan la ley.

Se consideran como derechos relacionados con la libertad de conciencia los siguientes: la libertad de expresión que es parte de la libertad de conciencia; las personas tienen derecho a conservar o cambiar de religión o creencias; las personas tienen derecho a profesor y declarar públicamente sus creencias religiosas; las personas tienen derecho a transmitir y recibir información religiosa por cualquier medio lícito; las personas no pueden ser obligadas a prestar juramento o hacer promesa que violen sus convicciones religiosas.

Se entiende que el ordenamiento jurídico costarricense tiene positivizada la libertad de pensamiento, conciencia y religión, reconocida en el ámbito internacional por los artículos 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

El artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la Libertad de Conciencia y de Religión indica lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho

implica la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesor y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Consiste en una libertad que abarca, en primer término, tanto la libertad religiosa como aquellos aspectos de la libertad ideológica de contenido axiológico equiparable, siendo la primera una especialidad de la segunda para determinado tipo de creencias, las teológico-religiosas. En segundo lugar, también encontramos incluidos en su esfera de protección los juicios éticos o de valor que realiza el sujeto a partir de su sistema de creencias de cualquier tipo que sean.

La materia que protege la libertad de conciencia son las convicciones de la persona: aquellas ideas con un especial arraigo o estabilidad dentro de la mente del sujeto, merecedoras por ello de protección jurídica fundamental<sup>13</sup>. Estas convicciones abarcarían las ideas (productos del razonamiento humano a partir de percepciones

13 Xiol Ríos, Juan Antonio. (2001). “La libertad ideológica o libertad de conciencia”. En: *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. CEPC. Tribunal Constitucional. Madrid, p.17.

que dejan cierto espacio para la duda) y las creencias (posiciones firmes para la persona ante las que no cabe duda y que condicionan sus actitudes y conductas) que forman la cosmovisión del sujeto.

En definitiva, es el caparazón intelectual coherente y serio, de verdadera importancia, en el que la persona apoya su existencia y le quita a la persona su razón de ser con su inexistencia. Se trata de un planteamiento asimilable a la libertad de pensamiento definida como el derecho del hombre de dotarse de una identidad y un armazón intelectual y de razonamiento propios con los que orientar todas las facetas de su vida, sin hacer distinción entre las convicciones religiosas y las de cualquier otra base<sup>14</sup>.

Se considera que la libertad de conciencia es un derecho subjetivo individual, cuyo contenido se hace efectivo a través de tres facultades de formación: el derecho a la libre formación de la conciencia; la libertad de expresar y manifestar las propias convicciones y juicios morales; y la libertad de adecuar la propia conducta de acuerdo con dichas convicciones<sup>15</sup>.

El derecho de ostentar de manera libre la propia conciencia significa dotar de autonomía a la persona, tanto del Estado como de otras personas, lo que coadyuba a la conformación de la propia concepción y también del mundo circundante, de manera tal que, en la propia coyuntura, la persona asume los valores y opiniones que más le interesen con el propósito de integrarse a la sociedad. Se trata, en suma, de construir libremente el ámbito más íntimo del libre desarrollo de la personalidad. Su total importancia hace que este derecho deba ser garantizado por el ordenamiento jurídico, de modo que no se permitan ningún tipo de injerencia

condicionante, coacción física, psíquica o moral que afecten el pensamiento de las personas o alteren su independiente decisión de mantener, cambiar o abandonar sus propias ideas.

El primer aspecto de la libertad de pensamiento está directamente vinculado con las especiales garantías que deben tener el derecho a la información, como información veraz y con el derecho a la educación de las personas menores de edad. También es el fundamento del derecho a la cultura, concebida esta como uno de los elementos integrantes de la personalidad de las personas.

Recordemos que la cultura abarca las creencias religiosas, la lengua, las tradiciones y las costumbres sociales, así como las realidades materiales donde estos elementos se manifiestan, formando el patrimonio cultural de una comunidad. Así vista la cultura, se considera que es producto de las manifestaciones de la libertad de conciencia de los individuos que se forma mediante un sistema de retroalimentación que debe ser garantizado y protegido por el Estado en condiciones de igualdad para toda la ciudadanía.

Una segunda arista del contenido del derecho es la libertad de exteriorizar las propias convicciones. Se trata de una característica eminentemente activa que se sostiene mediante dos garantías: la ausencia de impedimentos o coacciones por el Estado o de otros particulares para evitar que se realice esta expresión pública y la salvaguarda de la persona ante toda compulsión de hacerle expresar lo que piensa cuando no quiera hacerlo.

Una tercera faceta sería la garantía de la posibilidad de comportarse según las propias convicciones y el derecho del sujeto a no ser

14 Rivero, Jean. (1997). *Las libertades públicas*. Tomo 2. 6.<sup>a</sup> edición. PUF. París, pp. 152-153.

15 Schmitt, Carl. (1983). *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Alianza, pp. 164 y ss.

obligado a comportarse de forma contraria a ellas. La primera consecuencia de esta exigencia sería la necesidad de un fundamento razonado y proporcional de toda ley que coarte la libertad de conciencia de los individuos cuando dichas normas establecen como obligatorios o como prohibidos ciertos comportamientos.

A pesar de dicho fundamento, la persona podría ubicarse en una situación donde ve una incompatibilidad insalvable entre sus convicciones y la obediencia heterónoma de la norma, llegando entonces a plantearse, en última instancia, la objeción de conciencia como forma de garantizar la propia libertad de pensamiento. Debemos tener claro que no todo ejercicio del derecho a conducirse de acuerdo con las propias convicciones debe referirse al tema de la objeción de conciencia, el cual no es otra cosa que una situación excepcional.

La libertad de ideología y de religión se materializa comúnmente en la posibilidad de elección para la persona dentro de todas las facetas de su vida que escapan de la regulación del derecho y que, por lo tanto, no pueden ser analizadas bajo el esquema de una norma previsora o protectora, sino más bien desde el ámbito de la libertad de acción a partir de la condición individual y particular de la persona.

Nos referimos a situaciones donde una persona es libre de elegir cómo llevar su vida, cómo elegir el desarrollo de su existencia que finalmente se configura con cosas tan cotidianas como decidir con quién convivir, cuánta descendencia tener, qué orientación sexual escoger, a qué asociación afiliarse, qué religión profesar, etc.

Existen otros supuestos polémicos en los que la forma de vida de una persona se ve limitada por una ley o por la moral pública. Nos referimos a cuestiones que tienen que ver con el aborto, la eutanasia, situaciones en las que entran en

colisión la conciencia con la norma, porque las leyes de orden público (imprescriptibles, inalienables, intransferibles) entran a demarcar una serie de situaciones que la persona entiende como de decisión propia y competencia, sustraída de toda injerencia estatal, obligándole a actuar de modo contrario a su forma de pensamiento y de vida.

#### **4.- La objeción de conciencia en la jurisprudencia**

El tema de la objeción de conciencia ha sido ya analizado ampliamente por la Sala Constitucional. Se pueden encontrar respecto al tema varias sentencias con información muy valiosa, de las cuales mencionaremos las siguientes porque contienen la información que, para efectos del trabajo, transmite la línea jurisprudencial de una manera muy clara.

La primera sentencia en mención contiene la conceptualización que la Sala Constitucional costarricense hace del término de “objeción de conciencia” de manera amplia. Se indica que:

En una acepción genérica, la objeción de conciencia refiere a un instituto de antigua data, que desde tiempos remotos aparece en la sociedad y se trata de la posibilidad de apartarse de un deber o mandato jurídico cuando estos riñen o se contraponen a las convicciones del objector sin que se le pueda exigir responsabilidad. En otras palabras, se podría considerar una especie de resistencia hacia el precepto normativo, en cuanto este se fundamente en el conflicto aparente entre las obligaciones morales, religiosas o de justicia de la persona y el cumplimiento de disposiciones legales. La objeción de conciencia es entendida como una concreción ad extra del derecho a la libertad de conciencia, que

se manifiesta como límite de los poderes públicos para que estos no interfieran con las convicciones personales [...]” “[...] En mérito de lo expuesto, puede concluirse que la objeción de conciencia es entendida como una concreción ad extra de las libertades de conciencia y religión, que se manifiesta como límite frente a los poderes públicos para que estos no interfieran con las convicciones personales. Concretamente, se refiere a la posibilidad de apartarse de un deber o mandato jurídico cuando estos riñen o se contraponen a las convicciones del objeto sin que se pueda exigir a este, responsabilidad. Por su parte, la libertad de pensamiento y de conciencia se erigen como elementos fundamentales que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, así como para las personas ateas, agnósticas, escépticas e indiferentes [...].<sup>16</sup>

La segunda sentencia en mención contiene un análisis sumamente valioso donde se menciona el reconocimiento de la objeción de conciencia como un derecho fundamental más allá de un simple derecho subjetivo; pero encuentra sus límites como todo derecho al ponderar su aplicación al caso concreto. En este caso, se presentó el tema de la vacunación por el Covid-19 donde se analizó la necesidad de la vacuna a pesar de las objeciones ideológicas o de conciencia que se quisieron advertir por parte de la ciudadanía, y se mencionó lo siguiente:

[...] X.- En lo relativo al alegato sobre la presunta violación al derecho a la objeción de conciencia es pertinente recordar que ciertamente esta Sala Constitucional ha reconocido la objeción

de conciencia, como un derecho fundamental (ver la sentencia No. 2020-01619 de las 12:30 horas de 24 de enero de 2020), sin embargo, también indicó en el aludido pronunciamiento, lo siguiente: “(...) hay que tener presente una premisa fundamental, y una constante histórica, en el sentido de que no hay derechos fundamentales absolutos, excepto el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por consiguiente, el derecho a la objeción de conciencia tiene límites y limitaciones y, en aquellos casos, en los que entra en colisión con otro derecho fundamental se debe recurrir al principio de la concordancia práctica y, por consiguiente, es menester hacer un juicio de ponderación entre los derechos que están en conflicto [...]” (el énfasis no pertenece al original). Sin embargo, la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, implica una colisión entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la salud individual y de la comunidad en general (interés público subyacente, que llevó a la toma de la medida). Respecto de la legitimidad en general del fin que persigue el establecer el carácter obligatorio de una vacuna, esta Sala Constitucional en la sentencia No. 2020-0019433 de las 09:20 horas de 9 de octubre de 2020, claramente señaló: “[...] esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública

---

16 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 17098-2021 de las doce horas con treinta minutos del 31 de julio de 2020.

y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas [...]. Los criterios que tomó en cuenta la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, para definir el carácter obligatorio de la vacuna para el personal de salud, según fueron detallados en el oficio No. MS-CNVE-102-2021, mediante el cual se comunicó al Ministro de Salud, la decisión tomada en la sesión extraordinaria No. VII-2021 del 16 de febrero de 2021, fueron: “[...] 1-Que es personal que atiende directa o indirectamente pacientes covid-19 o personas de alto riesgo para enfermar y morir por este virus. 2-Tienen un riesgo laboral de enfermar de covid-19. 3-Someten a las personas que van a ser atendidas a un riesgo de enfermar por covid-19. 4-Al lograr vacunar a toda la población de estas instituciones, que no tienen contraindicaciones para la vacunación, se está incidiendo en la pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a esta misma situación. 5- Al vacunar al personal de salud se previene que los hospitales e instituciones de salud sean una fuente de contagio para la sociedad [...]”. La disposición tomada es idónea (pues se protege a los funcionarios, coadyuva a lograr una pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a la situación, además se previene que los hospitales e instituciones de salud, sean una fuente de contagio), necesaria (no existe otra alternativa o herramienta con igual o mayor eficacia para la consecución

de estos propósitos: más de un año de medidas restrictivas, distanciamiento social y uso de mascarillas, en medio de tres olas pandémicas, lo confirman) y además es proporcionada en sentido estricto (en el tanto los beneficios que se genera a la sociedad en su conjunto – respecto del derecho a la vida, a la salud y el mejoramiento de las condiciones económicas, según se desprende de los objetivos de la medida– son mayores que la afectación que podría recibir el personal del servicio de salud; en este sentido, no debe perderse de vista la posición particular y especial que tienen los funcionarios de los servicios de salud, quienes se encuentran en la primera línea de la lucha y el tratamiento de la enfermedad, expuestos a un riesgo muchísimo mayor de contagio, que la generalidad). Cabe además recordar que la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, para el personal de salud, no es absoluta, pues se estableció como excepción en el párrafo segundo del artículo 2 del Decreto No.42889-S: “[...] Para cuando sean citados por los encargados para tal efecto y de acuerdo con la planificación institucional respectiva, las personas contempladas en el párrafo anterior deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19. Será responsabilidad del patrono tomar las medidas correspondientes de acuerdo con la legislación del país y la normativa institucional, en el caso de las personas que no quieran vacunarse contra covid-19 [...]”. (El énfasis no pertenece al original).

En síntesis, esta Sala estima que en el presente caso no se dan los elementos que justifiquen invocar el derecho a la objeción de conciencia.<sup>17</sup>[...].

La tercera sentencia también de la Sala Constitucional hizo referencia al tema de la objeción de conciencia cuando este se ha planteado como un mecanismo para evitar que un determinado programa de educación sexual fuera enseñado a los hijos. La Sala Constitucional ha previsto que, en este caso, no se protegía el derecho de objeción de conciencia de manera absoluta como sí lo hacía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que debido al fin perseguido por el Gobierno para disminuir los embarazos no deseados fuera del matrimonio, el número de abortos y las enfermedades venéreas, lo que debía hacer el Estado era adecuar sus programas educativos a las personas que objetaran dicha enseñanza para no excluirlas de estas políticas públicas de educación, como a continuación se planteó:

En el ámbito nacional, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse al derecho a la objeción de conciencia, especialmente en la educación. En efecto, en la sentencia n.º 2012-10456, en la que se estableció lo siguiente: “VIII.- Este tema, a su vez, tiene un desarrollo jurisprudencial, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha resuelto casos de objeción de conciencia en el ámbito educativo a causa de la invocación del artículo 2 del primer Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se le impone al Estado el deber de respetar las convicciones religiosas y filosóficas

de los padres en la educación de sus hijos. Destaca el primer enfoque sobre el tema, que se dio en la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, donde se analizó precisamente un conflicto entre unos padres de familia que se oponían a que sus hijos recibieran una asignatura obligatoria sobre educación sexual integrada, la Corte consideró que la finalidad perseguida por el gobierno danés, con la nueva ley, era legítima, pues con ello se pretendía combatir el número de embarazos no deseados fuera del matrimonio, el número de abortos y las enfermedades venéreas. Puntualizó también que el numeral 2 del citado Protocolo no impedía que los Estados difundieran, por medio de la enseñanza o la educación, conocimientos o informaciones que tengan, directamente o no carácter religioso o filosófico. No les permitió a los padres oponerse a este tipo de temas, pues la enseñanza institucionalizada corría el riesgo de hacerse impracticable, aunque sí le impuso al Estado el deber de vigilancia para que esos conocimientos insertados en un programa, se difundiera de manera objetiva, crítica y pluralista, con lo que prohibió perseguir una finalidad de adoctrinar, lo que sí podría afectar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. En este caso, resulta de particular relevancia el voto salvado del Juez Verdross, que se convirtió -con el paso del tiempo- en posición de mayoría del Tribunal en casos subsiguientes. Según el citado Juez, una enseñanza en materia sexual, detallada y demasiado precoz impartida por el Estado al amparo del monopolio del Estado en el dominio

17 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1619-2020 de las doce horas con treinta minutos del 24 de enero de 2020.

de la educación, priva a los padres de su derecho primordial de asegurar la educación a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas. También puntualizó que todo lo que concierne a la conciencia de los hijos — su orientación moral— es un tema que incumbe a los padres según la doctrina cristiana, por lo que el Estado no puede interponerse entre los padres y los hijos contra la voluntad de los primeros. Se pregunta, si con base en el artículo 2 del Protocolo pueden los padres oponerse a una educación sexual obligatoria en una escuela pública e, incluso, cuando la mencionada educación no constituye una tentativa de adoctrinamiento. Para responder esa interrogante, hace una distinción entre los hechos de la sexualidad humana, que forman parte de la biología, y las conductas sexuales, incluida la contracepción y métodos anticonceptivos. Para el citado Juez, estas últimas sí se encuentran sumidas dentro del ámbito moral y de conciencia, por lo que es a los padres a quienes corresponde su formación, no al Estado; ese derecho de los padres no puede vulnerarse, desconocerse o menospreciarse por el Estado. Por ello, aun y cuando la información sobre conductas sexuales tenga un carácter objetivo, lesionan el derecho de los padres en cuanto invaden la conciencia de los hijos menores, pues pueden recibir una educación contraria a las convicciones religiosas de sus progenitores. La doctrina sentada en ese voto salvado fue seguida por el citado Tribunal en las sentencias Folgero y Zengin v. Turquía. En esta última sentencia, el Tribunal concluye que el Estado está en la obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, en el conjunto del programa

de la enseñanza pública. Este deber del Estado vale para el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla y en ese contexto los padres pueden exigir al Estado el respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas. IX.- También la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ha pronunciado sobre el nexo entre la educación y la libertad de conciencia. Al respecto, en la sentencia Winsconsin v. Yoder (1972), la Corte consideró, a propósito de la educación impartida a los niños de la religión Amish, que “[...] la esencia de todo lo que se ha dicho y escrito sobre este tema es que los intereses de orden superior y aquellos otros que no pueden ser ejercidos de otra manera pueden contrabalancear el legítimo reclamo a la libre profesión de una religión. Podemos dar por aceptado, en consecuencia, que no importa cuán fuerte sea la obligación del Estado en la educación general obligatoria, éste no es de modo alguno absoluto no permite la exclusión o subordinación del resto de los intereses. El cumplimiento de la ley estatal que requiere la asistencia obligatoria a la escuela [...] pondría en peligro gravemente, si es que no destruiría, el libre ejercicio de su fe a los demandados.” Así, se consideró prevalente la libertad religiosa frente al interés estatal de una educación obligatoria para los menores hijos de los Amish. X.- CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO: En este caso, existen elementos de convicción suficientes para concluir que el programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” no se refiere únicamente a hechos de la sexualidad humana, sino que también abarca conductas sexuales. Basta para

ello señalar que en el documento en que se plasma, se establece lo siguiente: “En Costa Rica, hasta ahora, la educación para la sexualidad se ha planteado mayoritariamente como un proceso informativo y centrado en su dimensión biológica. Este programa de estudio, en el marco de la política general vigente aprobada por el Consejo Superior de Educación del 2001, denominada Política Educación Integral de La expresión de la Sexualidad Humana (Acuerdo del artículo tres del acta 2001-12-06 modificado en su apartado No.6 con el acuerdo 02-08-04) integra esa dimensión, como elemento indispensable de una formación de sexualidad, pero agrega una dimensión formativa y afectiva, en la que se enfatiza (Las negritas no corresponden al original). Más adelante se puntualiza que con el contenido y las estrategias de este programa lo que se busca es “[...] generar cambios de actitud que potencien el respeto y la promoción de la persona humana”, sea la forma de actuar de los estudiantes, su comportamiento frente a la sexualidad, lo que lógicamente implica inculcarle valores, conocimiento, concepciones, destrezas y habilidades frente al fenómeno de la sexualidad. Prueba de lo que venimos afirmando, es que cuando se precisa que se entiende por educación para la afectividad y la sexualidad integral, “[...] parte de que la misión de la sexualidad es el vínculo, desde dimensiones afectiva, corporal, ética y espiritual, con el apoyo y la promoción de la madurez emocional”. Se entiende por lo espiritual lo relativo a los valores, los criterios éticos y el sentido de la vida”. Ahora bien, si nuestra sociedad tiene formalmente reconocidas como finalidades el pluralismo, la democracia y el respeto de libertad de pensamiento y de

creencias, es de esperar que dentro de ella surjan prosperen o decaigan numerosas visiones y perspectivas sobre una amplia variedad de cuestiones ideológicas y morales entre las cuales se incluyen las conductas sexuales de los individuos, las cuales a menudo se hallan estrechamente relacionadas con creencias religiosas o filosóficas de las personas; similarmente, también es inevitable que quienes profesan tales creencias, pretendan ejercitar el precitado derecho fundamental a transmitirlas a sus hijos.- Dentro de esta pluralidad, cabe entonces hacerse cuestión sobre la validez de imponer una visión de las conductas sexuales por parte del Estado en el sentido de preguntarse cuál entre todas ha de ser esa visión favorecida: ¿La de del Consejo Superior de Educación o la del señor Ministro de Educación Pública? ¿la de la señora Defensora de los Habitantes o la de los profesores que imparten la materia? ¿Debe imponerse la ligada a una práctica religiosa particular o más bien deben difundirse los criterios de los agnósticos, de los ateos, o de los amorales? Evidentemente, resulta imposible que el contenido de este tipo de programa pueda satisfacer a todos, es decir, esté acorde con las creencias religiosas y filosóficas de todos los padres de familias y sus hijos, de ahí que se reconozca la potestad del Estado de dar el contenido que considere el más conveniente, pero ante el hecho de que este tipo de enseñanza forma parte del acervo moral de los educandos e incide en su escala de valores, en sus creencias y en su conciencia, los padres que consideren que el contenido de guías sexuales afecta negativamente las creencias religiosas y filosóficas que quieren para sus hijos, no tienen la obligación de soportar una invasión de

parte del Estado, en un ámbito que el Derecho de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reserva a la esfera de la relación padres e hijos. En esta dirección, resulta pertinente traer a colación lo que la Corte Constitucional colombiana puntualizó en la sentencia T 662/99, en el sentido de que: “[...] no puede afirmarse que el pensamiento de uno de los estudiantes o su comportamiento moral o religioso legitimen conductas de la institución orientadas hacia el desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales, particularmente en el espacio reservado a su libertad de conciencia. Mientras se trate apenas de la profesión de sus ideas o de prácticas acordes con el libre ejercicio de aquélla, y en tanto con su conducta no cause daño a la comunidad estudiantil, la conciencia individual debe estar exenta de imposiciones externas”. La sociedad democrática es una sociedad tolerante y, por consiguiente, se impone tanto el respeto de las creencias de todas las personas que forman parte de la sociedad, como el derecho que dichas creencias se traduzcan en la realidad, independientemente de lo que piensen los demás sobre estas, así como a rechazar cualquier invasión en ámbito de la conciencia. Por ello, entiende este Tribunal que la manera apropiada de conciliar los derechos en juego en este caso, apunta a la necesidad de establecer un mecanismo en favor de aquellos padres que consideren que la puesta en ejecución del programa de estudio de “Educación para la afectividad y la sexualidad integral” afecta sustancialmente su derecho fundamental a incidir efectivamente en los aspectos que afecten la educación moral o religiosa de sus

hijos, según la formulación recogida en las normas de derecho positivo ya reseñadas”. En el desarrollo del tema que nos ocupa, se hace necesario hacer una aclaración de rigor, y es en lo que atañe al contenido esencial de la libertad de religión. Tal y como se explicó supra, para el TEDH el contenido esencial de esta libertad comprende la libertad de manifestar las creencias de manera privada, pero también conlleva su práctica en comunidad con otros y en público, y lo que respecta a sus manifestaciones tiene que estar íntimamente ligado con la religión o la creencia. Para la Sala Constitucional el contenido de la libertad religiosa comprende la libertad de conciencia, la libertad de culto, la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas. Al respecto, en la sentencia n.º 1993- 03173, la Sala expresó lo siguiente: “VII.- La libertad religiosa encierra, en su concepto genérico, un haz complejo de facultades. En este sentido, en primer lugar se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerado como un derecho público subjetivo individual, esgrimido frente al Estado, para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia hecha propia. Además, la integran la libertad de proselitismo o

propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, etc.”. Como puede observarse, el contenido esencial de la libertad religiosa en el ámbito europeo es más recortado que el que le da la Sala Constitucional, de ahí que la doctrina del TEDH tiene que ser recibida con reserva, tomando muy en cuenta ese hecho y, por consiguiente, por lo menos cuando se alega la objeción de conciencia por motivos religiosos, el norte ha de ser el contenido esencial de la libertad religiosa en los términos que lo ha definido esta Sala, y no el TEDH. [...]<sup>18</sup>.

## 5.- La objeción de conciencia en la teoría del delito

Debemos tener claro que, desde la perspectiva constitucional, todos los hechos amparados en la objeción de conciencia resultan lícitos, en protección a un derecho fundamental tan importante como este. Pero, desde el punto de vista penal, la situación cambia, pues, en esta materia, el análisis se realiza desde el punto de vista de la posición que el sujeto tiene al momento de la comisión de un delito por su situación de contradicción interna a raíz del grupo de valores, ideas o religión que él ha adoptado y que ejerce en su forma de vida.

Se ha llegado a afirmar que la objeción de conciencia deriva directamente de los derechos a la libertad, la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La libertad aquí debe ser tomada en cuenta desde dos vertientes, una negativa y otra positiva. En cuanto a su admisibilidad como causa de eximente penal, la tomamos en su vertiente negativa, como una facultad de no hacer una acción, cuya omisión implique cometer un delito.

Sin embargo, el problema que ello significa se da cuando esta libertad choca contra otro derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a un deber jurídico establecido en la norma. Lo que se propugna en estos casos es el hecho de reconocer este derecho a la libertad, a la conciencia individual sin limitaciones, más aún en aquellos casos que persiguen el mantenimiento del orden social, lo que conlleva a armonizar el derecho de libertad de conciencia con el ordenamiento jurídico<sup>19</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista de la libertad, hay que cuestionarse si la objeción de conciencia podría considerarse como una causal de atipicidad, de antijuridicidad, de inculpabilidad o de no punibilidad.

Una posición mayoritaria de la doctrina mencionada por todos los autores que a continuación se citarán considera dentro del derecho penal alemán que la objeción de conciencia es un caso de comisión de delito, con base en la antijuridicidad de la conducta y a su culpabilidad. En este sentido, la objeción de conciencia solo podría tratarse de una causa para el tratamiento más atenuado al momento de la determinación judicial de la pena<sup>20</sup>.

Hay un sector minoritario que se pronunció porque la objeción de conciencia fuera tomada como una

18 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 23195-2021 de las nueve horas con quince minutos del 15 de octubre de 2021.

19 Rosa Isabel, Flores-Chávez. (2022). “La objeción de conciencia como eximente de la responsabilidad penal”. *Revista Científica Ratio Iure*. Universidad Nacional de San Martín. Perú, pp. 1-3.

20 Joachim Hirsch, Hans. (2008). *Derecho penal*. Obras completas. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni. 1.<sup>a</sup> edición. 1.<sup>a</sup> reimpresión. Sante Fe, p. 175.

causa de justificación, basándose en la protección al derecho a la libertad de conciencia que brinda el artículo 4 de la Constitución alemana (GG), siempre que la disposición incumplida no proteja otro bien de naturaleza constitucional que resulte preferente en la ponderación. Otros consideran que se trata de un tema de inculpabilidad<sup>21</sup>, basado en la situación del conflicto emocional.

La utilización de la objeción de conciencia para procurar la culpabilidad o la falta de ella varía según el autor en lo que la dogmática se refiere, pues interesantes casos han sido analizados por la doctrina más calificada, de los cuales pasaremos a analizar brevemente las opiniones más relevantes.

### 5.1.- La posición de Hirsch

El profesor Hans Joachim Hirsch manifiesta en su obra que, para el estudio de la objeción de conciencia, hay que tener en cuenta las críticas de los distintos sectores que se han tomado respecto a ella.

Así, indica que un sector de la doctrina afirma que la libertad de conciencia está garantizada por el artículo 4 de la Constitución Política alemana, de donde resulta la supremacía de la decisión de conciencia, frente a las normas estatales, solución esta que da lugar a la exclusión de la antijuridicidad.

También señala que otro punto de vista reconoce la presencia de lo injusto, pero afirma la ausencia de culpabilidad, fundándose en la situación de conflicto emocional. Y también nos recuerda que, inclusive, en los tiempos de la posguerra, existió un debate en torno a una propuesta de los años 20 de encontrar una sanción penal no infamante para estos casos, situación que fue abandonada

con la introducción de la unificación de las penas privativas de libertad y los correspondientes cambios en la concepción de la pena<sup>22</sup>.

La importancia de la objeción de conciencia para el profesor Hirsch es que esta puede abarcar algunos casos importantes que quedarían cubiertos por ese artículo 4 de la Constitución, así, por ejemplo, el rechazo por motivos de conciencia del deber de vacunación obligatoria o de ciertas obligaciones escolares (como la participación de jóvenes islámicas en clases de deporte); pero también la negativa a cumplir una orden militar por razones de conciencia o la violación del secreto profesional originada en necesidades de conciencia, y todo ello con independencia de que las disposiciones afectadas constituyan tipos penales o contravencionales.

Además, agrega que, para la doctrina constitucionalista ampliamente mayoritaria, se consideran lícitas aquellas actuaciones de conciencia amparadas por el derecho fundamental en su vertiente de derecho subjetivo. Pero, en contra de ello, la doctrina penal sostiene de manera minoritaria la solución de la exculpación, pero mayoritariamente tan solo admite algún efecto en la fase de determinación de la pena<sup>23</sup>.

### 5.2.- La posición de Hans Heinrich Jescheck

Para Jescheck, la posibilidad de tener en cuenta decisiones adoptadas en conciencia ha sido defendida con frecuencia respecto a los hechos omisivos. Según él, esta tesis es la correcta, puesto que, de hecho, no puede ser defendible forzar a alguien por medio de una amenaza penal a una acción que rechaza por ser contraria a su conciencia. El reconocimiento de la decisión adoptada en conciencia como causa de exclusión

21 Flores Mendoza, Fátima. (2001). *La objeción de conciencia en derecho penal*. Granada: Editorial Comares, p. 178.

22 Joachim Hirsch, Hans....*Op. cit.*, p. 176.

23 Joachim Hirsch, Hans....*Op. cit.*, pp. 179-180.

de la pena en los hechos omisivos presupone que el afectado por la omisión del autor, en cuyo beneficio se ordena la acción, también la ha rechazado<sup>24</sup>.

Jescheck parte de casos raros y excepcionales que se han presentado en la jurisprudencia alemana. Por ejemplo: el Tribunal Constitucional anuló la condena de un marido, miembro de una asociación religiosa “Testigos de Jehová” por una omisión del deber de socorro que es un delito de omisión impropia. El marido había omitido influir en su mujer que pertenecía a la misma comunidad religiosa que él, para que tras un parto se dejara aconsejar médicaamente en un hospital donde también podría recibir transfusión. El marido se sintió vinculado, al igual que su mujer, por la doctrina de la hermandad que consistía en que, en el tal caso, la mejor solución era rezar a Dios. La mujer murió, pero podía haber sobrevivido con ayuda médica.

El tribunal decidió que el comportamiento del marido era en verdad digno de desaprobación, pero que “no sería reprochable al no estar justificado proceder contra el autor con el arma más grave que está a disposición de la sociedad: el derecho penal”<sup>25</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo no condenó por tentativa de homicidio omisiva (delito de omisión impropia) al médico que, por expreso deseo de una paciente que se encontraba gravemente herida e inconsciente tras un intento de suicidio, esperaba sin disponer nada hasta el comienzo de la muerte de esta para internarla en la unidad de cuidados intensivos. Tal decisión se debió a que “la decisión médica adoptada en conciencia

no puede ser considerada por el Derecho como indefendible”<sup>26</sup>.

### 5.3.- La posición de Stratenwerth

El profesor Stratenwerth lo enlista como un caso particular de inexigibilidad, pero dándole el tratamiento de un caso de “estado de necesidad por conciencia” generador de exculpación. Al respecto señala:

En la medida en que la Constitución no sólo protege la libertad de formación de la conciencia, sino también del ejercicio de la conciencia, la conducta correspondiente no puede estar jurídicamente prohibida, y en aquellos casos en que, a la inversa, aún tomando en consideración el art. 4,I, GG, sí lo esté, la libertad de conciencia no será capaz ni de justificarla ni de excusarla. Frente a ello, el derecho penal puede tener en cuenta la situación de coerción personal del autor bajo el punto de vista de la reprochabilidad, sin cuestionar la norma por él vulnerada como tal y sólo esto es lo que está en juego en el autor de conciencia. Por ello, lo único que importa es si un vínculo de conciencia tan intenso que en ciertas circunstancias incluso puede impulsar al autor a asumir la pérdida de los familiares más cercanos (como el caso de los Testigos de Jehová) puede ser equiparado a la presión que la ley presupone cuando resulta amenazado uno de los bienes jurídicos mencionados en el §35 (referido a la vida, el cuerpo o la libertad), y ello, en principio, parece indudable<sup>27</sup>.

24 Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. (2020). *Tratado de derecho penal. Parte general*. 1.<sup>a</sup> edición. Volumen II. Traducción de la 5.<sup>a</sup> edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Perú. p. 762.

25 Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas...*Op. cit.*, p. 762.

26 Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas...*Op. cit.*, pp. 762-763.

27 Stratenwerth, Günther. (2005). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. 4.<sup>a</sup> edición totalmente renovada.

#### 5.4.- La posición de Hans Welzel

Welzel ubica a la objeción de conciencia como un conflicto de conciencia en el estadio de la culpabilidad, calificándolo como un estado de necesidad exculpante supralegal, afectando la parcela de la inexigibilidad. Al respecto, manifestó lo siguiente:

El estado de necesidad de derecho penal de los artículos 52 y 54 se estructura sobre la idea de que, en casos de necesidad de cuerpo y vida, la obediencia inquebrantable al derecho supondría un sacrificio tan grande para el autor, que no se le puede exigir un comportamiento adecuado al derecho, considerando su instinto de conservación. Por esta razón, los §§ 52 y 54 limitan la exclusión de la culpabilidad a situaciones en las que el autor mismo o sus familiares cercanos se encuentran en una situación de necesidad con riesgo de cuerpo o vida. Sin embargo, hay situaciones en las que no opreme al autor o a un familiar suyo esa necesidad, y es una necesidad ajena de esa misma naturaleza la que lo lleva a una contradicción de deberes (conflicto de conciencia), al que no puede sustraerse, sin asumir una medida determinada de culpabilidad moral. Ejemplo: en el tramo empinado de una cordillera se desacopla un vagón de carga, y baja a gran velocidad hacia una pequeña estación situada en el valle, en la que, circunstancialmente, se encuentra detenido un tren de pasajeros. En caso de que el vagón de carga siga por la misma vía, chocará con aquél y causará la muerte de un gran número de personas. Un empleado del ferrocarril

que prevé la desgracia, cambia, en el último momento la aguja que hace que el vagón de carga se dirija hacia la única vía lateral, en la que en ese momento descargan algunos obreros un vagón. A consecuencia del choque, mueren tres obreros, como lo previó el empleado. En el caso planteado, el autor no puede sustraerse a la decisión. Si hubiera dejado que las cosas siguieran su curso, cargaría sobre sí una culpabilidad mayor, pues no hubiera evitado la muerte de gran cantidad de personas, que por su acción -por la cual, por cierto, algunas pocas personas murieron- fueron salvadas. Por ello, la última decisión es la éticamente correcta. Pero también ella lo envuelve en un actuar injusto y en culpabilidad moral, porque utiliza seres inocentes como mero medio para salvar a otros. Pero el orden jurídico no puede hacerle un reproche de culpabilidad ante la comunidad jurídica, porque tomó a su cargo un resultado injusto menor para evitar otro más grave. Falta la culpabilidad jurídica como reprochabilidad social del hecho, porque cualquier otro colocado en la misma situación jurídica que el autor, tenía que actuar correctamente, del mismo modo que el autor lo hizo<sup>28</sup>.

Otro ejemplo que acuña Welzel para explicar este tipo de conflictos internos es el caso del nacionalsocialismo de su época y lo fundamentó de la siguiente manera:

[...] En un conflicto de este tipo se encontraron numerosos médicos por la orden de “eutanasia” de Hitler de dar muerte a los enfermos mentales. Sólo

28 Welzel, Hans. (1956). *Derecho penal. Parte general*. Roque Depalma Editor. Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires, pp. 185 a 187.

podían salvar a los enfermos que les estaban confiados, afectados por la orden secreta, entregando un cierto número de ellos a la acción homicida y salvando de este modo a una parte considerable; si se hubiesen negado a colaborar, hubieran sido sustituidos por médicos complacientes que habrían dado muerte a todos los enfermos afectados por la orden [...] El autor no puede sustraerse aquí de la decisión. Si deja que las cosas sigan su curso, se convierte en causa de la muerte de todos o de la mayor parte de los enfermos e incurre en una culpabilidad moral mayor que si se hubiera prestado su colaboración, pues de este modo hubiera podido salvar al menos a una parte de los enfermos. La última decisión es por ello, la éticamente correcta. Pero ésta le hace incurrir también en injusto y en la culpabilidad moral, porque utiliza a hombres inocentes como medio para salvar a otros<sup>29</sup>.

De esta manera, el conflicto de conciencia excluiría la culpabilidad en el finalismo, dejando sobreviviente al injusto penal con los efectos que para la época se creía que se debía atribuir por su sola configuración.

### 5.5.- La posición de Roxin

En determinados casos de hacer positivo, el profesor Claus Roxin propone ir más allá de los límites del hecho omisivo. En ese sentido, debe quedar impune aquel que, ante un ineludible conflicto de conciencia y a pesar del artículo 216 del Código Penal alemán (homicidio a

petición), mata a un enfermo que padece graves sufrimientos por su petición seria y expresa. La misma impunidad debe aplicarse para aquel que, impedido de acudir a tiempo a un servicio religioso incondicionalmente prescrito por sus creencias, utiliza una bicicleta o un vehículo de motor ajeno en infracción al artículo 248.b del Código Penal alemán (uso no autorizado de un vehículo). También es aceptada la impunidad, si alguien se siente internamente coaccionado u obligado a traicionar un secreto.

Sin embargo, debe ser rechazada la extensión de la decisión adoptada en conciencia a los delitos que han sido cometidos mediante un hacer positivo, pues de esta manera la protección del ciudadano por el derecho penal estaría en gran medida puesta a disposición del autor que se comporta según su conciencia. No obstante, el artículo 4 GG no ha de entenderse en el sentido de la anulación parcial del ordenamiento penal<sup>30</sup>.

### 5.6.- La posición de Günther Jakobs

En la dogmática alemana, el profesor Günther Jakobs opina que existen dos tipos de autores por convicción:

1.- El problema del autor por convicción no se presenta en todo comportamiento antijurídico que resulta de una convicción. Si el autor puede compaginar un comportamiento alternativo conforme a derecho con su identidad, el conflicto entre la convicción y el derecho es resoluble, y se tratará únicamente de valorar su convicción como motivo de la acción en el marco de la determinación de la pena; ejemplos: Un médico que considera superada cualquier reglamentación

29 Welzel, Hans. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Segunda reimpresión. Editorial B de F. Traducción y notas de José Cerezo Mir. Montevideo-Buenos Aires. 2004, pp. 197-198.

30 Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S. A., pp. 941-953.

de la interrupción del embarazo; un activista político para quien la democracia es una forma de Estado decadente y que ha de superarse; un cazador que opina que los períodos de veda para la caza mayor son erróneos desde el punto de vista ecológico, etc., desde luego, cometan delitos sin considerarse imperativamente obligados a hacer valer el orden mejor según su parecer. Si estos autores por convicción «*blandos*» creen que actúan en favor de un orden deseable, disminuye su culpabilidad, si cabe valorar el orden perseguido positivamente desde el punto de vista jurídico, lo cual se deduce de aplicar las reglas generales de determinación de la pena<sup>31</sup>.

2.- Por el contrario, en el autor por convicción «*duro*», el conflicto entre convicción y derecho es irresoluble; si no hace caso a su convicción, daña a su persona. De acuerdo con una definición, generalmente aceptada del Tribunal Constitucional, la decisión en virtud de convicción consiste en «toda decisión ética seria, es decir, orientada a las categorías de “lo bueno” y “lo malo” que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como forzosa e incondicionalmente obligatoria para él, de modo que no podría actuar en contra de ella sin un grave conflicto de conciencia».

Así, no existe delito en situación de conflicto ya porque la convicción del autor es en sí completamente consecuente. Precisamente, la falta de fisuras en máximas de conducta rigurosas puede constituir una señal de falta de relación con la realidad. Pero el autor debe mantener la convicción aun cuando lo inculpe. En la disposición a soportar también los costos de la convicción, se muestra la vinculatoriedad de esta. Distinguir, dentro de las convicciones vinculantes, entre las convicciones «auténticas»

y las meras «ideologías», no resulta posible, lo que desde luego no significa que sea irrelevante el contenido de la convicción, pues si el autor es responsable del conflicto o no (y en qué medida) depende de las posibilidades de *desplazarla a otros sistemas*. Las posibilidades, a su vez, se rigen por la medida en la que el conflicto puede dañar al orden normativo.

El que se pueda mantener en favor del sectario esotérico, lo que surte efecto inculpatorio sobre el terrorista agresivo, es decir, la inquebrantabilidad de la convicción, constituye una señal inequívoca en favor de la naturaleza funcional del concepto de culpabilidad y no ha de ocultarse vergonzantemente, sino desplegarse abiertamente.

Se trata de averiguar si el autor, al no poder compaginar su convicción y el ordenamiento jurídico, manifiesta, desde el punto de vista del ordenamiento, un déficit de socialización, y por eso cabe exculparlo cuando este hallazgo —paralelamente a la situación en la capacidad de culpabilidad o en error de prohibición en el ámbito central— se puede explicar al margen del autor sin merma para el ordenamiento jurídico. Si falta esta posibilidad, el autor no está exculpado ni siquiera cuando el conflicto adopta para él una magnitud existencial<sup>32</sup>.

### **5.7.- La posición de Muñoz Conde**

Para Muñoz Conde, debe resolverse el asunto de la delincuencia por conciencia siempre a nivel de la culpabilidad, a nivel de la relevancia del error de prohibición y de la no exigibilidad de una conducta distinta en casos donde el autor actúa con base en una creencia distinta a lo que manda

31 Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.<sup>a</sup> edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons.

32 Jakobs, Günther... *Op. cit.*, pp. 700-701.

el ordenamiento jurídico, posición totalmente posible debido al tema de las sociedades pluralistas y multiculturales que pueden existir en un sistema democrático. Al respecto nos indica:

Fuera de estos casos parece que el Estado no puede conceder más relevancia eximente o atenuante a las creencias y opiniones subjetivas individuales, ya que ello haría depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo. Sin embargo, en una sociedad democrática y, por tanto, pluralista, es inevitable un cierto grado de discrepancia y aun de rebeldía del individuo frente a una norma o disposición concreta o un sector completo del Ordenamiento jurídico. Esta discrepancia se debe a veces a conflictos de conciencia: el sujeto tiene una actitud valorativa diferente a la de la norma que infringe y, aunque conoce el ámbito prohibitivo de la misma, no le reconoce eficacia motivadora de sus actos, salvo el de la simple conminación penal. Desde un punto de vista moral, el delincuente por convicción o por razones de conciencia no debe considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma. Otra cosa sucede desde el punto de vista jurídico. En la eterna pugna entre culpabilidad y prevención, aquélla casi siempre se sacrifica a ésta, sobre todo cuando se teme que la discrepancia individual debilite la vigencia objetiva de las normas jurídicas y cunda el mal ejemplo en la comunidad [...] Cuando las leyes no prevén alternativas que respeten la libertad de conciencia, hay que plantearse la naturaleza del bien

jurídico conculado. Cuando éste es uno de los bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, no se puede dar ninguna relevancia a la decisión de conciencia que los ataque, ya que dichos bienes jurídicos son más importantes que la libertad de conciencia y son indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que obviamente también tienen derecho a su protección jurídica [...] Los casos en los que el conflicto de conciencia no lleva a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos fundamentales deben solucionarse, en la medida de lo posible, por otras vías distintas a la penal<sup>33</sup>.

Sobre su insistencia de que dichos casos pueden resolverse a nivel del error de prohibición o de la exigibilidad de actuar conforme a derecho, señala:

La fundamentación legal que a la exención o, por lo menos, atenuación de la pena se puede dar, aparte de invocar directamente el art. 16 de la Constitución, puede ser el estado de necesidad (conflicto entre la libertad de conciencia y el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), o incluso el art. 14,3 del Código penal, entendiendo que la «creencia jurídica diferente» tiene cabida también en el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal. Sólo así podrá evitarse que la solución jurídica a determinados conflictos sociales sea siempre una solución punitiva o, lo que es peor, que el Derecho penal sea un instrumento para imponer por la fuerza sistemas de valores o intereses más que cuestionables<sup>34</sup>.

33 Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. (2008). *Derecho penal. Parte general*. 8.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día. España: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 393-394.

34 Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes... *Op. cit.*, p. 395.

## Conclusiones

La objeción de conciencia entendida como derecho permite, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la asunción de posiciones válidas en contra de las normas que coarten de manera injustificada nuestra ideología, cultura, religión y, en general, todo tipo de pensamientos.

El derecho constitucional asume este derecho como un derecho fundamental y también un derecho subjetivo. Tal y como lo hemos podido apreciar, se ha analizado una multiplicidad de casos donde la libertad de pensamiento se ha visto enfrentada con posiciones de orden público o estatal que tendían a menoscabarla, pero que, luego de un análisis pormenorizado, dicha libertad fue declarada como el derecho más importante en ese enfrentamiento.

Un análisis distinto se realiza desde el punto de vista del derecho penal donde la objeción de conciencia solo se puede utilizar -según la posición mayoritaria- para atenuar la pena o ajustarla en una escala menor cuando la conducta típica, antijurídica y culpable se ha realizado tomando en cuenta un enfrentamiento entre la conciencia del autor y la situación material.

También en materia penal, por otro sector minoritario, se ha querido analizar el tema como una causal de exclusión de la exigibilidad de actuar conforme a derecho, como un estado de necesidad exculpante, donde prevalece la conciencia del individuo frente a un mandato o una prohibición de carácter normativo.

Cualquiera que sea la posición, el derecho de objeción de conciencia es un tema muy importante en el ordenamiento jurídico costarricense, ya sea por la importancia que nuestra Sala Constitucional le ha dado en sus análisis como por la influencia directa que el derecho penal alemán tiene en nuestro país y, en general, en América Latina.

Por esa razón, es importante seguir una discusión detallada respecto a este tema tan importante y no perder de vista que la libertad de pensamiento, de religión o ideológica sigue siendo uno de los pilares fundamentales de inmediata aplicación del ser humano y figura como soporte material de nuestra vida diaria.

## Bibliografía

Capdevielle, Pauline. (2015). “La libertad de conciencia frente al Estado laico”. En: *Serie Cultura Laica*. Número 5. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 19. Recuperado el 7 de marzo de 2025 de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3872/9.pdf>.

Chiassoni, Pierluigi. (2013). “Laicidad y libertad religiosa”. En: *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo para Entender y Pensar la Laicidad*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Número 10. UNAM. México.

Contreras Mazario, José María. (1993). “Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y derecho”. En: Peces Barba, G. *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*. Universidad Carlos III de Madrid. BOE.

Definición del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, tomada el 4 de marzo de 2025 de <https://dle.rae.es/conciencia>

Flores Mendoza, Fátima. (2001). *La objeción de conciencia en derecho penal*. Granada: Editorial Comares.

Jakobs, Günther. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.<sup>a</sup> edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general.* 1.<sup>a</sup> edición. Volumen II. Traducción de la 5.<sup>a</sup> edición alemana, completamente renovada y ampliada por Miguel Olmedo Cardenete. Instituto Pacífico. Perú.

Llamazares Fernández, Dionisio. (2007). *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad.* 3.<sup>a</sup> edición. Pamplona: Editorial Thomas-Civitas.

Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. (2008). *Derecho penal. Parte general.* 8.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día. España: Editorial Tirant lo Blanch.

Nino, Carlos. (1984). Ética y derechos humanos. Editorial Paidós. Buenos Aires.

Peces-Barba, Gregorio. (1995). Ética, poder y derecho. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 60-62.

Rawls, John. (1979). *Teoría de la justicia.* Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México.

Rivero, Jean. (1997). *Las libertades públicas.* Tomo 2. 6.<sup>a</sup> edición. PUF. París.

Rosa Isabel, Flores-Chávez. (2022). “La objeción de conciencia como eximiente de la responsabilidad penal”. *Revista Científica Ratio Iure.* Universidad Nacional de San Martín. Perú.

Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Tomo I. Traducción de la 2.<sup>a</sup> edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas S. A.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 23195-2021 de las nueve horas con quince minutos del 15 de octubre de 2021.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 17098-2021 de las doce horas con treinta minutos del 31 de julio de 2020.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 16119-2020 de las doce horas con treinta minutos del 24 de enero de 2020.

Schmitt, Carl. (1983). *Teoría de la Constitución.* Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Editorial Alianza.

Stratenwerth, Günther. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible.* 4.<sup>a</sup> edición totalmente renovada. 2.<sup>a</sup> reimpresión. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. José Luis Depalma Editor. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Tomás y Garrido, Gloria María. (2012). *Conciencia y objeción de conciencia.* Persona y Bioética. Universidad La Sabana. Volumen 16. Número 1. Recuperado el 4 de marzo de 2025 de: <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2360>

Welzel, Hans. (1956). *Derecho penal. Parte general.* Roque Depalma Editor. Traducción del alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Buenos Aires.

Welzel, Hans. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Segunda reimpresión. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F. Traducción y notas de José Cerezo Mir.

Xiol Ríos, Juan Antonio. (2001). “La libertad ideológica o libertad de conciencia”. En: *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas*

*de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.* CEPC. Tribunal Constitucional, Madrid.

# LA NECESIDAD DE CREAR UN REENVÍO DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Dr. Haideer Miranda Bonilla<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente estudio tiene como finalidad analizar de manera introductoria el diálogo judicial institucional, así como la competencia consultiva tanto en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular con la entrada en vigor del *Protocolo n.º 16* a la Convención Europea de Derechos Humanos, con la finalidad de plantear la necesidad de que, en el Sistema Interamericano de Protección, se formalice la existencia de un reenvío de convencionalidad que les permita a los jueces y las juezas nacionales -constitucionales y supremos- acudir a la Corte Interamericana cuando tengan serias dudas sobre la compatibilidad de la normativa interna con el parámetro de convencionalidad.

**Palabras claves:** diálogo judicial, opinión consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, control de convencionalidad, reenvío de convencionalidad.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze in an introductory manner the institutional judicial dialogue, as well as the advisory jurisdiction both in the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights and in the European Court of Human Rights, particularly with the entry into force of Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, in order to raise the need for the Inter-American Protection System to formalize the existence of a preliminary ruling of conventionality that allows national judges - constitutional and supreme - to go to the Inter-American Court when they have serious doubts about the compatibility of domestic regulations with the conventionality parameter.

**Keywords:** judicial dialogue, advisory opinion, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, conventionality control, preliminary ruling of conventionality.

Recibido: 10 de marzo de 2024 Aprobado: 14 de mayo de 2025

1 Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional, y especialista en Estudios Internacionales, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia. Profesor de Derecho Constitucional en grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Profesor especialista en Justicia Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Correo electrónico: [haideer.miranda@ucr.ac.cr](mailto:haideer.miranda@ucr.ac.cr).

\*\* Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. El diálogo judicial institucional. – 3. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. – 4. La posibilidad de las juezas y los jueces nacionales de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. – 5. La necesidad de crear un reenvío de convencionalidad ante la Corte de San José como instrumento para fortalecer el control de convencionalidad, el diálogo judicial y el *ius commune* interamericano. – 6. Conclusiones. – 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El diálogo judicial es uno de los temas de mayor actualidad en la protección de los derechos humanos, así como en el constitucionalismo contemporáneo y latinoamericano<sup>2</sup>. A partir de mediados del siglo XX, se empezó a hablar de la “internacionalización del derecho constitucional” y, más recientemente, de la “constitucionalización del derecho internacional”.

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado.

Por su parte, la constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional; es decir, son constitucionales del orden internacional que implica el respeto por los derechos humanos<sup>3</sup>.

El primero de los fenómenos opera en el ámbito interno, en la medida que cada Estado fija de forma autónoma el rango o la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, en el segundo de los fenómenos, se puede evidenciar cómo el derecho internacional de

- 
- 2 Sobre el tema existe una vasta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: Cartabia, Marta. “Taking dialogue seriously. The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union”. En Jean Monnet working papers. Número 2/2007. Cassese, Sabino, Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Einaudi, Torino 2009. ID. I tribunali di bable. I giudici alla ricerca di un ordine globale, Donzelli, Roma, 2009. De Vergottini, Giuseppe, Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, Il Mulino, Bolonia, 2010. ID. Il dialogo transazionale tra le corti, Scientifica, Napoli, 2010. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa, México, 2012. ID. (coord.). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap, México, 2012. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García, Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. García Roca Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). El Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos. Civitas, Madrid, 2012. Groppi, Tania. “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11, Il Mulino, Bolonia, 2011, p.199 – 207. Miranda Bonilla, Haideer. *Diálogo judicial interamericano: entre constitucionalidad y convencionalidad*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2016. Pegoraro, Lucio. “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor Eduardo, Herrera García Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 33 – 80. Pertici, Andrea, Navarretta, Emanuella, Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione. Edizioni Plus, Pisa, 2004. Pizzorusso, Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Giappichelli, Torino, 2008. Zagrebelsky, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino, Bolonia, 2008.
- 3 Corte IDH. Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174, párr. 6.

los derechos humanos se ha nutrido de institutos jurídicos propios del derecho constitucional. En este sentido, puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que lleva a cabo las cortes o tribunales constitucionales y el control concentrado de convencionalidad que lleva a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante la Corte IDH –, pues, en términos generales, ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana<sup>4</sup>.

Asimismo, en el sistema interamericano de protección, en la formalización del control de convencionalidad en sede nacional, a partir de la sentencia “Almonacid Arellano vs. Chile”, la jurisdicción interamericana tomó como referencia la jurisprudencia de órganos de justicia constitucional de la región, quien desde hace tiempo viene ejerciendo ese tipo de control en sus respectivos ordenamientos<sup>5</sup>. Lo anterior evidencia la existencia de una viva interacción, es decir, un *judicial dialogue* entre las jurisdicciones convencional y constitucional en la región que no está ajena a los conflictos entre ordenamientos, lo importante es que ello no llegue a desencadenar una guerra entre cortes<sup>6</sup>.

El presente estudio tiene como finalidad analizar a manera introductoria el diálogo judicial institucional, así como la competencia consultiva tanto en la jurisdicción de la Corte IDH como

en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante Tribunal EDH–, en particular con la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, con la finalidad de plantear la necesidad de que, en el Sistema Interamericano de Protección, se formalice la existencia de un reenvío de convencionalidad que les permita a las personas juzgadoras nacionales –constitucionales y supremas- acudir a la Corte de San José cuando tengan serias dudas sobre la compatibilidad de la normativa interna con el parámetro de convencionalidad, tal y como se va exponer más adelante.

## 2. El diálogo judicial institucional

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos», o bien, la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al derecho internacional y de sentencias de otras Cortes Constitucionales<sup>7</sup>.

Es por ello que la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y las ideas) se produce hoy, en gran medida, por vía jurisprudencial, gracias sobre todo a las aportaciones de las cortes constitucionales y de las cortes internacionales

4 Hitters, Juan Carlos. (2009) “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Estudios Constitucionales*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca. Año 7. N.º 2, pp.109-128.

5 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

6 Miranda Bonilla, Haideer. (Enero-abril de 2023). “Tensiones y conflictos entre las Cortes y Tribunales Constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Número 160. Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, pp .1 – 33.

7 Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época, se puede mencionar: L'Heureux, Dube C. (2001). “The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”. En Harvard Law Review, pp. 2049 ss. Slaughter, Anne. (2003). “Global Community of Courts”. En Harvard International Law Journal, pp.191 ss.

y trasnacionales<sup>8</sup>. Ello evidencia la importancia que ha asumido cada vez más la utilización de la comparación jurídica en el ámbito de la protección de los derechos humanos<sup>9</sup>.

El derecho comparado es la rama de las ciencias jurídicas que estudia los sistemas jurídicos (en su mayoría estatales) comparándolos entre sí, mediante un análisis de sus similitudes y diferencias<sup>10</sup>. La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo<sup>11</sup>. Hacer derecho comparado es (también y no solo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes<sup>12</sup>.

La palabra diálogo viene del latín *dialōgus* que significa discurso racional o ciencia del discurso, hace referencia a (dos y logos), cuya interpretación suele referirse al discurso racional o el intercambio de palabras entre dos o más personas. El diálogo es la plática entre dos o más

personas, que alterativamente manifiestan sus ideas<sup>13</sup>.

En el ámbito jurídico, evidentemente, esta temática hace referencia a la comunicación entre autoridades judiciales en las cuales existen diferentes instancias de protección; es decir, un constitucionalismo multinivel<sup>14</sup>. El diálogo judicial permite la creación de espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones en aspectos relacionados con la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En esta materia, se debe distinguir entre el diálogo horizontal, vertical y el institucional, entre otros. El diálogo horizontal se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre cortes, salas o tribunales constitucionales, o a nivel convencional entre la Corte IDH y sus homólogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Africana de Derechos Humanos. A este propósito, hay ordenamientos que demuestran una apertura en la utilización del derecho comparado y la jurisprudencia de tribunales internacionales como la Corte Constitucional Sudafricana y, en sentido opuesto, hay casos de ordenamientos donde esta apertura

- 8 Pegoraro, Lucio. “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García, Alfonso (coords.). (2013). *Diálogo Jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 61.
- 9 Sobre la utilización de jurisprudencia extranjera por parte de jurisdicciones constitucionales, se puede consultar el estudio pionero de Pegoraro, Lucio. (2006). *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica Condividi*. CLUEB, Bolonia.
- 10 Kotz, Heinz, Zweigert, Konrad. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. Giuffrè. Milán, p. 6.
- 11 De Vergottini, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. CEDAM. Milán. 2013, p. 52.
- 12 Pegoraro, Lucio. *Diritti costituzionali comparati. Aspetti Metodologici*. Milán. 2013, p. 21.
- 13 *Diccionario de la lengua española. Real Academia Española*. Término diálogo.
- 14 Romboli, Roberto. “Prólogo” al libro de Miranda Bonilla, Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, número 17. Bogotá: Nueva Jurídica, p.7.

es muy limitada, como la Corte Suprema de los Estados Unidos<sup>15</sup>.

El diálogo vertical es aquel que se lleva a cabo en la relación entre jurisdicciones nacionales, internacionales o supranacionales, pudiéndose realizar de arriba abajo o viceversa. En este ámbito, se estudia, por ejemplo, la relación que existe entre las Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales y la Corte IDH en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección. Por su parte, en el ámbito de la tutela multinivel en Europa se analiza la relación de las jurisdicciones constitucionales con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a nivel supranacional con la Corte de Justicia de la Unión Europea (U. E.).

Por su parte, el diálogo institucional es aquel que se encuentra regulado a nivel normativo y que se halla 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.), el cual permite que cuando el juez o la jueza nacional tenga serias dudas sobre la interpretación y validez de la normativa comunitaria pueda plantear una consulta prejudicial ante la Corte de Justicia de la Unión Europea –órgano jurisdiccional de la integración europea–, siendo una obligación para las jurisdicciones de última instancia y una simple facultad para las restantes personas juzgadoras.

Este procedimiento 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<sup>16</sup>. En el derecho comunitario transnacional, el reenvío prejudicial ha sido formalizado 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. Asimismo, en el ámbito de la Comunidad Andina, este instrumento ha sido formalizado en los artículos 32 y 36 del *Protocolo de Cochabamba*. En el ámbito convencional europeo, es de gran importancia la entrada en vigor del *Protocolo* número 16 adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 2 de octubre de 2013, el cual crea un novedoso procedimiento que permite a los tribunales nacionales supremos solicitar “opiniones consultivas” al Tribunal EDH cuando tengan dudas relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

### **3. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 64.1 que cualquier Estado miembro de la O.E.A. o los órganos de esta pueden consultar a la Corte IDH, acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La Corte puede emitir también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la organización, una opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados<sup>17</sup>.

15 Groppi Tania. (2011). “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11. Bolonia: Il Mulino, p. 201.

16 Romboli, Roberto. (2014). “Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo”. En *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Número 3, pp. 3-5.

17 Sobre la función consultiva de la Corte IDH, se puede ver: Ventura, Manuel y Zovatto, Daniel. (1989). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Pacheco Gómez, Máximo. (2003). “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En AA.VV. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Corte IDH. 2.a ed. Tomo I. San José, pp. 93 – 106.

Dicha función permite a la Corte de San José interpretar cualquier norma de la Convención Americana o de otros tratados que conforman el parámetro de convencionalidad, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la jurisdicción interamericana tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la convención, incluso aquellas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser el “intérprete última de la Convención Americana”<sup>18</sup>. El tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo<sup>19</sup>.

Los órganos legitimados para solicitar una opinión consultiva son los Estados miembros de la O.E.A. –independientemente de que hayan suscrito la Convención Americana o ratificado la competencia contenciosa–, así como una serie de órganos de la O.E.A., dentro de los que destacan: la Comisión Interamericana, la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano, la Secretaría General de las Conferencias Especializadas y los organismos especializados.

No obstante, en la actualidad, ningún órgano jurisdiccional puede solicitar una opinión consultiva, a pesar de que, en la arquitectura institucional del sistema convencional, la jueza o

el juez nacional es la primera jueza o el primer juez interamericano y tiene un rol fundamental en la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

En relación con la solicitud de una opinión, es necesario que se formulen con precisión las preguntas planteadas a la Corte de San José, especificando las disposiciones que deben ser interpretadas, así como indicar las consideraciones que las originan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte. Por ello, la competencia consultiva no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones puramente académicas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva<sup>20</sup>.

En el procedimiento de tramitación de una consulta consultiva, la Corte IDH da audiencia a los Estados miembros de la O.E.A., al secretario general y al presidente del Consejo Permanente de la O.E.A., así como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que presenten, en un determinado plazo, observaciones por escrito y documentos relevantes relacionados con la solicitud mencionada<sup>21</sup>.

Asimismo, la Secretaría de la Corte invita, a través de su sitio web, a diversas organizaciones y sociedad civil en general, además de instituciones académicas de la región, así como a cualquier

18 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, párr. 124, y *Caso la Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 173.

19 Corte IDH. Opinión consultiva OC-7/87 del 29 de agosto de 1987. “Otros tratados” Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 7, párr. 14; OC-18-03 del 17 de septiembre de 2003. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, párr. 64 y *OC-19-05 del 28 de noviembre de 2005. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*”. (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 18.

20 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 16). *Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño del 28 de agosto de 2002*. Serie A n.º 17, párr. 35.

21 Artículo 67.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

persona interesada en remitir su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El anterior procedimiento de consulta se encuentra regulado en el artículo 67.3 del Reglamento de la Corte que se denomina *amicus curiae*<sup>22</sup>. Posteriormente, la Corte IDH lleva a cabo una audiencia pública con la presencia de todas las partes quienes presentan sus argumentos.

A través de las 29 opiniones consultivas emitidas a enero de 2024, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; *habeas corpus* bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana y el artículo 55 de la Convención Americana.

En la opinión OC-21 del 19 de agosto del 2014, se pronunció sobre los derechos y garantías de

niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Posteriormente, en la OC-22 del 26 de febrero del 2016, analizó la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En la histórica OC-23 del 15 de noviembre de 2017, se pronunció sobre medio ambiente y derechos humanos, en particular sobre las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

En la opinión consultiva OC-24 del 24 de noviembre del 2014, se refirió a la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana.

En la OC-25 del 30 de mayo de 2018, se refirió a la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección. Además, se ha pronunciado más recientemente sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sobre los

22 Sobre los orígenes de esta figura en el derecho internacional público y la necesidad de su implementación en sede constitucional, se puede consultar: Bazán, Víctor. (2010). “La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*. Número 3, Ecuador, pp. 123 – 148.

enfoques diferenciados respecto a determinados grupos de personas privadas de la libertad.

A pesar de llamarse opinión y que para un sector de la doctrina no tienen un carácter vinculante para el Estado u órgano consultante, lo cierto es que tienen innegables efectos jurídicos, pues, en la praxis, algunas de las interpretaciones más importantes sobre los alcances de normas concretas de la Convención Americana se han realizado por medio de opiniones consultivas<sup>23</sup>.

Nótese que, en algunos ordenamientos, se ha determinado su carácter vinculante, y algunas jurisdicciones constitucionales las han utilizado en sus sentencias cuando han realizado un control difuso de convencionalidad<sup>24</sup>.

Así, por ejemplo, en Costa Rica<sup>25</sup>, la Sala Constitucional de manera pionera les ha reconocido un carácter vinculante a las opiniones consultivas, tal y como lo ha sostenido desde la sentencia número 1995-2313, en donde dispuso: “*las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense*”<sup>26</sup>.

En esa resolución, la Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte IDH sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva n.º OC-5-85 del 13 de noviembre de 1985<sup>27</sup> en el sentido de que: “*que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”<sup>28</sup>.

El fallo resalta la importancia de que no solo se cumpla con lo dispuesto en el texto de la Convención Americana, sino también en los criterios interpretativos que son los que le dan vida a esta.

Esa construcción realizada a nivel constitucional fue reconocida posteriormente por la Corte IDH en la sentencia de supervisión de cumplimiento en el caso Gelman, en la que realizó la distinción entre los efectos directos e indirectos de las sentencias convencionales<sup>29</sup>.

23 Hernández Valle, Rubén. (2012). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España, p. 24.

24 Miranda Bonilla Haideer. (2024). “El control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección”. En Crispín Sánchez, Arturo (coordinador). Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional. *Gaceta Jurídica*. Lima, pp. 73 – 101.

25 Para el connotado constitucionalista costarricense Hernández Valle, el control difuso de convencionalidad fue formalizado expresamente en los artículos 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional promulgada en 1989, lo cual en esa época era impensable hasta para el CIDH. Estas dos normas son de las mejor logradas que tiene la citada ley y constituyen un orgullo para Costa Rica, pues nos adelantáramos 17 años a la CIDH para establecer el control interno de convencionalidad a nivel latinoamericano. En Hernández Valle, Rubén. “Reseña histórica sobre la creación de la Sala Constitucional”. En *Revista de la Sala Constitucional de Costa Rica*, p.15.

26 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia número 1995-2313.

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas. (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 5.

28 Sala Constitucional. Sentencias números 1682, 3043 y 4276 del 2007.

29 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013.

Posteriormente, en las sentencias **números 2018-12782 y 2018-12783**, la Sala Constitucional hizo referencia en su motivación a la Opinión Consultiva OC-24/17 para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo **y la unión de hecho**, respectivamente en el ordenamiento jurídico interno<sup>30</sup>.

Por otra parte, la Corte IDH en el ejercicio de su competencia desempeña un control de convencionalidad preventivo y abstracto. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las opiniones consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo<sup>31</sup>.

Por ejemplo, en la opinión consultiva OC/484 “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”, la Corte de San José se pronunció sobre la incompatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Americana, en particular que “*sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges*”<sup>32</sup>.

Tal observación fue tomada en cuenta por la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el texto de la Reforma Constitucional número 7065 que se aprobó el 21 de mayo de 1987. Este instrumento es de indudable valor, pues los Estados tienen la posibilidad de consultar a la Corte IDH sobre la compatibilidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional con la Convención Americana de previo a su aprobación.

#### **4. El Protocolo número 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El *Protocolo número 16* fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, fue sometido a ratificación por los países que han suscrito la Convención Europea y entró en vigor el 11 de agosto del 2018 cuando fue ratificado por Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Este instrumento normativo creó un novedoso procedimiento que permitió a las “altas jurisdicciones nacionales” solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales, motivo por el cual pudo ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, pues pretendía reforzar a través de un instrumento normativo institucional el diálogo judicial entre

- 
- 30 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A n.º 24.
- 31 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del *Protocolo de San Salvador*). Serie A n.º 22, párr. 26.
- 32 Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización”. Serie A, n.º 4.

la jurisdicción convencional con los tribunales nacionales.

En este sentido, el expresidente del Tribunal EDH, *DEAM SPIELMANN* lo caracteriza como el “*Protocolo del diálogo*”<sup>33</sup>, pues es un instrumento que desarrolla un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales en la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea, según los principios de subsidiariedad y complementariedad. Este instrumento fue plasmado, no obstante, las numerosas diferencias miran a la cuestión o reenvío prejudicial que los jueces nacionales pueden plantear ante la Corte de Justicia de la Unión Europea (UE), y definido por esta razón como el “hermano mayor”<sup>34</sup>.

La opinión consultiva puede ser planteada por un juez nacional cuando en la tramitación de un proceso judicial tiene dudas en relación con la aplicación e interpretación de un derecho reconocido en la Convención Europea o en alguno de sus protocolos. Se trata de una competencia diferente a la tramitación de un caso en la jurisdicción contenciosa en donde se cuestiona la responsabilidad internacional del Estado, pues pretende *chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni*<sup>35</sup>.

En este sentido, con la introducción de la opinión consultiva, se ha querido:

*creare un percorso di confronto immediato, seppur nell'ambito di un giudizio pendente, di modo da contribuire a rafforzare l'uniforme applicazione ed interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo attraverso la lettura combinata formulata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalle autorità giurisdizionali nazionali*<sup>36</sup>.

Se le asignó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una nueva competencia que lo acercaría a las Cortes o Tribunales Constitucionales nacionales, por lo menos en lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse<sup>37</sup>.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación –de manera distinta respecto a lo que, en muchas ocasiones, ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea– de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas.

33 Discurso del juez Dean Spielmann, expresidente de la Corte EDH en la 123 sesión del Comité de Ministros del 16 de mayo del 2013. El texto del discurso se puede consultar en el sitio web del Tribunal Europeo: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

34 Conti, Roberto. (2014). “*La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*”, p. 6, disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>

35 Rivera, Ilaria. (2016). “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*. Número 2-3, p. 455.

36 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*, p. 460.

37 Romboli, Silvia. (2019). “*El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*”. En *Revista Advocacia Pública Federal*. Volumen 3, p. 32. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces y las juezas nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y, la mayoría de las veces, sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en este se cumpla principalmente a nivel “local”, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo<sup>38</sup>.

No obstante, lo anterior dependerá claramente de la aplicación práctica que tendrán las opiniones consultivas por parte de los sujetos legitimados y de la jerarquía de la Convención Europea en el sistema de fuentes internas y su utilización en la resolución de casos concretos.

En cuanto a los sujetos legitimados, el artículo 1.1. del *Protocolo número 16* señala: “Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

En este sentido, los Estados serán quienes determinarán “las altas jurisdicciones” legitimadas para presentar la opinión consultiva. Cabe suponer, en todo caso, que los Estados que ratifiquen el *Protocolo* reservarán esa posibilidad

a sus jurisdicciones supremas o constitucionales o a aquellos órganos jurisdiccionales que, aunque sean de nivel inferior a esos tribunales, sean de especial importancia, al ser “los más altos” órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos<sup>39</sup>.

En relación con esa discrecionalidad, un sector de la doctrina italiana plantea si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles “desde el exterior”, en los casos en que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones como la exclusión de las Cortes o Tribunales Constitucionales<sup>40</sup>.

Es fundamental que, dentro de la noción de jurisdicciones supremas, se incluya a las Cortes o Tribunales Constitucionales, pues son actores privilegiados del diálogo judicial multinivel. Por otra parte, la limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca sin duda evitar una “proliferación de peticiones” que podrían llevar a complicar el sistema de tutela de la Convención Europea<sup>41</sup>.

En este sentido, las únicas posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían entonces esperar que, a través del sistema de recursos, la más alta jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado o, de otro, plantear al juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea<sup>42</sup>.

38 Romboli, Silvia. (2019). *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 32.

39 López Guerra, Luis. (Enero-marzo de 2014). “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 49, p.23.

40 Rivera, Ilaria. *Il protocollo n.º 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione*, p. 560.

41 López Guerra, Luis. *Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, p. 21.

42 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 36.

La opinión consultiva puede ser presentada por las “altas jurisdicciones” que hayan sido elegidas como sujetos legitimados en el momento de la ratificación por los Estados, lo cual conlleva que tengan un carácter facultativo y no obligatorio, pudiendo incluso la autoridad judicial renunciar en cualquier momento a la petición. Las razones de esta elección que diferencian la cuestión prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos.

En el caso del derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros. Las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado” y no averiguar una solución igual para todos<sup>43</sup>.

Por su parte, el artículo 1.2. del *Protocolo* señala que: “el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo”.

En este sentido, es un requisito fundamental que la norma que se considera inconvenencial tenga que ser aplicada en la resolución del caso en concreto que tiene que resolver, pues de no ser así, no se encuentra facultada para presentar la opinión.

Al respecto, el artículo 1.3. del *Protocolo* determina: “El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y facticos

pertinentes del asunto del que esté conociendo”. Ello evidencia el “carácter incidental” de este tipo de competencia, pues el juez *a quo* no solo debe fundamentar la solicitud, sino también suspender la tramitación del proceso judicial nacional hasta tanto no se pronuncie la jurisdicción convencional europea.

En cuanto al procedimiento, el artículo 2 del *Protocolo* determina:

1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 1. El colegio motivará toda negativa a aceptar la solicitud. 2. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva. 3. El juez elegido por la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud será miembro de pleno derecho del colegio y de la Gran Sala previstos en los párrafos anteriores. En su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha Parte Contratante.

En este sentido, el rechazo de la solicitud de opinión consultiva deberá ser motivada. En el supuesto de que la solicitud sea admitida será resuelta por la Gran Sala del Tribunal EDH compuesta por 18 jueces. En el procedimiento, lo dispuesto en el artículo 3 es de gran importancia y determina:

el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte

---

43 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 32.

Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias.

De conformidad con el artículo 4 del *Protocolo*, las opiniones consultivas serán resueltas a través de una resolución motivada pudiendo los jueces poner notas o votos particulares. Además, la resolución será comunicada al órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud y al Estado que representa. Luego, las opiniones serán publicadas.

Por su parte, en relación con los efectos de la decisión, el artículo 5 del *Protocolo* determina que las opiniones consultivas no serán vinculantes. En la guía explicativa del *Protocolo*, se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”<sup>44</sup>.

Asimismo, si bien las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación de la Convención Europea y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el tribunal en las sentencias y en las decisiones”.

La interpretación conforme provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; es decir, no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir a este a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales<sup>45</sup>. Lo anterior evidencia que la existencia de un reenvío de convencionalidad fortalecerá el diálogo judicial y la tutela multinivel de los derechos humanos en Europa.

##### **5. La necesidad de crear un reenvío de convencionalidad entre el juez nacional y la Corte de San José como instrumento para fortalecer el control de convencionalidad, el diálogo judicial y el *ius commune interamericano***

El Sistema Interamericano de Protección tiene un carácter subsidiario y complementario en la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, motivo por el cual los Estados son los primeros garantes de estos. Al respecto, la Corte de San José en su jurisprudencia ha indicado:

*El principio de complementariedad, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad*

44 El texto integral puede ser consultado en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines\\_P16\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf)

45 Romboli, Silvia. *El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?*, p. 39.

(también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar; antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”<sup>46</sup>.

En virtud de lo anterior, en la arquitectura institucional del sistema convencional los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación y las actuaciones internas con los parámetros interamericanos con fundamento en el principio de subsidiariedad. En este sentido, tal y como indicó el exjuez interamericano GARCÍA RAMÍREZ: “Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales

de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos”<sup>47</sup>.

La protección multinivel de los derechos humanos garantiza que los tribunales nacionales sean los primeros en actuar, permitiendo que la jurisdicción convencional sea complementaria y subsidiaria solo en aquellos casos en que la tutela interna sea insuficiente.

En la interacción entre la Corte IDH y las Cortes o Tribunales Constitucionales de la región, se evidencia el surgimiento de un “diálogo judicial vertical” que se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento, el cual tiene como finalidad la tutela efectiva del ser humano a través de la creación de estándares mínimos de protección<sup>48</sup>.

El juez constitucional en el ejercicio de sus funciones no solo utiliza como parámetro la Constitución, sino también la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad, situación que evidencia que es un actor privilegiado en el ejercicio del control difuso de convencionalidad y en la protección de grupos vulnerables<sup>49</sup>.

Para el expresidente del Tribunal Constitucional Alemán, ANDREAS VOBKHULE, los

46 Corte IDH. Caso de la masacre de Santo Domingo vs. Colombia. *Excepciones preliminares, fondo y reparaciones*. Sentencia del 30 noviembre de 2012. Serie C n.º 105, párr. 142. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. *Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 157, párr. 66. Caso comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 1.º de septiembre de 2015. Serie C n.º 299, párr. 159.

47 Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

48 Miranda Bonilla, Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

49 Cruz Castro, Fernando. (Julio de 2020). “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”. En *Revista Judicial*. Número 128. Corte Suprema de Justicia, San José, p. 21.

Tribunales Constitucionales deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados junto a los legisladores nacionales a imponer las doctrinas supranacionales sobre derechos humanos a las demás autoridades domésticas<sup>50</sup>.

En este sentido, es interesante como, en algunos ordenamientos de nuestra región, existe la posibilidad de un acceso incidental a las cortes y tribunales constitucionales por parte de las juezas y los jueces ordinarios.

Así, por ejemplo, la Sala Constitucional tiene dentro de sus competencias resolver aquellas consultas judiciales que le formulen las juezas y los jueces ordinarios cuando tengan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento<sup>51</sup>. Al respecto, en la sentencia número 2013-16141, la Sala Constitucional determinó:

*[...] En este sentido, la autoridad para conocer de las infracciones a las normas constitucionales, como las convencionales de derechos humanos, debe ser ejercida por la jurisdicción constitucional, porque se complementan unas y otras, naturalmente se atraen (doctrina que se evidencia en la sentencia de la Sala Constitucional No. 1995-2313), y, en consecuencia, los mismos mecanismos que tienen los jueces para elevar consultas de constitucionalidad, pueden utilizarse para las consultas por convencionalidad (según los criterios señalados en la sentencia de*

*la Sala Constitucional No. 1995-1185). En estos casos, los artículos 102 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, transmutan para dar cabida al control de convencionalidad cuando la norma de derecho nacional se opone al corpus iuris interamericano u otros compromisos internacionales de derechos fundamentales. Esta transformación de las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional no proviene de una decisión en el vacío, sino en atención a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, que impone este control a los jueces, y en consecuencia el Estado, debe actuar conforme.*

Lo anterior conlleva a la existencia de una “consulta judicial de convencionalidad” a la que la jueza o el juez ordinario se encuentra obligado a plantear en los supuestos indicados, pues no se le permite la desaplicación de la norma por considerar que es inconveniente.

Por su parte, en las últimas décadas, la Corte IDH ha ampliado el espectro comparativo, pues encontramos referencia expresa a sentencias de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como Corte Suprema de América Latina, en particular de la Corte Constitucional Colombiana, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Ecuador, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Argentina, la Suprema Corte de la Nación de México y el Tribunal Constitucional del Perú, en la motivación de las resoluciones de fondo y, en

50 García Roca, Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Civitas, p.16.

51 Artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

algunos casos, en notas separadas o en los votos particulares.

En este sentido, la utilización de jurisprudencia de cortes, salas y tribunales constitucionales, así como de cortes supremas de la región tuvo un peso importante en la formalización y perfeccionamiento del control difuso de convencionalidad, así como en el reconocimiento de una serie de nuevos derechos como la orientación sexual, la fecundación *in vitro* y el derecho a la salud de las personas ancianas y su protección especial<sup>52</sup>.

Sin embargo, no existe a nivel normativo un mecanismo de “diálogo judicial institucional” con reglas claras y precisas que permitan aclarar los espacios recíprocos de intervención y sobre todo al que la jueza o el juez nacional pueda acudir cuando tiene serias dudas sobre la aplicación, interpretación y validez de la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad con la normativa interna.

En este sentido, es fundamental crear un “reenvío de convencionalidad” que establezca un procedimiento normativo regulado que les permita a los jueces y las juezas nacionales acudir ante la Corte IDH cuando en la resolución de un caso en concreto tengan dudas razonables sobre la aplicación, interpretación y validez de algún instrumento que conforma el parámetro

de convencionalidad con la normativa interna<sup>53</sup>. Este es un procedimiento que, en términos generales, se asemeja a la consulta judicial de convencionalidad que existe en la justicia constitucional de Costa Rica.

Por su parte, el profesor JIMENA QUESADA afirma que, ante dicha eventualidad de colisión de controles constitucional e internacional, cabría prever esa doble prejudicialidad (con precedencia del control internacional sobre el control de constitucionalidad) en las normas constitucionales o infraconstitucionales domésticas, pudiendo completarse paralelamente esa previsión normativa doméstica mediante la adopción de un instrumento regional interamericano similar al *Protocolo n.º 16* al CEDH (conocido como *Protocolo del diálogo jurisdiccional*)<sup>54</sup>.

La posibilidad de presentar una opinión consultiva debería ser obligatoria para las jurisdicciones supremas y los órganos de justicia constitucional de cada país de la región cuando, en la resolución de un caso en concreto, tengan dudas razonables sobre la interpretación de la Convención Americana o algún instrumento que conforma el parámetro de convencionalidad, en particular, debe tratarse de algún tema novedoso sobre el cual no existe un gran desarrollo jurisprudencial o haya dudas razonables sobre la inconvenencialidad de una norma o de una interpretación interna. Ello crearía un “reenvío de convencionalidad” similar al establecido en la

---

52 Miranda Bonilla, Haideer. (Diciembre de 2020). “La utilización de derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista Judicial*. Número 129. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, p. 238.

53 Esa fue una de las conclusiones a las que llegué en mi tesis doctoral titulada “La tutela de los derechos fundamentales en América Latina, a través del fortalecimiento del diálogo jurisprudencial. (Una visión comparada a la luz de la experiencia europea)” que realicé bajo la extraordinaria guía del profesor Roberto Romboli en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa y que defendí el 17 de enero de 2014.

54 Jimena Quesada, Luis. (Julio – diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. In Memoriam Antônio Augusto Cançado Trindade*. Número 76. San José, p. 127.

experiencia convencional europea con la entrada en vigor del *Protocolo n.º 16* que potenciaría aún más el diálogo judicial interamericano<sup>55</sup>.

La creación de un reenvío de convencionalidad cumpliría una tarea de carácter nomofiláctica<sup>56</sup>, resolviendo dudas interpretativas relativas al parámetro de convencionalidad, esclareciendo el significado de estas y, con ello, garantizando una mayor seguridad jurídica.

Esto permitiría que la jueza o el juez nacional pueda solicitar que se especifique un punto relacionado con la interpretación de la Convención Americana para poder aplicarlo correctamente o solicitar que controle la validez de un acto interno incluso de un proyecto de ley o de una reforma constitucional o interpretación de una norma interna con el parámetro de convencionalidad.

Esto tendría la utilidad de que el órgano judicial no tenga que recurrir a algunos de los órganos legitimados de la OEA para presentar la opinión consultiva, lo cual es sumamente difícil realizarlo en la práctica, pues, en el ámbito de la separación de poderes, no sería bien visto que la persona juzgadora recurra a otro poder del Estado y, en el caso de que lo haga, no hay ninguna obligación de que estos presenten la opinión consultiva o esperen a que alguna de las partes del proceso judicial denuncie su caso a los órganos del sistema interamericano de protección donde la justicia es muy lenta.

El reenvío de convencionalidad vendría no solo a fortalecer el diálogo judicial entre las juezas y los jueces interamericanos y nacionales, sino también el mismo control difuso de convencionalidad y su carácter preventivo. Es un instrumento procesal que permitiría una mayor implementación de la Convención Americana en actuación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, lo que incluso permitiría que a futuro disminuyan las denuncias ante el sistema interamericano de protección y promueva la convivencia armónica entre la esfera jurídica nacional y convencional, cuya relación no hay que verla en términos de jerarquía, sino de cuál de ellas ofrece el mayor nivel de protección.

La formalización de este instrumento se podría llevar a cabo a través de una reforma del artículo 64 de la Convención Americana ampliando los sujetos legitimados para presentar una opinión a las jurisdicciones supremas y constitucionales de cada país parte del sistema o por medio de la promulgación de un protocolo adicional<sup>57</sup>. Sin embargo, en lo personal, me inclino por la primera solución.

Además, es importante que lo que resuelve la Corte de San José sea vinculante para el juez del Estado solicitante y para las demás autoridades; es decir, que tenga un efecto interpretativo directo e indirecto. La formalización de un instrumento de este tipo es claro que fortalecería el control de convencionalidad, el *ius commune*

- 
- 55 Miranda Bonilla, Haideer. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Número 17. Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.
- 56 Barbareschi, Simone. (2022). *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- 57 Jimena Quesada, Luis. (Julio - diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. In Memoriam Antônio Augusto Cançado Trindade*. Número 76. San José, pp. 107 – 135.

*interamericano*<sup>58</sup>: de un patrimonio constitucional interamericano<sup>59</sup>.

## 6. Conclusiones

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene importantes retos en el ámbito sustancial y procesal. En este último aspecto, es claro que la creación de un reenvío de convencionalidad ante la Corte IDH vendría a fortalecer no solo el principio de subsidiariedad y complementariedad, sino también el diálogo judicial institucional en la región, pues les permitiría a las jurisdicciones supremas y constitucionales solicitar opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad.

Esto tendría un efecto preventivo, pues reafirmará su rol de interprete auténtico del texto de la Convención Americana que, sin lugar a dudas, permitirá a la autoridad nacional tener la certeza de qué interpretación llevar a cabo cuando existan en la jurisprudencia convencional tesis diferentes o, incluso, contradictorias, motivo por el cual favorecería el diálogo judicial, la certeza del derecho, la seguridad jurídica y la uniformidad de los criterios interpretativos en materia de derechos humanos a nivel interamericano.

La introducción de ese instrumento vendría a fortalecer además el control difuso de convencionalidad y la creación de un *ius commune* interamericano o de un patrimonio constitucional en la región y, con ello, el protagonismo de la

jueza o del juez nacional como primera persona juzgadora interamericana, la cual es un pilar fundamental en la arquitectura institucional del sistema regional de protección.

La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte IDH como nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad de ella con las Cortes superiores nacionales se erigirá inexorablemente en baluarte de sinergias en favor del principio *pro personae*<sup>60</sup>.

## 7. Bibliografía

Bazán, Víctor. (2010). “La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*. Número 3. Ecuador, pp. 123 – 148.

Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (coords.). (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomos I y II. México: UNAM.

Conti, Roberto. (2014). *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, pp. 1 – 27. Disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>

Cruz Castro, Fernando. (Julio de 2020). “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”. En *Revista Judicial*. Número

58 Bogdandy, Armin Von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (coords.). (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomos I y II. México: UNAM,

59 Ulate Chacón, Enrique (coord.). (2015). *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de Derecho Comparado*. San José: Insolma.

60 Jimena Quesada, Luis: “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las Cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”, p. 133.

128. Corte Suprema de Justicia, San José, pp. 11 – 26.

De Vergottini, Giuseppe. (2013). *Diritto costituzionale comparato*. Milán: CEDAM.

García Roca, Javier, Canosa Usera Raúl, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo, (coord.). (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Madrid: Civitas.

Groppi Tania. (2011). “Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”. En *Rivista Quaderni Costituzionali*. Número 11. Bolonia: Il Mulino, pp. 199 – 210.

Hernández Valle, Rubén. (2012). *Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid, España.

Jimena Quesada, Luis. (Julio – diciembre de 2022) “La ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una nueva apuesta por el diálogo y la complementariedad con las Cortes superiores nacionales (una visión comparada desde la experiencia europea)”. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. In Memoriam Antônio Augusto Cançado Trindade*. Número 76. San José, pp. 107 – 135.

López Guerra, Luis. (Enero-marzo de 2014). “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 49, pp. 11 – 29.

Miranda Bonilla, Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17.

Bogotá, Colombia: Editorial Ediciones Nueva Jurídica.

Miranda Bonilla, Haideer. (Diciembre de 2020) “La utilización de derecho comparado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Revista Judicial*. Número 129. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica, pp. 211 – 241. Miranda Bonilla Haideer. (2024). “El control difuso de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección”. En Crispín Sánchez, Arturo (coord.). Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional. *Gaceta Jurídica*. Lima, pp. 73 – 101.

Pegoraro, Lucio. (2013). *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Milán.

Pegoraro, Lucio. (2013). “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”. En Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Herrera García Alfonso (coords.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 33 – 82.

Romboli, Roberto. (2016). “Prólogo” al libro de Miranda Bonilla, Haideer. Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad. *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Número 17. Bogotá: Nueva Jurídica, pp. 7 – 18.

Romboli, Roberto. (2014). “Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo”. En *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Número 3, pp. 2 – 34.

Romboli, Silvia. (2019). “El Protocolo n.º 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado “dialogo entre tribunales” para la protección de los derechos?”. En *Revista Advocacia Pública Federal*. Volumen 3, pp. 29-45. Disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>

Rivera, Ilaria. (2016). “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”. En *Studi sull’integrazione europea*. Número 2-3, pp. 455-476.

Ulate Chacón, Enrique (coord.). (2015). *Del patrimonio constitucional centroamericano al derecho constitucional centroamericano. Estudios de derecho comparado*. San José: Insolma.

### Corte Interamericana de Derechos Humanos Opiniones consultivas

La colegiación obligatoria de periodistas. (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A, n.º 4.

Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del *Protocolo de San Salvador*). Opinión Consultiva

OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22.

Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24. En relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A n.º 24.

### Casos contenciosos

*Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114.

*Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costa.* Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

*Caso la Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas.* Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162.

*Voto disidente del juez Antônio Cançado Trindade en la sentencia de interpretación del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.* Sentencia del 30 de noviembre de 2007. Serie C n.º 174.

*Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia.* Resolución del 20 de marzo de 2013.

### Sala Constitucional de Costa Rica

Sentencia número 1995-2313.

Sentencia número 2007-1682.

Sentencia número 2007-3043.

Sentencia número 2007-4276.

Sentencia número 2013-16141.

Sentencia número 2018-12782.

Sentencia número 2018-12783.

# CELEBRACIÓN DE REUNIONES Y ASAMBLEAS EN SOCIEDADES MERCANTILES (SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD ANÓNIMA)

*M. Sc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente documento aborda de forma actual y novedosa la celebración de reuniones y asambleas en la sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima. En el sistema de tabulación y resguardo de información registral patrimonial de folio personal, define, identifica y analiza el formalismo de sus solemnidades, desde las bases del razonamiento jurídico que se van a utilizar por los operadores del derecho y las precisiones teórico-prácticas dentro de la organización registral, evidenciando fenómenos que provocan su variabilidad, según sea la sociedad mercantil que se va a tratar, innovando paradigmáticamente esta relación en la práctica jurídica de cara a la tarea de quien tiene a cargo el notariado público y la registración, en el asesoramiento y la inscripción de los actos, derechos y negocios jurídicos que se protegen bajo la tutela del Sistema de Seguridad Jurídica Preventiva Patrimonial, concerniente a los documentos y pormenores que serán publicitados, aportando significativamente un avance del conocimiento en la disciplina jurídica del derecho registral patrimonial.

**PALABRAS CLAVE:** protocolización, asesoría notarial, derecho mercantil, reuniones, asambleas, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada.

## ABSTRACT

This document addresses in a current and innovative way the holding of meetings and assemblies in limited liability companies and corporations, within the system of tabulation and safekeeping of property registry information of Folio Personal, defines, identifies and analyzes the formalism of its solemnities, from the bases of legal reasoning to be used by law operators, and the theoretical-practical precisions within the registry organization, evidencing phenomena that cause its variability, depending on the commercial company to be dealt with, paradigmatically innovating this relationship in legal practice facing the task of whoever is in charge of public notary and registration, in the advice and registration of acts, rights and legal businesses that are protected under the tutelage of the Preventive Legal Security System of Patrimonial, concerning the documents and details that will be publicized, significantly contributing to an advance of knowledge in the legal discipline of property registry law.

**KEYWORDS:** notarization, notarial advice, commercial law, meetings, assemblies, public limited company, limited liability company.

Recibido: 1 de abril de 2025      Aprobado: 14 de mayo de 2025

1 Abogado y notario público; licenciado en Derecho y máster profesional en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica; máster académico en Administración Pública con énfasis en Gestión del Conocimiento e Investigación en Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y el Instituto Centroamericano de Administración Pública; estudiante de Doctorado; mediador y conciliador certificado; profesor universitario. Correo electrónico: [luis.arguello\\_cr@gmail.com](mailto:luis.arguello_cr@gmail.com), <https://orcid.org/0009-0008-5463-5243>.

*Pero la vida no nos pregunta qué queremos,  
sino que nos presenta opciones.*

*La economía es una de las formas de intentar  
aprovechar al máximo esas opciones.*

Thomas Sowell

**ÍNDICE:** **I.-** Introducción y precisiones conceptuales. **II.-**Celebración de reuniones y asambleas. **II.A.-** Convocatoria. **II.B.- Quorum.** **II.C.-** Celebración y votación. **III.-** Acuerdos válidos en asambleas y reuniones. **III.A.-** Asambleas ordinarias extraordinarias generales-especiales y de junta directiva. **III.B.-** Reuniones. **III.C.-** Sobre la rigurosidad de los acuerdos y fechas de celebración. **IV.-** Asesoramiento y protocolización notarial. **IV.A.-** Asesoramiento notarial en la celebración de asambleas, reuniones y sesiones. **IV.B.-** Libros societarios. **IV.C.-** Daciones de fe notariales en la protocolización. **V.-** Inscripción registral. **V.A.-** Presentación de las rogatorias (protocolización), apercibimientos, subsanación y retiro sin inscribir. **V.B.-** Publicaciones. **V.C.-** Publicidad registral. **VI.-** Nulidad y anulabilidad de acuerdos inscritos en el registro nacional. **VI.A.-** La gestión administrativa registral. **VI.B.-** El delito de falsedad ideológica. **VI.C.-** La nulidad absoluta y la nulidad relativa. **VII.-** Conclusiones. **VIII.-** Bibliografía.

## **I.- INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES CONCEPTUALES**

Desde el punto de vista operativo, las asambleas y reuniones representan el canal directo entre los inversionistas societarios y el rumbo que se le quiera dar a la empresa. Según los objetivos que fueron definidos, estas funcionan como un órgano articulador desde el punto de vista prospectivo,

en procura de implementar decisiones relevantes a nivel registral y extraregistral, en cuyo caso, tendrán como pilar fundamental la generación de efectos jurídicos plenos y de carácter obligatorio para las sociedades mercantiles.

A tenor de lo anterior, este concurso de accionistas o cuotistas es la voluntad plenipotenciaria de quienes arriesgan su patrimonio propio para ofrecer bienes y servicios, o bien, aquellas personas que son socias con la finalidad única de ser tenedoras de bienes pasivos. Esta capacidad de actuar vierte desde la génesis misma del contrato constitutivo<sup>2</sup>, ya que se requiere la estipulación de una serie de cláusulas básicas que, para su funcionabilidad en muchos de sus casos, necesitan la toma de acuerdos por parte de los socios. Aunado a esto, se faculta a los socios constitutivos en este contrato estipular de forma genérica cualquier otra convención que estos consideren necesaria<sup>3</sup>.

Lo anterior, desde la técnica cartular, puede ser utilizado para definir cuáles van a ser las condiciones específicas de la celebración de las asambleas y reuniones según ya se estipula normativamente; junto con los pormenores lícitamente válidos que estos puedan disponer.

Desde el punto de vista conceptual, se hace una distinción significativa entre el conglomerado de los cuotistas y accionistas en desarrollo de los acuerdos que se van a tomar en las entidades. Por un lado, está la figura de la *reunión*<sup>4</sup>, término que debe ser utilizado de forma particular y completamente exclusiva para las sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L)<sup>5</sup>, el denominativo -reunión- se acuña desde la

2 Ver artículo 18 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

3 Ver artículo 18, inciso 19 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

4 Ver artículo 94 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

5 Se utilizará la abreviatura de S.R.L. para la sociedad de responsabilidad limitada con base en el artículo 76 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

norma con la finalidad de no generar confusión y, a la vez, marcar una diferencia entre otras entidades, lo cual deriva en una puesta en escena de cuáles serán la agenda de tal celebración y las posibilidades que tienen los cuotistas con respecto a las modificaciones que puedan realizar en las reuniones.

Por otro lado, la sociedad anónima (S. A.)<sup>6</sup> goza de la figura de asamblea, término utilizado tanto para las que se realizan de forma ordinaria como extraordinaria, cuya posibilidad jurídica de celebrarse vierte de las disposiciones expresas indicadas en la norma, proveyendo a los y las accionistas un fuero de discusión, retórica y toma de decisiones.

Al ser la S.A. la empresa capitalista por excelencia, vierte desde su génesis una complejidad amplia en la capacidad de los diferentes tipos de socios que esta pueda tener<sup>7</sup> y los derechos administrativos, políticos y gananciales que ostenten, según su categoría.

La diferenciación sobre los efectos jurídicos para cada uno de esos concursos de socios mencionados (asambleas y reuniones) requiere de la atención de una persona profesional letrada que asesore y protocolice, auxiliando a las personas inversionistas en sus acuerdos<sup>8</sup>, antes, durante y posterior a la celebración<sup>9</sup>, en búsqueda de la seguridad y claridad sobre las reglas normativas que cubren este quehacer, de las obligaciones adquiridas por la agrupación y

el riesgo patrimonial que la toma de los acuerdos podría acarrear.

Es importante aclarar que, si bien la empresa individual de responsabilidad limitada no se integra al presente análisis, se debe destacar que esta entidad al ser una figura unipersonal goza de un sujeto físico que funge como plenipotenciarlo de forma unilateral en las decisiones que se tomen. El denominado dueño o propietario<sup>10</sup> representa una capacidad homologada a lo acordado por los socios, siendo sus decisiones de acatamiento obligatorio para quien tiene los cargos dentro de la Administración y quienes siendo personeros poseen facultades predispuestas.

Como delimitación conceptual diferenciadora entre las asambleas de accionistas y las reuniones de cuotistas, se encuentra el término de sesiones que es de suma utilidad para diferenciar el conglomerado de socios y el concurso de las Administraciones de las entidades mercantiles. Toma importancia recalcar que, para las S. A. y las S.R.L., se entenderá por Administración, la junta directiva para la primera y la gerencia para la segunda.

Se hablará de sesiones de administración al sínodo de la junta directiva de la S.A. y de la gerencia en las S.R.L. Para esta última, un solo gerente podrá tomar las decisiones, si es con lo que cuenta la entidad en sus estatutos, o bien, los gerentes o subgerentes a su haber. Con base en lo anterior, se desprenderá una diferenciación

6 Se utilizará la abreviatura de S. A. para la sociedad anónima con base en el artículo 103 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

7 Las S. A. brindan la posibilidad de flexibilizar los tipos de socios y derechos que estos tenga, desde las categorías, estratos o clasificación que se les puedan dar.

8 La palabra inversionista conglomera una serie de tópicos desde el derecho. Para el presente texto, será utilizado según el contexto para referir a los socios, ya que estos son en primera instancia quienes, persiguiendo una inversión a través de una sociedad mercantil, arriesgan su patrimonio en procura de un acrecentamiento de este.

9 El ordenamiento jurídico no exige la asesoría, esto es más un deber ser.

10 Ver artículo 9 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

importante desde el derecho de sociedades mercantiles para no generar confusión cuando se habla de reunión, asamblea o sesión que, como ya se indicó, corresponden a sujetos u órganos colegiados completamente distintos.

## II.- CELEBRACIÓN DE REUNIONES Y ASAMBLEAS

### II.A- Convocatoria

Las convocatorias a las reuniones y asambleas gozan de una serie de formalidades que vierten desde el ordenamiento jurídico, aunado a la costumbre y tradición en el derecho comercial, esto como una premisa en lo pactado y lo habitual entre los socios. La delimitación normativa de las invitaciones a reunirse vierte por voluntad del legislador desde la descripción específica contractual en la S. A.<sup>11</sup> y la S.R.L.<sup>12</sup>, usando como medio para ello el pacto constitutivo de la entidad<sup>13</sup> para definir cuáles serán los pormenores en la efectiva convocatoria y celebración, obra muy recomendada tanto para la cartulación notarial como para el orden de la gestión por los socios.

En el caso de las S.R.L., se requiere de forma obligatoria la celebración de una reunión ordinaria al año, debiendo realizarse en los tres meses posteriores al cierre del año económico también llamado año fiscal<sup>14</sup>, correspondiendo esto al 31 de diciembre de cada año, lo que significa que el concurso de los cuotistas en reunión debe darse en el primer trimestre del año siguiente para los meses de enero, febrero y marzo.

A tenor de esta obligación clara e inequívoca en la norma, se están definiendo para estas entidades -de forma implícita- lo legal y lo excepcional, entendiéndose por la reunión legal aquella que ya fue dispuesta por el legislador; y por reuniones excepcionales, las dirigidas a convocarse en cualquier momento, derivadas por la necesidad de los socios en ventilar asuntos de discusión necesarias.

En la convocatoria de este tipo de reuniones, tanto la legal como las excepcionales, debe cumplirse con las formalizadas estipuladas en la convocatoria, teniendo como premisa la obligación por parte de los gerentes o subgerentes de realizar esta invitación, en principio por carta certificada, o bien, por otro medio que permita demostrar de forma fidedigna que el comunicado se dio válidamente en su notificación.

El plazo de anticipación para la convocatoria es de ocho días y se interpreta que estos ocho días son naturales, no hábiles, por la génesis misma de las sociedades mercantiles como entidades de carácter privado, teniéndose la precaución de no contabilizar el día de envío en que fue trasladada la notificación y el día exacto en que se celebra la reunión, esto con la finalidad de dar de forma efectiva los días dispuestos por el ordenamiento.

Debe quedar claro que las S.R.L. celebran tanto la reunión de cuotistas como de gerencia o también llamada Administración. En este sentido, no hay diferencia entre las formalidades de la convocatoria, ya que no se realiza distinción entre los órganos colegiados que puedan existir en lo interno de la entidad.

---

11 Ver artículo 94 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

12 Ver artículos 158, 159, 160, 161 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

13 Ver artículo 18, inciso 19) de la Ley 3284 denominada Código de Comercio, medio que puede ser utilizado para tal fin.

14 Ver Ley 9635 denominada Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

Volviendo al tema de los medios para realizar las notificaciones, si bien ya se estipula la carta certificada como válida, no existe limitación en plantear otros medios que generen la misma efectividad que se requiere, en tanto se pueda comprobar en conocimiento de dicha noticia al legitimado, teniendo como premisa en este aspecto de eficacia la utilización de medios telemáticos como el correo electrónico, el teléfono móvil o una reunión virtual anterior, donde se pactaron la fecha, así como las publicaciones en diarios de circulación nacional<sup>15</sup>, todos canales propicios para tales fines.

Para las S.A., la convocatoria podrá realizarse por el funcionario u organismo que disponga la escritura social y, en omisión de ello, se dará el aviso por medio del Diario Oficial *La Gaceta*<sup>16</sup> siempre teniendo claro que se podrá prescindir del trámite de la convocatoria cuanto esté presente la totalidad del capital social y se acuerde celebrar asamblea, hecho que deberá hacerse constar en el acta como un acuerdo y deberá estar en lo correspondiente firmada por todos los socios. La convocatoria para asamblea se hará con la anticipación que fije la escritura social o, en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión, salvo lo referente a cuando esta sea convocada por el 25% de los socios, o bien, de manera unipersonal como se analizará más adelante<sup>17</sup>.

Aunado a lo anterior, dentro de los presupuestos válidos para convocar está la figura del accionista

o de los accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social. Estos podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar los asuntos que indiquen en su petición<sup>18</sup>. Lo anterior recubre a este porcentaje de socios de legitimidad en la convocatoria y el acato con base en el accionar de los administradores (junta directiva) en este requerimiento de sesionar.

El legislador también plantea un presupuesto excepcional a la convocatoria, dando el poder unipersonal a un socio en casos formalmente definidos<sup>19</sup>:

- Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos.
- Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 155.

Basado en lo anterior, se toma como antecedente de esta invitación la inactividad por dos años de la entidad, no habiéndose celebrado los ejercicios en ese lapso, como la distribución de utilizadas y demás temas de las asambleas ordinarias, situación que es recalada y mencionada en el segundo supuesto.

Nótese que la norma de comercio indica que, si los administradores se rehusan a realizar la convocatoria o no la hicieran dentro de los

---

15 En planteamiento excepcional de la normativa, lo ideal es usar el Diario Oficial *La Gaceta* como medio de comunicación masiva, para aquellas notificaciones por diario de circulación nacional. Este goza de una relevancia indiscutible tanto en la comunidad jurídica, como en la sociedad civil con respecto a pormenores relacionados con instrumentos legales, como son las sociedades mercantiles.

16 Ver artículo 158 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

17 Ver artículo 164 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

18 Ver artículo 159 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

19 Ver artículo 160 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

15 días hábiles siguientes a aquel en que los administradores recibieron la solicitud por escrito, esta se podrá formular ante un juez o una jueza de la república competente para que realice la convocatoria previo traslado de la petición a los administradores y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria<sup>20</sup>.

En las S. A., no se debe confundir la hora de convocatoria a la asamblea o asambleas con la primera y segunda convocatoria a ellas. La hora en que se fija la celebración no es la primera convocatoria. Las convocatorias son medios por los cuales se debe verificar el *quorum* y una vez corroborado en la hora de inicio que no se encuentra la totalidad del capital social, se espera el espacio para la primera convocatoria y la segunda convocatoria, si es necesario.

Entiéndase que esta diferenciación es fundamental, ya que la convocatoria debe indicar la hora exacta de inicio de la asamblea, así como el tiempo en que se harán la primera y segunda convocatoria, situación fáctica que será abordada en el siguiente apartado.

## II.B.-Quorum

Con respecto a las S.R.L., se estipula que el *quorum* se formará con cualquier número de socios que concurra en la reunión y se prescindirá del trámite de convocatoria cuando esté representada la totalidad del capital social<sup>21</sup>. La anterior disposición normativa plantea una serie de disertaciones legales que ameritan

su clarificación, en principio la referencia a que el *quorum* se formará con las personas presentes, indistintamente al porcentaje que represente con respecto al capital social, hecho que no defenestra la responsabilidad de una convocatoria previa, según se indicó en el acápite anterior, entendiéndose que la celebración podrá realizarse en una segunda convocatoria, después de corroborar que no está presente la totalidad de los cuotistas.

Por tanto, la convocatoria que se realizó ocho días antes se tomará como la primera y, en corroboración de la totalidad del capital, no se requerirá de una segunda y, si esta es necesaria, bastará con el número de personas presentes al momento. Tanto para las S.A. como para las S.R.L., se debe brindar un lapso mercantil definido, un plazo de sesenta minutos de la primera a la segunda llamada<sup>22</sup> y, posteriormente de manera inmediata, proceder a la celebración con el conglomerado de socios presentes, el tiempo indicado más que suficiente para la llegada de quienes poseen legitimación e interés en participar.

Para las S.A., con respecto al *quorum* requerido en la correcta celebración de las asambleas, es pleno e irrefutable cuando se encuentra presente la totalidad del capital accionario<sup>23</sup>. En este sentido, la observancia de segundas convocatorias, o bien, cualquier otro requerimiento para la validez de las personas asistentes es innecesario. No es menor recordar que cualquier *quorum*, tanto de accionistas como cuotistas, debe ser formalmente confrontado con el libro de registros de socios.

20 Ver artículo 161 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio. Es importante aclarar que, el mencionado artículo, más allá de lo referido, plantea una serie de presupuestos que facilitan desde la rigurosidad jurídica una serie de canales, medios y aciertos, con la finalidad de realizar de manera efectiva la convocatoria, poniendo a disposición, entre otros instrumentos legales, el concurso del amanuense para tales fines.

21 Ver artículo 94 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

22 Ver artículo 165 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

23 Ver artículo 158 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

En el caso de las asambleas ordinarias, para que estas se consideren legalmente reunidas en primera convocatoria, deberá estar representada en ella por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto, y las resoluciones solo serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes<sup>24</sup>.

Este planteamiento puede generar algún tipo de colisión práctica con lo indicado en el anterior párrafo, y quien opera el derecho debe contextualizar que, en el supuesto de reunir la totalidad del capital social, para la hora en que se fijó la asamblea, es diferente tiempo que se tendrá para la primera y segunda convocatoria, lo cual debe ser previamente estipulado en la convocatoria notificada o publicada<sup>25</sup>.

Con respecto a las asambleas extraordinarias, para que se consideren legalmente reunidas en primera convocatoria, deberán estar representadas por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto, y las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas<sup>26</sup>.

Lo anterior garantiza la validez del accionar de los presentes con respecto a la legitimación de los acuerdos que se tomarán como parte de las necesidades mercantiles, y es inequívocamente lícito -al verificar la asistencia que estipula la norma- que estas personas tengan la seguridad y certeza de que se está cumpliendo con lo necesario.

## II.C.- Celebración y votación

Con respecto a la celebración misma de las reuniones y asambleas, concibiéndose como el conglomerado de los órganos atingentes (cuotistas o accionistas) según sea el caso, se debe recordar que estas se pueden concretar de forma física en el domicilio de la entidad jurídica, o bien, en otro lugar dentro o fuera del país<sup>27</sup> que sea previamente aprobado por los socios en las cláusulas contractuales de la entidad o en la asamblea, reunión o sesiones anteriormente ventiladas. Aunado a esto, existe la posibilidad de recurrir a deliberaciones virtuales, cumpliendo una serie de requisitos indispensables del medio de comunicación utilizado, como son los siguientes aspectos<sup>28</sup>:

**Simultaneidad:** Las personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Toda la regulación que se hace del procedimiento deformación de la voluntad parte de esa simultaneidad que es la que permite la deliberación permitiendo incluso “estar juntos”, a través de mecanismos de telepresencia.

**Interactividad:** Este mecanismo permite una comunicación bidireccional y

24 Ver artículo 169 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

25 Por ejemplo, si en la convocatoria notificada según los medios correspondientes se estipula que la asamblea se celebrara a las 13:00, esta es la oportunidad para corroborar si está presente la totalidad del capital social y proceder de forma inmediata a la celebración, si no estuviera la totalidad y se estipuló las 13:15 horas para la primera convocatoria, es el instante para verificar si se encuentra la mitad de los accionistas, si este no fuera el caso y se dispuso las 14:15 horas para la segunda convocatoria -dejando el lapso de una hora- en este momento se celebra con los presentes.

26 Ver artículo 170 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

27 Ver artículo 162 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

28 Ver directriz DPJ-001-2020 del Registro de Personas Jurídicas.

sincrónica en tiempo real, es decir se transmite en vivo y en directo, de un punto a otro o entre varios puntos a la vez.

**Integralidad:** La comunicación debe ser integral, permitiendo el envío de la imagen, permitiendo ver a las personas con que se interactúan, oír su voz con alta calidad y permitiendo una transmisión de datos.

Según lo indicado, de forma general para las entidades inscritas, la autoridad registral autorizó de manera permanente este tipo de celebraciones, si estas cumplen los requisitos antes mencionados, teniendo el escribano en la protocolización a elaborar de acuerdos inscribibles la necesidad de dar fe que se cumplió con todos estos supuestos. Existe la posibilidad de integrar por modificación clausular, o bien, desde la constitución de la entidad esta posibilidad, hecho que no invisibiliza la disposición del Registro, pero sí refuerza esta facilidad operativa de la sociedad.

Retomando a la S.R.L., sus votaciones plantean una serie de particularidades sobre la estabilidad de los títulos de los inversionistas, aclarando que los socios no perderán su derecho a votar por haber pignorado sus cuotas o haber sido embargadas<sup>29</sup>.

En las S. A., es necesario que las asambleas ordinarias o extraordinarias sean presididas por el presidente del consejo de administración y, a falta de este, por quien designen los accionistas presentes. El del consejo de administración actuará como secretario y, en su defecto, los accionistas presentes elegirán uno *ad hoc*, salvo que en la escritura social se estipule algo distinto<sup>30</sup>. Nótese

que lo dispuesto por el legislador deriva en una estructura de orden organizacional dirigido a crear una cabeza regulatoria en la celebración del concilio.

### III.- ACUERDOS VÁLIDOS EN ASAMBLEAS Y REUNIONES

El presente acápite tiene como finalidad delimitar cuáles son los acuerdos que los socios cuotistas o accionistas de las S.R.L. y la S.A. pueden consolidar en sus cenáculos a la hora de tomar decisiones con implicación registral y extraregistral, en procura de regularizar la condición jurídica y comercial de las personas ficticias sobre las cuales invierten.

En el aspecto de la toma de decisiones en lo interno de las entidades, en el elemento del Gobierno Societario (Frasser Arrieta, 2022, p. 47), se describen todas aquellas actividades que se desarrollan en la sociedad, con el objeto de tomar decisiones en nombre de ella, dirigidas a resolver asuntos necesarios en la vida de los negocios. El concepto de Gobierno Societario parte de la idea de asumir como cierta la ficción legal de la existencia real de la persona jurídica, y se trata de un ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. El mito legal que asume como verdadera la real existencia de este ente moral requiere necesariamente la disposición de las herramientas necesarias para la “toma de decisiones” que su actividad como comerciante obliga a hacer cotidiana y permanentemente.

Con respecto al instrumento jurídico llamado S.A., es importante recalcar –al ser la entidad capitalista por definición– que la congruencia

29 Ver artículo 95 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

30 Ver artículo 168 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

entre los acuerdos tomados y el tipo de asamblea que en estos se concierten reviste la negociación y concordancia de lo dispuesto, contándose con la necesaria legitimación para la toma de decisiones.

### **III.A.- Asambleas ordinarias extraordinarias, generales- especiales y de junta directiva**

Para las S.A., se disponen dos tipos de asambleas, por un lado, las ordinarias<sup>31</sup>, extraordinarias<sup>32</sup>, aunadas a las generales y especiales<sup>33</sup>. Cada una de ellas goza de particularidades específicas y brinda tanto a los socios como a la asesoría letrada un margen importante de maniobra en la toma de decisiones.

Inicialmente, la asamblea ordinaria está dispuesta por el legislador a celebrarse el primer trimestre de cada año, ya que está pautada para deliberar en los tres meses posteriores al cierre fiscal, dotando a los socios, aparte de los asuntos incluidos en el orden del día, las siguientes posibilidades:

- Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas.
- Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social.
- En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia.

- Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.

Según se estipula, las ordinarias tratarán cualquier asunto que no sean los enumerados en las extraordinarias<sup>34</sup>, se dirigen a renovar y estar en constante control de la entidad, teniendo una vocación de responsabilizar a los socios sobre el curso de la entidad y, por ende, estar en conocimiento del quehacer de la junta, la necesidad o no de cambiarla, aunado a distribuir ganancias producto de las utilidades, junto con cualquier otro pormenor que sea acordado en el contrato constitutivo.

En las asambleas extraordinarias, no se manifiesta un elemento temporal que defina su celebración; al contrario, se estipula que estas se podrán efectuar en cualquier momento, cuando así se disponga por quien la convoque. En esas deliberaciones, se ventilará lo siguiente:

- Modificar el pacto social.
- Autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social.
- Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento.

Los puntos expuestos se complementan con las asambleas ordinarias, llenando los vacíos que se puedan dar en un tipo de decisiones u otras, como un agente de seguridad y estabilidad en el transcurso de la sociedad mercantil.

Sobre las asambleas generales, el concurso de personas específicas señaladas para estas amerita la presencia e integración por la totalidad de los socios<sup>35</sup>, por lo cual, se desprende de la norma

31 Ver artículo 155 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

32 Ver artículo 156 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

33 Ver artículo 152 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

34 Ver artículo 154 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

35 Ver artículo 152 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

que, más allá de un tipo distinto de sesión, es una característica del conglomerado de los socios y, por eso, se denomina esta particularidad en las ordinarias y extraordinarias.

Esta característica de llamar asamblea general ordinaria o extraordinaria evidencia que se dio la contabilización de todos los socios, corroboración que se realiza gracias al libro de registro de accionistas.

En el caso de las especiales, únicamente estarán presentes aquellos socios que poseen derechos particulares, lo cual referiría que las acciones varían en sus capacidades en lo referente a lo pecuniario, administrativo y político. La emisión de acciones distintas en su serie y los derechos que las cobijan representarían un presupuesto fáctico de un ejemplo para una asamblea especial.

Con respecto al cenáculo para los miembros de junta directiva<sup>36</sup>, estos gozan tanto de las potestades dadas en la norma como las derivadas de las facultades otorgadas por los socios. En este sentido, no solo existe la posibilidad de sesionar, sino también que sus acuerdos sean inscribibles en la corriente registral, si estos les fue facultado. En este sentido, la protocolización notarial de asambleas de junta directiva representa un núcleo de cambio y, por ende, modificación de asientos registrales. Si bien esto no es algo común (protocolización de acuerdos de junta), existe el fundamento normativo para su accionar en rogatorias inscribibles.

A tenor de lo anterior, se debe visibilizar que, desde el punto de vista jurídico, existe una culpa en las administraciones de las sociedades comerciales (Moro, 2013, p. 203). Es tema de vital importancia visualizar cuál es la influencia de la culpa penal en sede civil o comercial. El

tópico es de máxima relevancia, ya que el mal desempeño del cargo en que puedan incurrir los administradores societarios puede vehiculizarse en sede judicial primero en el fuero penal, para luego emplazar la acción en el fuero civil o comercial.

Lo planteado recalca la importancia de la toma de decisiones de este órgano colegiado, en tanto sus decisiones -relacionadas con el giro de la entidad- poseen efectos materializados tanto en la esfera registral como la extraregistral.

### III.B.- Reuniones

Las reuniones, al ser el término exclusivo para utilizar y definir el conglomerado de los cuotistas en la toma de decisiones, generan un punto y aparte con las asambleas de las S.A., ya que la S.R.L. se caracteriza por ser (Aramouni, 2011, p. 67) aquella cuyo capital social se divide en cuotas que representan los derechos, obligaciones y cargas implícitas en la calidad de socio (convirtiéndose de ese modo en la titularidad de la participación). Los socios limitan su responsabilidad a la integración de las cuotas que suscriban o adquieran.

Las S.R.L contienen dos órganos colegiados (en caso de multiplicidad de gerencias) (Monge Dobles, 2014, p. 213), primeramente, se cuenta con el órgano deliberante soberano en el cual se reúnen y participan todos los socios encargados de crear y emitir la voluntad que debe regir la vida de la sociedad. Además, hay un órgano de administración y representación al que corresponde ejecutar la voluntad social de los cuotistas, así como existen la gestión y representación de la sociedad en el tráfico mercantil y económico.

36 Ver artículo 181 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

Como se ve, falta en estas sociedades, a diferencia de la sociedad anónima, un órgano fiscalizador y contralor de las cuentas sociales, lo cual no es exigido por ley en razón de las modestas proporciones de la sociedad de responsabilidad limitada, el menor número de socios y su mayor contacto y compenetración con la vida societaria. Así, el legislador de la época asumió que cada socio tutela sus propios intereses sociales.

Según lo dicho, la reunión de cuotistas brinda a estos socios un fuero de discusión y toma de acuerdos, según sea, que estas se celebren de manera legal o excepcional, basado en la clasificación mencionada en el apartado II.A concerniente a las convocatorias. Para este conglomerado de inversionistas, la agenda, temas y decisiones que tengan impacto en el quehacer de la entidad seguirán un espectro de libre disposición, bajo la premisa de que, tanto en la reunión legal como en las excepcionales, no se limitan los temas que se van a tratar, siempre respetándose los aspectos de forma y fondo en convocatoria, *quorum*, celebración y votación etc.

### **III.C.- Sobre la rigurosidad de los acuerdos y fechas de celebración**

Como es de esperar, las costumbres mercantiles<sup>37</sup> y la necesidad operativa de las sociedades comerciales tratadas aquí significan en su operatividad una serie de situaciones extraregistrales que marcan pautas sobre las cuales, en muchas ocasiones, las mismas entidades jurídicas no poseen ningún control.

Si bien los acuerdos tomados en las reuniones y asambleas requieren rigurosidades *sine qua non* para su validez y transparencia, también necesitan evitar situaciones que originen nulidad o anulabilidad de los asientos registrales. En este sentido, existe la necesidad de visualizar tanto la función notarial como las potestades de los socios de cara a la validez en la cartulación e inscripción de acuerdos con relevancia registral y fuera de la esfera institucional.

En el apartado de asambleas ordinarias y extraordinarias, se expuso de forma clara cuáles eran los acuerdos que la normativa vigente citaba como parte exclusiva de este tipo de deliberaciones. Las indicaciones del legislador<sup>38</sup>, más que una imposición pétrea, están orientadas a dar un orden consecuente en la agenda que se va a tratar y la necesidad de estar en un control constante del giro comercial de la entidad y la estabilidad prospectiva de los socios.

Producto de lo anteriormente manifestado, para efectos de las costumbres y necesidades mercantiles, dimana el fuero de “principio de acuerdos realidad”, entendiéndose gracias a este, la capacidad, facultad o poder que tienen los socios de las S.A.<sup>39</sup> en tomar aquellos acuerdos requeridos en el momento temporal que lo necesiten, sin ajustarse a los tiempos legales, o bien, la posibilidad de protocolizar concomitantemente ambas asambleas con el efecto de una sola presentación registral y, por ende, integrando multiplicidad de rogatorias.

Un ejemplo práctico de lo anteriormente dicho es la revocatoria y nombramiento de miembros de junta directiva<sup>40</sup>, si bien, como ya se indicó,

37 Ver artículo 3 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

38 Ver artículos 155 y 156 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

39 Se aclara que este principio se manifiesta de forma clara en las asambleas de la S. A., ya que la flexibilidad de las reuniones en las S.R.L. brinda un espectro irrestringible de los acuerdos que se deben tomar en cualquier reunión que sea celebrada.

40 Ver artículo 155, inciso C de la Ley 3284 denominada Código de Comercio.

esto procede en el primer trimestre del año, y enmarcarlo de forma inamovible en este lapso representaría un perjuicio incalculable en la génesis misma de la S. A. como la sociedad capitalista por excelencia, manifestándose a través de ella la movilidad de sus decisiones, según corresponda a los intereses de quienes comprometen su patrimonio al comercio de un bien o servicio.

A tenor de lo expuesto, la celebración de asambleas ordinarias debe y puede darse en cualquier fecha calendario (en casos como el expuesto en el párrafo anterior), lo dicho sin agraviar al legislador en procura de evitar perjuicio sobrevenido a la entidad o hasta causales de disolución que vendrían a perjudicar a los socios y quienes realizan comercio con la entidad. De igual forma, es completamente válida la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias en una misma convocatoria, siempre individualizando agendas, votaciones y demás particularidades atingentes a cada una de ellas.

Nótese que (Rodríguez Cordero, 2007, p. 20) para un tratamiento registral de los contratos (como pueden ser las modificaciones clausulares y demás acuerdos), se puede indicar que un contrato privado registrable es un acto jurídico caracterizado por una convención o acuerdo de voluntades que tiende a producir efectos jurídicos, a saber, obligaciones patrimoniales que sean susceptibles de inscripción en un Registro Público conforme a la ley. Tal inscripción es requerida para que sea oponible frente a terceros. Lo anterior recalca la importancia de la inscripción registral de aquello que debe ser publicitado y, por ende, las implicaciones frente a propios y terceros.

## **IV.- ASESORAMIENTO Y PROTOCOLIZACIÓN NOTARIAL**

### **IV.A.- Asesoramiento notarial en la celebración de asambleas, reuniones y sesiones**

Con respecto a la asesoría letrada en la celebración de las asambleas, reuniones o sesiones por parte de un fedatario público en ejercicio de la función notarial, no representa desde el punto de vista normativo una obligación que los accionistas, cuotistas o las administraciones de las sociedades mercantiles deben cumplir. Si bien esto es parte del ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, representa, en cierta medida, una posible vulneración en el cumplimiento, protección y transparencia de cómo se toman los acuerdos, y las implicaciones que esto podrían tener en la inscripción y publicidad registral correspondiente.

La regencia notarial, entendida como el auxilio letrado del fedatario en la correcta celebración de los concilios, representa una oportunidad para las personas miembros de las entidades y la libertad de elegir con cuál amanuense se asesorarán en la protocolización de los acuerdos.

La tarea de la persona profesional letrada responde a los actos tanto de previo a la celebración, como aquellos que se actúan en esta y con posterioridad. Para esto, se habla de la correspondiente validación de filtro normativo de cómo se realizará la convocatoria, si esta correspondió según procedimiento y estatuto, aunado a la toma de decisiones, votaciones, conteo, transcripción en los libros correspondientes, así como la protocolización de lo inscribible.

Es imperativo recordar que (Arenas García, 2000, p. 205) la mayoría de los actos que acceden al Registro Mercantil tienen como origen, por tanto, una previa actuación ante la persona notaria. La constitución de sociedades, la creación de sucursales, el otorgamiento de poderes... exigen, antes de alcanzar la fase de registro, el otorgamiento de una escritura notarial. Esta actuación de la persona notaria supone una inicial verificación de la legalidad de la actuación en los sistemas donde existe un auténtico sistema notarial.

#### **IV.B.- Libros societarios**

Los libros que se van a legalizar por el Registro Nacional representan una base de seguridad jurídica en el orden administrativo de las entidades mercantiles. Básicamente, estos se dividen en el libro de actas de asamblea de socios, libro de registro de socios, libro de actas del consejo de administración para las sociedades anónimas, recordando que los libros contables no serán objeto de legalización por parte del Registro Nacional<sup>41</sup>. A esto se rescata la necesidad de que la Administración de las S.R.L. (gerencias) posea un libro de reuniones, con la finalidad de plasmar los acuerdos que se tomen en esta instancia.

Para efectos de las reuniones y asambleas, los libros representan un fuero de estabilidad, certeza y orden prospectivo en las sociedades, fuero en que el fedatario representa una pieza clave en la transparencia y efectividad de los actos consentidos por los socios, o bien, la administración, tanto en el asesoramiento *in situ*, acompañando en este concilio como en la posterior protocolización de acuerdos para hacerlos efectivos ante distintas autoridades, como es la organización registral.

La protocolización hecha por quien ostenta la fe pública notarial requerirá de un control cruzado de libros, según lo necesite la dimensión del acuerdo tomado, como es el ejemplo de un aumento de capital<sup>42</sup>, donde se demanda una comprobación transversal de hechos de naturaleza documental para la verificación materializada de los acuerdos que variaron en patrimonio, títulos o monto.

El soporte documental para el escriba, en su archivo de referencia ya sea material o digital, debe responder a ubicar en su literalidad la transcripción de los acuerdos, cumpliendo los requerimientos de forma y fondo de estos, de ahí la importancia para los socios inversionistas de una regencia notarial.

#### **IV.C.- Daciones de fe notariales en la protocolización**

El testimonio que se debe presentar ante la autoridad registral por el fedatario público reviste a este documento de la confiabilidad que le confiere el aparato estatal a este catalizador letrado, texto que requerirá de sus manifestaciones claras sobre hechos de naturaleza extraregistral, los cuales deben estar formalmente corroborados en uso de la experticia y el conocimiento jurídico que exige la función notarial.

De esta forma, (Mora Vargas, 2016, p. 334) las protocolizaciones pueden ser: “literales”, cuando se transcribe textualmente el documento; “en lo conducente”, cuando se copia parte de él o lo que resulta de interés para ciertos efectos, y “en referencia” que es como “contar un cuento” de la información que resulta relevante. Con respecto a la certificación “en lo conducente”, se debe tener cierto cuidado, ya que la transcripción “en lo conducente” o “lo que interesa” no debe ser

41 Ver artículo 4 del Reglamento del Registro Nacional para la legalización de libros de sociedades mercantiles, Acuerdo J530.

42 Revista Judicial. Poder Judicial de Costa Rica. N.º 137, pp. 37 - 59 ISSN 2215-2385. Junio de 2024.

maliciosa o con otro sentido. Por ejemplo, no podemos protocolizar el acuerdo de una asamblea de una sociedad para ocultar otros acuerdos no protocolizados que tienen referencia o relación con el primero. Si estamos protocolizando un acta de una sociedad y, en ella, se toma un acuerdo de otorgar un poder generalísimo a un representante, y, mediante otro acuerdo (o cláusula), dicho poder resulta limitarse, sería malversado no protocolizar también este segundo acuerdo.

A tenor de ello, el ordenamiento exige una serie de daciones de fe<sup>43</sup> con la finalidad de identificar la transparencia de las actuaciones por parte de los órganos colegiados de las entidades jurídicas, dando seguridad en las inscripciones y, por tanto, en la publicidad registral. En este sentido, el escribano brinda la certeza y asume la responsabilidad de lo manifestado en la copia fiel de la matriz que presenta ante el Registro Nacional.

Desde el punto de vista práctico-operativo, el fedatario no solo requiere el concurso de la persona interesada en protocolizar los acuerdos, sino también el cúmulo de documentación para constatar el cumplimiento legal de estas decisiones, en el sentido de soportar en su archivo de referencia<sup>44</sup> lo pertinente al soporte documental que será insertado en su protocolo.

Básicamente, quien ejerce la función notarial tendrá que dar fe de aspectos elementales como la convocatoria, *quorum* y firmeza de la asamblea, reunión o sesión de junta, y el respectivo eco en el libro correspondiente, donde elementos como

los mencionados, al igual que los acuerdos a ser inscritos deben estar formalmente asentados<sup>45</sup>. Estas inscripciones para ejecutarse por ley en los asientos registrales refieren a la certeza de la gestión de las sociedades mercantiles, cuyo catalizador es el profesional en notariado.

Las daciones de fe se implementan gracias a la técnica cartular. Si bien existe una costumbre reiterada en la comunidad notarial, el ordenamiento no indica en qué lugar del texto deben estar presentes, pero sí la obligación de que sean identificables y formalmente plasmadas en el cuerpo de la redacción.

El cierre de la protocolización, entendiéndose este como el espacio posterior a la inserción de los acuerdos donde habitualmente se plasman las daciones de fe atingentes, brinda al actuario la oportunidad de incluir información que este considere importante para la claridad de lo que está manifestando a través de la información con que cuenta.

El ejercicio de la fe pública, como una potestad propiedad del Estado delegada a ciertos profesionales para la certeza de su competencia, con respecto a constataciones y actuaciones, confiere responsabilidad a las personas que la ejercen, existe un compromiso adquirido e ineludible en el ejercicio de la fe pública a través de las daciones, hecho que, como se ha dicho, reviste de transparencia lo que se inscribe ante la autoridad registral y, por ende, es un eslabón primigenio en la seguridad jurídica.

43 Ver artículos 105 y 107 de la Ley 7764 denominada Código Notarial, y los artículos 99 y 100 del Decreto 44648-MJP denominado Reglamento del Registro de Personas Jurídicas.

44 Ver artículo 21 de los Lineamientos para el Ejercicio y Control del Servicio Notarial.

45 Ver artículos 158, 164, 165, 169, 170, 171 de la Ley 3284 denominada Código de Comercio y artículo 100 del Decreto 44648-MJP denominado Reglamento del Registro de Personas Jurídicas.

## V.- INSCRIPCIÓN REGISTRAL

### V.A.- Presentación de las rogatorias (protocolización), apercibimientos, subsanación y retiro sin inscribir

Con respecto a la protocolización de los acuerdos inscribibles y los efectos jurídicos que estos puedan provocar en la publicidad, existe gracias al ordenamiento jurídico una serie de posibilidades<sup>46</sup>, lo que permite tanto a la persona profesional en notariado como a las partes interesadas recurrir al resguardo del Registro Nacional como un núcleo de transparencia y certeza.

La posibilidad de indicar en las transcripciones, si estas se realizan en lo literal o en lo conducente, se extrae a las protocolizaciones realizadas por el escribano, en el sentido de la pertinencia y operatividad de lo que será rogado al Registro, teniéndose la posibilidad de plasmar en su literalidad toda la asamblea, reunión o sesión, si es que así se decide. Se contempla que, para efectos registrales, no se tomara nota por parte de la institución en aquello que se decidió y que no tiene ningún interés para la competencia de quien ejerce la función registral.

Por otra parte, la protocolización -en lo usual- se elabora en lo conducente, manifestándose únicamente lo que el Registro necesita saber con respecto a las rogatorias y futuras inscripciones. Esto exige tanto a quien registra como al profesional en notariado el conocimiento pleno y orgánico del marco jurídico con respecto a qué debe o no ser inscrito. Esta situación requiere, de forma evidente, de un conocimiento especializado en el derecho de las sociedades mercantiles aquí expuestas, como en el derecho registral mercantil, en general.

Con respecto a los apercibimientos que pueda realizar quien registra en el ejercicio de su competencia letrada en la calificación, dimana una correspondencia directa entre la legalidad, la competencia de la persona notaria y lo solicitado por las partes interesadas.

El concurso de los socios o la administración en sus reuniones, asambleas o sesiones conlleva el perfeccionamiento registral del testimonio presentado, situación que puede carrear la identificación de omisiones (falta de información esencial), identificación de pormenores no inscribibles que no fueron excluidos del principio de calificación integral (no tome nota el registro), o bien, vicios de nulidad absoluta que acarrea la cancelación del documento.

Lo anterior identifica un compromiso en la función pública registral (Martín Pastor, 2011, p. 35). Se indica que la agilización del despacho de los títulos notariales, judiciales, administrativos y privados susceptibles de inscripción que documentan operaciones del tráfico jurídico inmobiliario y mercantil no es una cuestión sencilla, ya que, al arbitrar alguna medida de esta clase, siempre existe el riesgo de que se lesione la seguridad que debe presidir la inscripción de los derechos que nacen de esta clase de negocios. Esta seguridad, en una buena parte, descansa en la calificación registral. La razón de esta tensión entre la agilidad y la seguridad, que son los dos principios que deben presidir el tráfico inmobiliario y mercantil, obedece a la existencia de intereses distintos, incluso antagónicos, entre las partes que intervienen en los negocios jurídicos y los terceros que pueden ser afectados —y perjudicados— por ellos cuando a su través se crean, declaran, reconocen, modifican o extinguen derechos reales inmobiliarios que, por definición, afectan a toda la comunidad.

46 Dentro del espectro, es identificable el artículo 235 en diversos incisos, como son el a) y e).

Con base en lo anteriormente dicho, dimana una serie de acciones notariales, en procura de perfeccionar el documento protocolizado y que, por ende, surta los efectos esperados, situación fáctica que obliga al profesional que está vendiendo el servicio notarial a satisfacer los intereses de sus clientes, buscando los medios lícitos para concretar lo pedido por la sociedad mercantil.

La subsanación de los defectos apercibidos requiere que la persona notaria los dimensione, valorando si procede su aclaración por razón notarial<sup>47</sup>, o bien, si se requiere de la celebración de nuevos acuerdos con el cumplimiento de fondo que esto amerite, aunado a las pertinentes acciones en la matriz protocolar. Nótese que tanto los apercibimientos (defectos) como la subsanación son una relación directa entre los y las profesionales en Derecho que intervienen, un intercambio de saberes Registro-notariado generando un efecto sinalagmático indispensable para el crecimiento y estabilidad del sistema de seguridad jurídica preventiva patrimonial.

Otro tema dentro del núcleo de presentación de las protocolizaciones originadas por las S. A. y las S.R.L. en el ámbito registral es la posibilidad del retiro sin inscribir que, para efectos de la función notarial, amerita el cumplimiento de una serie de requerimientos para que esta sea efectiva<sup>48</sup>, y se enumeran las siguientes:

- a) Mediante protocolización del acuerdo tomado por la Asamblea.
- b) Además, el retiro sin inscribir podrá solicitarlo la persona notario autorizante

del documento en cuestión, siempre y cuando cuente con la respectiva autorización por parte de la Asamblea, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio Ley N.º 3284 o en el Reglamento a la Ley de Asociaciones Decreto N.º 29496-J, relativo a las atribuciones de la asamblea.

c) En dicho caso, la escritura de retiro podrá otorgarse en el mismo protocolo de la persona notaria que lo realiza, debiendo indicarse en esta la hora y fecha de celebración de la Asamblea. El notario debe dar fe, con vista del libro de actas respectivo, que el acta se encuentra debidamente asentada y firmada por quienes debieron hacerlo y cualquier otro extremo según corresponda.

d) Aunado a lo anterior, el retiro podrá ser solicitado por el representante o por un tercero, siempre que en ambos casos se cuente con la autorización expresa de la Asamblea, debiendo comparecer ante notario público, plasmando en la escritura los datos antes mencionados.

Las anteriores estipulaciones serán aplicables a las protocolizaciones de actas de junta directiva.

Según lo indicado, vale la pena rescatar la mención de que dichos requerimientos aplican de la misma forma para las sesiones de junta directiva (la administración de la sociedad) de cara a retirar lo presentado.

---

47 Ver artículos 118, 119 de la Ley 7764 denominada Código Notarial.

48 Ver artículo 111 del Decreto Número 44648-MJP denominado Reglamento del Registro de Personas Jurídicas.

## V.B.- Publicaciones

Con respecto a la necesidad legal de proceder con el pago de la publicación, esta acción se aplica cuando lo decidido provoca un cambio de naturaleza estatutaria por modificaciones clausulares al pacto constitutivo, así como el mismo finiquito del contrato que dio origen a la entidad, siempre en el marco de los acuerdos tomados en asamblea o reunión. Particularidades como el cambio de razón social (nombre), domicilio o la variabilidad en el capital social provocarán obligatoriamente la publicación advirtiendo el cambio, aunado a la ya mencionada disolución de la sociedad mercantil.

Es necesario que el o la profesional en notariado manifieste por medio de la fe pública la publicación en dos sentidos, ya sea indicando por medio de entero bancario el pago del trámite del comunicado en variación de los estatutos, o bien, la mención de la fecha y número de *La Gaceta* donde se identifica el acuerdo de disolución.

Para efectos notariales, se debe rescatar que la publicación es un requisito de fondo sobre la efectividad de lo que se solicita inscribir por medio de los acuerdos, aquello que posea interés para terceros, en lo relacionado a la actividad comercial, debe extrapolarse a la comunidad en general a través del comunicado en el diario oficial.

Cabe recalcar que, en aspectos de acuerdos y variabilidad en la publicidad registral, el cambio de la administración (junta directiva en S.A y gerencia en S.R.L) no representa en sí mismo un cambio estatutario y, por tanto, no requiere de una publicación formal, hecho que facilita la immediatez de revocar y nombrar personas en estos puestos.

## V.C.- Publicidad registral

El efecto jurídico inmediato de la inscripción de acuerdos tomados por los socios y formalmente protocolizados para su presentación al Registro es la creación, modificación o extinción de asientos registrales. Dichos movimientos se originarán según sea lo solicitado por las partes interesadas, de ahí que la exactitud sobre lo rogado y lo posteriormente manifiesto en la publicidad deben ser cordiales.

La responsabilidad sobre la publicidad registral no es solo de la institucionalidad, en el entendido de que el escribano debe corroborar desde la actualidad y el tracto sucesivo de los asientos la correlación jurídica de lo previamente actuado<sup>49</sup>, esto con la finalidad de contribuir activamente al sistema de seguridad jurídica preventiva patrimonial.

Esencialmente, la consolidación de la publicidad registral con respecto a propios y terceros es un eslabón esencial del sistema de tabulación y resguardo de información registral patrimonial de folio personal, sistema que posee desde el derecho registral mercantil un concepto definido, como también una serie de elementos y características, así como acciones contundentes en su aplicación práctica, y por eso es importante fortalecer las obligaciones derivadas de los derechos personales que se consolidan a través de la inscripción de los asientos definitivos.

Este principio registral -de publicidad- es base en (Ortiz Mora, 2016, p. 231) los registros con efectos constitutivos y según la doctrina: “hacen relación a los registros de derechos en contraposición a los registros de títulos. Todos los derechos que tienen acceso al registro generan obligaciones, de tal manera que antes de su inscripción son

49 Ver artículo 34, inciso g) de la Ley 7764 denominada Código Notarial.

solo derechos personales, al inscribirse se transforman en derechos reales. En este sistema, la inscripción es un *modus adquirendi* sustitutivo o complementario de la *traditio*.

## VI.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DE ACUERDOS INSCRITOS EN EL REGISTRO NACIONAL

### VI.A.- La gestión administrativa registral

Para la institucionalidad registral, la identificación de aspectos relacionados con la nulidad o anulabilidad de las rogatorias que se deben inscribir a través de las protocolizaciones de las reuniones o asambleas de socios, así como las sesiones de las administraciones (junta directiva o gerencia) recae sobre la bastamente mencionada corroboración de aspectos medulares en el testimonio que se va a presentar, bemoles que han sido tocados en los diferentes acápite.

La ausencia o la poca claridad en la redacción de elementos esenciales para la validez de los acuerdos conllevará las prevenciones, o bien, la cancelación del documento presentado. En este sentido, es aconsejable para el o la profesional en notariado apartar su técnica cartular de los documentos marco<sup>50</sup>, ya que estos representan una guía, no así la contextualización de las particularidades específicas de los acuerdos, las cuales no son en sí mismas las decisiones tomadas por los socios o las administraciones, sino también deben ser presentadas ante la autoridad registral con la veracidad que envuelven dichas actuaciones, situación que requiere de una inmersión profunda de la o del profesional letrado para llegar a tales fines.

La certeza de la publicidad registral, aunada a la regularización que se pueda dar de los asientos registrales por identificación de inexactitudes, es una tarea en la cual intervienen tanto la persona notaria pública como la registradora en esa relación recíproca que ambas poseen en el auxilio y atención a las necesidades de los sujetos intervenientes en los negocios, actos y consolidación de situaciones jurídicas inscribibles.

Si bien, para los casos en que se pretendan la nulidad y anulabilidad, el recurso de la función jurisdiccional es visible y necesario como tercer eslabón del sistema de seguridad jurídica preventiva patrimonial, acude antes de ello la posibilidad de que los dos actores primigenios (escrivano y Registro) utilicen el ordenamiento jurídico en procura de validar, ratificar, transparentar y regularizar lo actuado.

El recordatorio para la organización registral (Tena, 2010, p. 167) es que las operaciones que el comerciante celebra en el ejercicio de su tráfico distan mucho de ser aisladas y singulares. Su función habitual lo mantiene en comunicación constante con el público, mediante relaciones jurídicas que incesantemente se establecen entre el mismo comerciante y los terceros que contratan con él.

Ahora bien, muchísimas de esas relaciones solo descansan en el crédito del comerciante, es decir, en la confianza que inspira de que cumplirá sus compromisos, y ese crédito tiene a su vez por principal apoyo el conocimiento de la verdadera situación jurídica y económica del comerciante.

En consecuencia, hacer esa situación del dominio público, poner a este en aptitud de enterarse,

50 También llamados en la jerga popular “machotes”, son documentos que refieren de forma general (indiscutiblemente no específica) a las rogatorias que los clientes desean inscribir por medio del catalizador que es la función registral.

mediante informaciones auténticas, de aquella situación, prevenir así en la medida de lo posible los abusos del crédito y las consiguientes perturbaciones en la vida y desarrollo del importante fenómeno social del comercio (no sin razón se ha dicho que el alma de este es el crédito) interesan no solo al comerciante mismo, sino también principalmente a las terceras personas que contratan con él y, en último análisis, a la circulación de la riqueza y prosperidad económica social. A satisfacer esos intereses, responde la institución del Registro de Comercio.

#### **VI.B.- El delito de falsedad ideológica**

Como una generalidad en la presentación de documentos al registro, donde se cuestiona su elaboración desde la transparencia y el cumplimiento de requisitos de forma y fondo, se manifiesta el delito de falsedad ideológica en materia penal, partiendo del hecho de que será reprimido con prisión de uno a seis años el que haga en todo o en parte un documento falso, público o auténtico, o altere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Si el hecho es cometido por una persona funcionaria pública en el ejercicio de sus funciones, la pena será de dos a ocho años. Las penas previstas son aplicables al que inserte o haga insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio<sup>51</sup>.

Lo dispuesto por el legislador en la norma penal podría referir a casos extremos que llevan a la nulidad de los acuerdos inscritos por medio de las protocolizaciones de asambleas, reuniones y sesiones, situación que conllevaría a nivel registral

retrotraer los efectos de las otrora inscripciones anuladas, esto si no existen inscripciones válidas de acuerdos posteriores al documento que se declaró nulo por la autoridad jurisdiccional, lo que se puede manifestar en modificaciones parciales o totales de la publicidad registral como deriva de lo fallado por la judicatura.

#### **VI.C.- La nulidad absoluta y nulidad relativa**

A nivel registral, se parte de una premisa contundente, la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley. Sin embargo, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona y que, en el Registro, aparezcan con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título no inscrito o de causas implícitas, o de causas que, aunque explícitas no constan en el Registro<sup>52</sup>. Lo anteriormente dicho refuerza la tesis de un tercero registral custodiado por la norma civil, al amparo de la publicidad registral.

Con respecto a la nulidad, operará la cancelación producto de esta declaratoria a la inscripción formalmente identificada, bajo los siguientes presupuestos normativos<sup>53</sup>: hasta el punto de llegar a sanciones como la cancelación registral de las sociedades comerciales<sup>54</sup>. Los anteriores presupuestos guardan relación directa (Sosa de Irigoyen, 2006, p. 34) y respecto a la cancelación de la inscripción de la matrícula, lo que se cancela son aquellos derechos de la sociedad que no son susceptibles de extinguirse con la liquidación del

51 Ver artículos 367 y 366 del Código de Penal, Ley Número 4573.

52 Ver artículo 456 de la Ley 63 denominada Código Civil.

53 Ver artículo 476 de la Ley 63 denominada Código Civil.

54 Ver artículo 11, inciso f) de la Ley 9699 denominada Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos. Artículo 201, inciso e) del Código de Comercio.

ente y es entonces la potestad futura de adquirir derechos o contraer obligaciones.

La declaratoria de nulidad o la identificación de la anulabilidad o nulidad relativa corresponde de forma exclusiva a la autoridad jurisdiccional<sup>55</sup>. La jurisdicción, entendida como la transferencia, delegación y aplicación del ordenamiento jurídico por parte del Estado al Poder Judicial en sus diferentes materias procesales, faculta a la persona juzgadora -gracias al músculo que posee el imperio de decidir el estado del documento y, por ende, los efectos de validez o invalidez que este tenga.

Vale la pena recalcar, basado en lo anterior, que el Registro Nacional no goza de la posibilidad legal de disponer sobre aspectos de nulidad, anulabilidad o validez, en cuestionamiento de asambleas o reuniones. Este hecho no podrá ser dilucidado en una gestión administrativa registral<sup>56</sup> (así como en las fiscalizaciones de asociaciones<sup>57</sup>), ya que no es competencia de la autoridad registral dictar este tipo de criterios de acatamiento obligatorio.

## VII.- CONCLUSIONES

- La celebración de reuniones, asambleas y sesiones de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada se reviste de una serie de formalismos, propios del ordenamiento jurídico que la rige, en procura de la búsqueda de la validez y el aseguramiento de los derechos y obligaciones, inherentes a los y las miembros que las componen.

- Los acuerdos tomados en las asambleas ordinarias y extraordinarias, aunados a las reuniones legales o excepcionales, poseen una serie de particularidades que siempre deben responder a las necesidades de las sociedades mercantiles y el principio de autonomía de la voluntad, siempre bajo la premisa de llevar un correcto y duradero gobierno corporativo.
- La asesoría notarial en general y la regencia notarial en específico les brindan a las personas relacionadas con las sociedades mercantiles un núcleo de seguridad jurídica y transparencia, en cuyo caso, fortalece el sistema de seguridad jurídica preventiva patrimonial.
- La inscripción registral asegura la consolidación de acuerdos que sean requeridos en la publicidad, dota a la sociedad de oponibilidad y, por ende, de transparencia tanto para propios, como para terceros registrales.
- La nulidad o anulabilidad de los acuerdos tomados representa un traspié en la correcta gestión de las entidades. Esto debe mitigarse a toda costa con la finalidad de evitar procesos de naturaleza administrativa o jurisdiccional.

## VIII.- Bibliografía

Aramouni, A. (2011). *Derecho societario aplicado*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

55 Ver artículo 154 y 153 de la Constitución Política de Costa Rica.

56 Ver artículo 5, inciso b) y 163 del Reglamento del Registro de Personas Jurídicas.

57 Ver artículo 43 del Reglamento a la Ley de Asociaciones.

Arenas García, R. (2000). *Registro mercantil y de derecho del comercio internacional*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Argüello-Maradiaga, L. E. (2022). *Manual de derecho registral patrimonial (parte general)*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Asamblea Legislativa. (15 de octubre de 2024). *Ley 7764. Código Notarial*. SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=42683)

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (11 de junio de 2019). *Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos*. SINALEVI:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88954&nValor3=0&strTipM=TC)

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (15 de noviembre de 1970). *Código Penal*. SINALEVI: [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (3 de diciembre de 2018). *Código de Comercio*. SINALEVI:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=87720&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=87720&nValor3=0&strTipM=TC)

Asamblea Nacional Constituyente. (7 de noviembre de 1949). *Constitución Política*. SINALEVI:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&nValor3=0&strTipM=TC)

Dirección Nacional de Notariado. (15 de octubre de 2024). *Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial*. SINALEVI :

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74877&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74877&nValor3=0&strTipM=TC)

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

Martín Pastor, J. (2011). *La impugnación judicial de la calificación registral*. Madrid: Editorial La Ley.

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

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

Moro, E. F. (2013). *Culpa en la administración de las sociedades comerciales (lealtad y diligencia del buen hombre de negocios)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Ortiz Mora, G. (2016). *Derecho registral patrimonial*. San José: Editorial Jurídica Continental .

Poder Ejecutivo de Costa Rica . (17 de abril de 2001). *Reglamento a la Ley de Asociaciones*. SINALEVI:

[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46358&nValor3=0&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=46358&nValor3=0&strTipM=TC)

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. (5 de marzo de 2024). *Reglamento del Registro de Personas Jurídicas*. SINALEVI:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=102851&nValor3=142498&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=102851&nValor3=142498&strTipM=TC)

Poder Ejecutivo de Costa Rica. (13 de diciembre de 2023). *Reglamento del Registro Nacional para la Legalización de Libros de Sociedades Mercantiles*. SINALEVI:  
[http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74005&nValor3=92268&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74005&nValor3=92268&strTipM=TC)

Poder Judicial de Costa Rica. (1 de junio de 2024). El capital social en la sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima. *Revista Judicial*. N.º 137, pp. 37 - 59 ISSN 2215-2385: [https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial\\_137\\_2024.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_137_2024.pdf)

Rodríguez Cordero, J. C. (2007). *Contratos privados registrables*. San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

Sosa de Irigoyen, M. S. (2006). *Cancelación registral de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc .

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

# LA CADUCIDAD DEL EMBARGO EN ETAPA DE EJECUCIÓN: AMBIVALENCIAS INTERPRETATIVAS Y CRITERIOS ENCONTRADOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

*Dr. Luis Mariano Argüello Rojas<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente texto aborda la discusión jurisprudencial existente en Costa Rica, si el embargo en fase de ejecución es susceptible de ser declarado caduco debido a la inactividad procesal generada dentro del expediente judicial. En el fondo, subyace un enérgico debate argumentativo asociado con reputar o no al embargo como medida cautelar con independencia de la etapa procesal en la cual se encuentre. El tema propuesto tiene ingentes repercusiones prácticas de cara a los intereses de las partes acreedoras y deudoras involucradas normalmente en tales relaciones jurídico-procesales, sin esquivar los eventuales retos teóricos que tal divergencia interpretativa propicia al valor constitucional de la seguridad jurídica.

**Palabras clave:** proceso civil, Administración de Justicia, resoluciones judiciales, recurso de apelación, caducidad de la instancia.

## ABSTRACT

This text addresses the existing jurisprudential discussion in Costa Rica, regarding whether the embargo in the execution phase is susceptible to being declared expired due to the procedural inactivity generated within the judicial file. In the background there lies an energetic argumentative debate associated with the character of considering the embargo as a precautionary measure regardless of the procedural stage in which it is found. The proposed topic has enormous practical repercussions regarding the interests of the creditor and debtor parties normally involved in such legal-procedural relationships, without avoiding the possible theoretical challenges that such interpretative divergence brings to the constitutional value of legal certainty.

**Keywords:** civil process, administration of justice, judicial resolutions appeal, expiration of the instance.

Recibido: 3 de mayo de 2025 Aprobado: 14 de mayo de 2025

---

1 Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia; máster en Administración de Justicia Enfoque Socio-Jurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica 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](mailto:luis.arguellorojas@ucr.ac.cr) / [arguellomariano@gmail.com](mailto:arguellomariano@gmail.com).

**SUMARIO.** I.- Planteamiento. II.- Hipótesis A: El embargo ejecutivo no es una medida cautelar: sobre la diferencia entre medidas cautelares y ejecutivas. II.A.- Criterios jurisprudenciales asociados e imposibilidad de aplicar la caducidad al embargo en fase de ejecución. III.- Hipótesis B: El embargo es siempre una medida cautelar: “no hay que diferenciar donde el CPC no lo hace”. III.A.- Criterios jurisprudenciales asociados y potencialización de la caducidad como solución para evitar los embargos perpetuos. IV.- Consideraciones críticas frente a dichas corrientes y propuestas de *lege ferenda*. V.- Conclusión. VI.- Referencias. VI.A.- Doctrina. VI.B.- Jurisprudencia. VI.C.- Normativa.

## I.- Planteamiento

La estructura modélica del régimen de las impugnaciones hilvanado en el Código Procesal Civil vigente—en adelante CPC o Ley N.º 9342—propicia que gran cantidad de temas sustantivos y procesales no sean de conocimiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sino de los tribunales de apelación civil.

Los resabios de la protección concentrada de la ley (nomofilaxis) y la pretendida uniformidad de la jurisprudencia que se postulaban como fines clásicos de la casación (Chiarloni, 2021, p. 25 o Argüello, 2021, p. 323) tambalean frente a una proyección teórico-procesal que impulsó la prevalencia de una “universalidad de la apelación” (cfr. arts. 67.3 y 67.5, CPC), lo cual —considerado el proceso civil en su proyección integral— supuso, de una u otra manera, dejar con un carácter sectorizado al mentado recurso extraordinario de casación (cfr. art. 69, CPC).

Con el pasar de los años, los efectos prácticos de tal orientación procesal comienzan a palparse. Sin caer en sesgos ideológicos ni dogmáticas academicistas, es imperativo advertir que el estudio terrenal de la dinámica jurisprudencial —

utilizado el calificativo en sentido lato— permite denotar que, entre los diferentes tribunales de apelación civil de Costa Rica, existen divergencias interpretativas en variados temas procesales. Dependiendo del lente con el cual se mire, tales disputas pueden ser reputadas como positivas o negativas, normales o excepcionales, patológicas o necesarias, etc.

No obstante, para los efectos de esta investigación, simplemente vamos a denotar su existencia mediante un tópico ejemplificativo asociado con los embargos en fase de ejecución, tema que, entre otros escenarios procesales, es harto frecuente en los procesos monitorios dinerarios una vez que la resolución intimatoria adquiere firmeza.

Al final del artículo, se espera que la amable persona lectora esté mejor informada de la situación jurídico-procesal abordada y pueda construir su propio criterio argumental. Estas líneas no pretenden vencer y ni siquiera convencer, sino solamente construir.

La susceptibilidad de la caducidad del embargo en fase de ejecución es un tema que suele generar energéticas disputas en las dinámicas colegiadas de los tribunales de apelación civil. Existen integraciones que la avalan, pero otras la rechazan. Es frecuente encontrar votos salvados o notas aclaratorias en las resoluciones que abordan tales escenarios, sin esquivar que, frente a tal divergencia de criterios, quien suele caer en un halo de incertidumbre es la persona justiciable, pues resulta factible que el mismo tema procesal sea resuelto de “x” manera en un tribunal de apelación de San José, pero de “y” forma por el tribunal de apelación de Alajuela.

Consideramos de entrada que aquellas contradicciones más que afianzar la independencia judicial pueden eventualmente suponer quebrantos al valor constitucional de la seguridad jurídica, en tanto, no se ingresen a

desvelar las verdaderas razones que solidifican una línea argumental en demérito de la otra.

De seguido, nos adentraremos en un tema espinoso donde con ocasión de nuestro compromiso con la mejora continua de la Administración de Justicia, exponemos un lente investigativo serio, pero respetuoso, esperando no causar cansinos agobios ni herir supuestas susceptibilidades.

El objetivo de esta propuesta investigativa es descifrar si la oscilación de criterios acerca de la caducidad de los embargos en fase de ejecución en los procesos civiles (frecuentemente provenientes de procesos monitorios dimerarios o de ejecución pura) reviste un problema de técnica legislativa o si, por el contrario, las tesis jurisprudenciales revelan nociones argumentativas que justificarían la prevalencia de una sobre la otra.

Para llevar a buen puerto esta propuesta, optamos por potenciar el análisis de diversos pronunciamientos en sede de alzada agrupándolos en la hipótesis “A” o “B”, para luego dar nuestra crítica, sin orillar que lo pretendido no es imponer un determinado punto de vista, sino más bien fortalecer los vasos comunicantes entre sectores del gremio que lastimosamente rehúyen al diálogo e intercambio fundamentado de ideas. Es imperioso fortalecer la calidad de la ciencia jurídica costarricense y, para tales efectos, consideramos que la proyección de estudios cualitativos de las líneas jurisprudenciales prevalecientes constituye un buen camino.

En el proceso jurisdiccional, se potencia un método dialéctico que por autonomía enfrenta dos tesis antagónicas que alcanzan su síntesis en la decisión de la persona juzgadora. Pero a partir de allí, debe nuevamente abrirse un ciclo depurador mediante el trabajo de la doctrina jurídica. El refrescamiento de nociones que

brinda la academia a la Administración de Justicia será siempre beneficioso.

## **II.- *Hipótesis A: El embargo ejecutivo no es una medida cautelar: sobre la diferencia entre medidas cautelares y ejecutivas***

En los ámbitos de la doctrina procesal, es fácil detectar una corriente de pensamiento que apuntala la existencia de un denominado embargo ejecutivo, el cual, al presentarse en la fase de ejecución, carecería de carácter cautelar. Para las escuelas procesales seguidoras de esta postura teórica, no tendría sentido lógico hablar de tutela cautelar en fase de ejecución, pues en aquella etapa procesal ya el derecho se encuentra declarado y/o constituido (cfr. arts. 86.1 vs. 154, CPC).

Por lo tanto, el presupuesto ponderativo de la fama de buen derecho o el carácter estructural de provisionalidad no tendrían espacio de valoración. Por tal razón, en aquel estadio procesal, una medida cautelar como el embargo preventivo (al ingresar en la etapa de ejecución) muta su particular naturaleza jurídica y, en consecuencia, se convierte en una medida ejecutiva.

La literatura jurídica costarricense señala: “*El embargo es ejecutivo cuando el derecho ha sido declarado. De hecho, un embargo preventivo se transforma en ejecutivo, una vez que el derecho ha sido declarado*” (López, 2017, p. 509).

Por otro lado, Artavia y Picado sustentan: “*como toda medida cautelar, el embargo preventivo se extingue con la sentencia firme, pero si ésta acogió la pretensión; no se extingue propiamente hablando sino se transforma—en forma inmediata y sin resolución—en embargo de ejecución*” (2016, p. 96).

Además, en el ámbito del derecho comparado, es dable encontrar posturas de respaldo, pues para Vilela (2019) la eficacia de la medida cautelar culmina cuando la sentencia adquiere la autoridad de la cosa juzgada. De este modo, tras sacar una serie de diferencias entre medidas cautelares y medidas ejecutivas, sostiene que el carácter instrumental propio de la tutela cautelar desaparece cuando existe sentencia dictada y la medida se erige en ejecutiva.

Sea como fuere, lo trascendental de cara al objeto proyectado en esta investigación es que para aquellas nociones jurídicas que califican al embargo en fase de ejecución como una medida ejecutiva y no cautelar, las consecuencias previstas en el numeral 83, CPC, no serían en consecuencia aplicables, pues, en lo que interesa, ese mentado artículo dispone de un ámbito regulatorio propio que abarca la caducidad de las medidas cautelares; pero no así de las denominadas “medidas ejecutivas”, luego por ser normativa procesal de carácter sancionatorio, no podrían extenderse por integración y/o analogía sus efectos (cfr. art. 3.4, CPC).

Adicionan que la diferencia entre medidas cautelares y el embargo ejecutivo queda revelada en el numeral 67.3, CPC, pues los subincisos 4) y 25) brindan una cobertura de impugnabilidad autónoma, sin esquivar las perjudiciales consecuencias que podría generar para la parte acreedora levantar el embargo en fase de ejecución, debido a las limitantes que contiene el numeral 84, CPC, asociadas con la imposibilidad de reiterar una medida cautelar, claro está, sí así se le conceptúa.

Para las nociones hermenéuticas ubicadas en esta primera categorización —hipótesis A de esta investigación— en fase de ejecución de sentencia, la inactividad procesal por más de tres meses no tendría implicaciones negativas respecto al embargo existente, al tener la parte

acreedora asegurado el “ritmo” procesal que quiera imprimirle a su ejecución. Una de las plumas redactoras del CPC avala esta postura cuando indica:

Ya no es posible levantar un embargo ejecutivo (el que se dicta cuando ya hay resolución firme que condena al pago), con sustento en la actividad del ejecutante. La razón es clara: el legislador no debía mantener un tratamiento tan laxo con el deudor que había obligado al acreedor a demandar y luchar para obtener una sentencia. Por esa vía, bastaba que el acreedor o su abogado descuidara el proceso por el transcurso de tres meses, para que el deudor se liberara de la obligación que al acreedor había costado tanto materializar. Solo existe la posibilidad de solicitar el levantamiento por el transcurso de tres meses de inactividad imputable al solicitante, tratándose del embargo preventivo, tal como lo vimos al tratar este tema en relación con las medidas cautelares. (López, 2021, p. 193.).

La anterior cita generaría para las personas seguidoras de esta orientación procesal una plataforma argumental sólida para denegar la caducidad del embargo en fase de ejecución, pues de una u otra manera, se intenta reconocer que, en la configuración de la reforma procesal civil vigente, se tuvo una intención explícita por dejar sin efecto la regulación que contenía el viejo CPC (Ley N.º 7130), pues, en aquella legislación, el numeral 214, inc. 6, disponía que no procedía la deserción (hoy caducidad) en los procesos de ejecución de sentencia. Sin embargo, ostentaba una excepción que se proyectaba así: “[...] *No obstante, si se hubiere practicado embargo, y transcurriere el plazo establecido en el párrafo primero del artículo 212 [sea tres meses], a*

*solicitud del demandado, el juez levantará el embargo practicado”.*

Pero se debe advertir que del CPC vigente no existen actas legislativas o un documento de discusión oficial que ratifique aquella referida intención, sin orillar el valor académico que, por sus propios méritos, tiene la autoridad del autor citado. En suma, para algunos sectores del foro nacional, la regulación de la caducidad de los embargos en fase de ejecución no encuentra su equivalente en el actual CPC y, por tanto, tal efecto jurídico de levantamiento sobre el embargo es improcedente en la referida etapa.

## **II.A.- Criterios jurisprudenciales asociados e imposibilidad de aplicar la caducidad al embargo en fase de ejecución**

Dentro del marco de la independencia judicial, es entendible y hasta deseable que existan voces críticas que rebatan paradigmas establecidos en procura de nuevos horizontes dentro de la concepción de justicia que patrocinan. En la dinámica civil, encontramos un sector de la judicatura que rechaza la posibilidad de disponer la caducidad sobre los embargos dispuestos en etapa de ejecución.

La razón modular es sencilla. Se parte de la idea rectora de que la resolución que allí opera tiene una potencia denominativa de embargo ejecutivo y, en ese tanto, aquello como tal no es una medida cautelar. Si bien, en tales precedentes, no se hace gala de mayores referencias bibliográficas (sean nacionales o de derecho comparado), se diferencia implícitamente donde algún sector doctrinal también lo hace y, desde tal ángulo visual, no resulta factible para tal corriente jurisprudencial aplicar sanciones procesales donde la ley no lo contempla.

Al respecto, mediante el voto n.º 2024000106 de las trece horas cuarenta y nueve minutos

del veinte de febrero de dos mil veinticuatro, el Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela dispuso lo siguiente:

*El embargo decretado en el marco del proceso de ejecución de sentencia no se encuentra sujeto a la caducidad prevista en el artículo 83 del Código Procesal Civil. En cuanto a dicho tema, en la resolución 000446-2020-CI de las 14 horas 42 minutos del 27 de mayo de 2020, se indicó lo siguiente: “[...] V. Una segunda interpretación surge a partir del artículo 83 del Código Procesal Civil. De acuerdo con esta norma, las medidas cautelares caducarán cuando transcurran tres meses de inactividad del proceso imputable al solicitante, siempre que no proceda la caducidad del proceso. Precisamente, en este caso no procede la caducidad del proceso, conforme se dispuso en la resolución de las 14 horas 32 minutos del 4 de setiembre del año pasado. No obstante, la norma examinada regula el levantamiento de las medidas cautelares. Eventualmente, podría argumentarse que el embargo decretado en este proceso constituye una medida de esta naturaleza. Sin embargo, tal afirmación es inexacta pues, al haber alcanzado firmeza la resolución intimatoria, inició el proceso de ejecución por suma líquida y exigible, en el cual el embargo figura como una medida de ejecución. Ante la imposibilidad de aplicar directamente el artículo 83 del Código Procesal Civil, podría plantearse la alternativa de acudir a la integración regulada en el artículo 3.4 del Código Procesal Civil. No obstante, dicha norma prohíbe la aplicación de la analogía para el caso de las normas sancionatorias. Con todo, la caducidad del embargo -y su consecuente*

*levantamiento- puede interpretarse como una sanción de naturaleza procesal. De ahí que se descarta la aplicación del artículo 83 del Código Procesal Civil [...]”.*

El criterio expuesto en la resolución transcrita se refuerza cuando se analiza la situación de los embargos preventivo y ejecutivo, a la luz de la regla contenida en el artículo 84 del Código Procesal Civil. Esta norma prohíbe volver a decretar una medida cautelar después de que se levanta o se declara su caducidad, salvo que se aleguen motivos diferentes, hechos nuevos o distintos. De esta forma, si se declara la caducidad del embargo preventivo (como ocurrió en el proceso de conocimiento), eventualmente podría cuestionarse la procedencia del embargo ejecutivo, en tanto, se le visualice como una posible reiteración de la primera medida cautelar. Por el contrario, si se cataloga como una medida de ejecución, es más fácil concluir que el artículo 84 citado no constituye un obstáculo para decretarlo.

Por lo demás, el artículo 67.3 del Código Procesal Civil pondría de manifiesto —para quienes rechazan la procedencia de la caducidad del embargo en fase de ejecución— la diferencia establecida por el legislador entre las medidas cautelares y el embargo ejecutivo.

Nótese que el referido subinciso 4 de esa norma comprende las medidas cautelares en general, mientras que su subinciso 25 se refiere de manera específica a la figura del embargo. Conforme se aprecia, la regulación del embargo por aparte de las medidas cautelares dejaría patente que el legislador los consideró como figuras distintas. De no ser así, el supuesto 25 habría sido innecesario,

pues el embargo, ya sea preventivo o ejecutivo, se subsumiría en la hipótesis IV.

Para perfilar una glosa adicional, conviene puntualizar que el tribunal de alzada (arriba citado) se esfuerza por dar algunas razones adicionales para concluir en la improcedencia de la caducidad frente a los denominados embargos ejecutivos. El criterio no es aislado, pues se replica en diversos votos de este órgano jurisdiccional, así como también en diversas resoluciones de la primera instancia a lo largo y ancho del país.

Desde una metodología propia del análisis económico del derecho (Posner, 1998; Bullard, 2002 & Calabresi, 2011), sería razonable afirmar que esta postura tiende a preocuparse y/o priorizar la condición jurídica que ostenta la parte acreedora ejecutante dentro de la dinámica procesal, en tanto perfila que si el embargo dispuesto es levantado en razón de la caducidad prevista en el numeral 83, CPC<sup>2</sup>, aquella podría tener implicaciones negativas en sus intentos por recuperar el monto adeudado. Sea como fuere, se tutela que la parte acreedora decida el movimiento particular e impulso procesal que quiere imprimirlle a su ejecución.

### **III.- Hipótesis B: El embargo es siempre una medida cautelar: “no hay que diferenciar donde el CPC no lo hace”**

Por otro lado, existe otra escuela de pensamiento que postula que las medidas cautelares conservan su categoría jurídica en la fase de ejecución de sentencia. Se proyecta que resulta inconveniente trazar líneas fronterizas en su marco de operatividad, según se dicten antes o después de la sentencia de mérito. La adhesión a esta doctrina suele estar antecedida por la experiencia traumática que se genera en aquellos

2 Conviene indicar que la regulación en comentario también aparece contemplada en el numeral 240 del Código Procesal Agrario (Ley N.º 9609).

escenarios donde el dictado de una sentencia favorable no deviene en sinónimo automatizado de la realización efectiva ni oportuna del derecho concedido.

En el transcurrir del derecho procesal, se han propiciado en forma paulatina diversos instrumentos para evitar que la ejecución de sentencia presente complicaciones en su concreción. De este modo, mantener o instaurar medidas cautelares que sean aseguradoras, conservativas o, incluso, anticipativas en la fase de ejecución revela una necesidad para que la persona justiciable sienta en su esfera existencial una correspondencia real con lo obtenido en una “sentencia documental” y, hasta tanto no se logre la satisfacción total, resulta una quimera renunciar a la tutela cautelar.

Con todo, se adiciona que el CPC no cita ni regula en forma expresa algo designado como “medidas ejecutivas”, pues aquella denominación (*nomen iuris*) siquiera aparece contemplada en el texto positivo de la ley adjetiva vigente.

Cabría tecnicificar, en consecuencia, que aquella perspectiva doctrinal no fue seguida y que, por el contrario, se apostó por otra corriente que palpita en la literatura jurídico-procesal, donde sí se equipara la procedencia plena de la tutela cautelar sin distinguir la fase del proceso donde se opere.

El procesalista Alvarado Velloso dispone que: “el supuesto precedente (presupuesto previo o anterior) de las cautelas en general varía en cuanto a si ellas se dirigen a preservar la eventual ejecución de un derecho incierto o a posibilitar la ejecución actual de un derecho ya cierto” (2010, p. 784). De esta forma, para el autor en comentario, el hecho de que exista una sentencia dictada no implica que desaparezca la naturaleza jurídica de la medida cautelar, pues estas pueden

presentarse tanto frente a derechos ciertos como inciertos.

Se podría aseverar que, para las mentes partidarias de esta orientación procesal, no resulta justificable trazar muros ni generar distinciones donde las exigencias del caso no lo justifican y, por tal razón, independientemente de la tipología de medidas cautelares, estas pueden tener por objeto asegurar la contingente ejecución forzosa de un derecho aún no declarado (y que esté en litigio), o bien, “posibilitar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado por una sentencia o por la ley” (Alvarado Velloso, 2010, p. 797). En síntesis, para tal tendencia procesal, no cabe mermar la fuerza de la tutela cautelar, según exista o no sentencia de por medio.

En suelo costarricense, Jinesta Lobo (2009) también comparte que es teóricamente correcto hablar de medidas cautelares aún en fase de ejecución, pues al comentar diversos artículos de la regulación procesal contencioso-administrativa, concluye en la posibilidad de que se genere una adopción de medidas cautelares anticipadas (*ante causam*), dentro del litigio (*lite pendente*) o durante la fase de ejecución.

Así, en aquella ordenanza procesal, se establece una cláusula residual que confiere a la persona juzgadora de lo contencioso-administrativo una potestad general en materia cautelar, al disponer que deberá garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (cfr. art. 19, CPC), siendo una formulación abierta que permite dictar medidas de cualquier tipología y en cualquier fase procesal, hipótesis normativa que razonablemente también contempla el ordinal 77, CPC.

Sea como fuere, otro posible argumento en pro de esta doctrina sería el contenido del numeral 145 de la regulación procesal civil vigente, pues con ocasión de los alcances de la ejecución

provisional, una sentencia patrimonial dinararia se posibilitaría un embargo que, ubicándose en fase de ejecución, ostentaría una marcada naturaleza cautelar, ya que la sentencia de mérito no está firme. Por tanto, sería plenamente falseadora la tesis de que todo embargo en fase de ejecución es de naturaleza “ejecutiva”.

Además, el hecho de que, en el 67.3, CPC, aparezcan dos subincisos (4 y 25) que brindan cobertura de alzada a las medidas cautelares no implica un halo de diferenciación, pues sería perfectamente posible interpretar que la primera categoría se refiere a las medidas cautelares en general, y la segunda al embargo como medida cautelar en especial.

### **III.A.- Criterios jurisprudenciales asociados y potencialización de la caducidad como solución para evitar los embargos perpetuos**

Existen diversos órganos de alzada que son partidarios de disponer el levantamiento de los embargos en fase de ejecución cuando se acredita el presupuesto condicionante previsto en el numeral 83, CPC.

Como muestra significativa, traeremos a colación el precedente dispuesto en voto n.º 475 de las nueve horas dos minutos del veintitrés de junio de dos mil veinte por parte del Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Segunda (dictado por el Dr. León Díaz corredactor del CPC). Tal resolución sienta varias razones para propiciar la caducidad de los embargos en fase de ejecución.

De este modo, de la mano de aquella resolución —que valga indicar que ha sido citada o seguida

en sus principales conclusiones por otros tribunales<sup>3</sup>—, se podrían derivar los siguientes corolarios que, tras la lectura de diversos pronunciamientos, construimos en los siguientes términos:

- i. La nueva legislación procesal civil, en lo tocante a medidas cautelares, no hace distinción en cuanto a la etapa en la cual pueden decretarse y reconoce que tienen por finalidad garantizar la eficacia de los derechos de las partes accionantes en caso de obtener una sentencia a su favor.
- ii. El numeral 77 del CPC establece que las medidas cautelares son procedentes en cualquier tipo de proceso (ordinario, sumario, monitorio, incidental, ejecución o sucesorio). Por tal razón, sería teóricamente incorrecto excluir la tutela cautelar en fase de ejecución. Además, esta orientación procesal generaría uniformidad en el tratamiento de la cuestión cautelar en Costa Rica, pues otras codificaciones también se muestran receptoras de tal noción que bien merece ser reputada como doctrinal. Por ejemplo, en su numeral 19, inc. 1), el Código Procesal Contencioso Administrativo dispone: *“Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*. Por su parte, el Código de Trabajo establece en su ordinal 489 que:

3 Por ejemplo: i. Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Cartago. Voto n.º 2021-000360 de las catorce horas veintitrés minutos del catorce de septiembre de dos mil veintiuno; ii. Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 1191-1C de las once horas ocho minutos del quince de septiembre de dos mil veintidós; y (iii) Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Voto n.º 1655-1C de las catorce horas cincuenta minutos (2:50 p.m.) del veintitrés de octubre de dos mil veinticuatro, donde además se citan otros precedentes de este mismo tribunal en los votos números: 129-2020, 1545-2020, 754-2021 y 323-2022.

*“Antes de iniciarse el proceso y durante su tramitación, inclusive en la fase de ejecución, el órgano jurisdiccional podrá ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.* El destacado es propio. Con fundamento en lo anterior, cabe concluir que la tutela cautelar no es un instituto procesal incompatible con la etapa de ejecución, y la orientación dogmática que lo niega carece de viabilidad en nuestro país, pues, en este particular, la legislación jurídico-procesal vigente ya tomó partido.

- iii. La normativa procesal civil no hizo propia la distinción entre lo que para algunos eran medidas cautelares y las denominadas por ellos como medidas ejecutorias. Por el contrario, extiende la aplicación de medidas cautelares durante todas las etapas del procedimiento y dejarán de cumplir su función cuando se haga efectiva la condena a favor de quien la ha obtenido.
- iv. La razón de extender la tutela cautelar en fase de ejecución es porque el proceso no termina románticamente con la sentencia. El debido proceso es de inicio a fin, y la fase de ejecución de sentencia no tiene por qué ser descuidada. Se busca que la persona victoriosa reciba en la materialidad lo que realmente le corresponde. Quienes piensan que ya con un papel (sentencia firme) se solucionó el conflicto pecan de inocencia y parecen desconocer la cantidad de trabas, discusiones y complejidades que, lastimosamente, pueden generarse en la ejecución de sentencia. Además, es impropio hablar de un embargo

“ejecutivo” porque su dictado “aún en fase de ejecución” lo que mantiene es un carácter asegurador o preventivo para evitar distracciones patrimoniales, a lo sumo, si de real ejecutividad estamos hablando, cabría pensar en el remate de los bienes de la parte vencida, pero ya allí se ingresa en otra dimensión de análisis.

- v. Por seguridad jurídica, no pueden mantenerse indefinidamente medidas de este tipo en aquellos casos en los cuales la parte que goza de ellas mantiene su inercia. Evita dejar “desprotegida a la parte ejecutada”.
- vi. El ordenamiento jurídico otorgó a la parte acreedora el instrumento necesario para obtener la satisfacción de sus derechos. Pero ello no implica que no deba cumplir con su carga de hacer avanzar el procedimiento efectivamente hasta lograr la eficacia de lo decidido. Se reitera que hacer una distinción entre medidas cautelares y ejecutorias no encuentra respaldo normativo en el nuevo Código y, en este caso, quebrantaría el equilibrio procesal y el principio de impulso de la parte interesada.

En suma, para las personas seguidoras de esta tesis, el embargo, con independencia de la etapa procesal, sea de naturaleza preventiva o fundado en un título ejecutivo, constituye una medida cautelar conforme a lo establecido en el artículo 83, CPC. Por tal razón, está sujeto al plazo de caducidad por inactividad procesal trimestral (salvo en aquellos supuestos en los que resulte procedente la caducidad del proceso), ya que tal regla es aplicable sin exclusión a los procesos monitorios donde no existe una regulación diferenciada al respecto.

Conviene agregar que, al someter esta tesis al lente del análisis económico del derecho, sería razonable concluir que postula una mayor protección a la situación jurídica que experimentan las personas deudoras en los procesos judiciales, pues, si bien se reconocen plenamente los intereses que en etapa de ejecución corresponden a las partes acreedoras, exige, a su vez, que de tales derechos se haga un uso, pero no un abuso que se prolongue injustificadamente en el tiempo.

En síntesis, impone la carga procesal a las partes acreedoras de hacer efectivo el derecho concedido en firme, sin dejar de impulsar el proceso por un período superior a los tres meses, pues, en caso contrario, se impondría la caducidad sobre el referido embargo.

#### **IV.- Consideraciones críticas frente a dichas corrientes y propuestas de *lege ferenda***

Expuestas las dos “posturas jurisprudenciales”, se considera que se cuenta con mejores elementos de juicio para inclinarse por una u otra. Es evidente que ambos sectores tienen elementos formales de apoyo argumental y potencian ciertas regulaciones normativas para justificar sus conclusiones.

Difícilmente, se pueda catalogar una hipótesis como correcta y la otra como errónea, pues como se indicó, ambas parten de ciertos márgenes interpretativos derivados de su propia independencia judicial para sustentar sus posiciones. Es más, como se dejó entrever, el tema incluso tiene una postura encontrada entre las propias personas redactoras del CPC vigente, pues francamente no encontramos coincidencia en su abordaje.

Deseamos ser enfáticos en denotar que, tras el estudio pausado de ambas tesis, se logró intuir un ejercicio interpretativo razonable y queda excluido cualquier intento de tachar una

línea como errada. Lo que existen son razones argumentadas que, al colocarlas en los platillos de la balanza de la justicia, permiten inclinarse por una u otra solución.

La independencia judicial no radica en ser una condición privilegiada de la judicatura. Se trata de un derecho fundamental que posee cada persona que acude o es sometida a un proceso jurisdiccional y, en tanto, se reconozcan sus límites y se externalice una real fundamentación del fallo, es entendible que existan posturas encontradas.

Veremos, en los próximos años, qué nos tiene que decir la inteligencia artificial sobre este particular, y si será capaz de generar hasta sus propios votos salvados, o bien, de proponer dos soluciones divergentes, aunque motivadas.

En nuestra labor jurisdiccional, ya hemos dado nuestro voto en el sentido de una de estas dos tesis. Sin embargo, aquí lo importante no es que lo piense el suscrito autor, pues de lo que se trata es evidenciar las consecuencias prácticas que esta ambivalencia de criterios genera en el suelo nacional. Más allá de la razonabilidad de criterios, si se piensa en las partes acreedoras y deudoras, lo cierto del caso es que estas reciben soluciones distintas, dependiendo de la parte del país donde se encuentren.

Para las personas ajenas a la técnica jurídica, fácilmente se podría aseverar que, en este particular, no existe una real igualdad ante la ley. Por tanto, en armonía con el respeto de la independencia judicial, es factible plantear un recurso de casación en interés de la jurisprudencia o, mejor aún, una pequeña reforma legislativa que venga a solventar el punto sometido a estudio, pues la seguridad jurídica también es un pilar del Estado constitucional de derecho, siendo obligación de toda persona apasionada

del derecho procesal mostrar los senderos para propiciarla.

## V.- Conclusión

Luego de realizar este recorrido investigativo, se concluyen los siguientes aspectos:

- La existencia de un denominado “embargo ejecutivo” que operaría exclusivamente en fase de ejecución frente a derechos ciertos, declarados y constituidos, y que, por ende, carecería en su estructura compositiva de los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares es un tópico harto discutido en la doctrina procesal moderna. Existe literatura especializada que lo avala y otra que lo rechaza, pero, incluso, se considera que, entre las propias personas redactoras del CPC, el tema tampoco es pacífico, debido a las posturas antagónicas en tal particular.
- Tomando en cuenta su contenido expansivo como un derecho fundamental innominado derivado del numeral 41 constitucional y en estricto rigor jurídico-positivo al amparo del texto procesal civil vigente, nos inclinamos por admitir que la tutela cautelar irradia en plenitud cualquier etapa del proceso. Por tanto, en fase de ejecución de sentencia, es dable el reconocimiento denominativo de medidas cautelares.
- Desde una visión propia del análisis económico del derecho, sería dable sustentar que aquella concepción que se inclina por denegar la caducidad del embargo en fase de ejecución tiende a proteger de forma más incisiva los intereses de las partes acreedoras y, por el contrario, la tesis que sí avala la caducidad del embargo inclina la balanza de la justicia, por el otro ámbito de la relación comercial, bajo una noción tuitiva extiende su estela de tutela a favor de las partes deudoras evitando un embargo perpetuo. Así, y dada la aparente insuficiencia del texto positivo vigente y, más aún, la simpleza argumental de algunos criterios de la primera instancia—, se está en presencia de tesis influenciadas por un cierto halo ideológico que recuerdan el sempiterno péndulo histórico existente en la tutela de los derechos de crédito.
- En Costa Rica, la sistemática civil sigue apuntalando que uno de los fines de la casación es generar uniformidad a la jurisprudencia como fuente formal del ordenamiento jurídico. En el fondo, se pretende asegurar la igualdad ante la ley y una altísima razón de convivencia social propiciada por el valor de la seguridad jurídica. Por tal razón, la normativa procesal civil vigente regula la figura de casación en interés de la jurisprudencia (cfr. art. 71, CPC). De este modo, ante la existencia de fallos contradictorios asociados con la posibilidad de aplicar o no la caducidad del embargo en fase de ejecución —y el interés público en definir la discrepancia por los efectos socioeconómicos que, en uno u otro sentido, tales concepciones generan— se justifica, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, plantear la cuestión para fijar “doctrina jurisprudencial”, pero que aun así, no podría imponer un exclusivo criterio en demérito de la propia independencia judicial.
- El problema de la caducidad del embargo en fase de ejecución obedece medularmente a un tópico de carácter interpretativo. Hoy en día, las valoraciones en uno u otro sentido están generando márgenes de inseguridad jurídica. Desde una rigurosidad formalista, el CPC vigente presenta una insuficiencia regulatoria expresa en este ámbito, por lo cual tampoco sería desacertado impulsar una pequeña reforma legislativa que, adicionando un inciso al numeral 57, 83 o 154, CPC,

disponga expresamente la improcedencia o procedencia del embargo en fase de ejecución positiva e, inclusive, por expresa legitimidad democrática, el seno del Congreso legislativo podrá ser el escenario idóneo para receptar la solución.

## VI.- Referencias

### VI.A.- Doctrina

Alvarado, A. (2010). *Lecciones de derecho procesal civil. Compendio del libro Sistema procesal: garantía de la libertad*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

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

Artavia, S. y Picado C. (2016). *Código Procesal Civil (comentado)*. Tomo I. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El impacto del análisis económico del derecho en el Perú. *THEMIS. Revista de Derecho*. (44), 17-35. Calabresi, G. (2011). Análisis económico del derecho y el derecho y economía en el sistema del *common law* y el derecho civil. *THEMIS. Revista de Derecho*. (60), 361-366.

Chiaroni, S. (2021). Nomofilaxis y reforma del juicio de casación. En *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, pp. 25-36. Marcial Pons.

Jinesta, E. (2009). La nueva justicia administrativa en Costa Rica. *Revista de Administración Pública*. (179), pp. 413-435.

López, J. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense I. Según el nuevo Código (parte general)*. EdiNexo.

López, J. (2021). *Curso de derecho procesal civil costarricense*. Tomo III. EdiNexo.

Picado, C. (2018). *Reforma procesal civil práctica*. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.

Vilela, K. (2019). Las medidas ejecutivas. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. 11 (1), 117-139.

### VI.B.- Jurisprudencia

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela. Voto n.º 000446-2020-CI de las catorce horas cuarenta y dos minutos del veintisiete de mayo de dos mil veinte.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Alajuela. Voto n.º 2024000106 de las trece horas cuarenta y nueve minutos del veinte de febrero de dos mil veinticuatro.

Tribunal Segundo de Apelación Civil. Sección Segunda. Voto n.º 475 de las nueve horas dos minutos del veintitrés de junio de dos mil veinte.

Tribunal de Apelación Civil y Trabajo de Cartago. Voto n.º 2021-000360 de las catorce horas veintitrés minutos del catorce de septiembre de dos mil veintiuno.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Voto n.º 1191-1C de las once horas ocho minutos del quince de septiembre de dos mil veintidós.

Tribunal Primero de Apelación Civil de San José. Sección Extraordinaria. Voto n.º 1655-1C de las catorce horas cincuenta minutos (2:50 p.m.) del veintitrés de octubre de dos mil veinticuatro.

## **VI.C.- Normativa**

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

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (28 de abril de 2006). Código Procesal

Contencioso Administrativo. Ley N.º 8508, 2006. DO: Alcance 38 A del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 120 del 22 de junio de 2006.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (27 de septiembre de 2018). Código Procesal Agrario. Ley N.º 9609, 2018. DO: Alcance 19 del Diario Oficial *La Gaceta* n.º 28 del 12 de febrero de 2020.



---

◆◆◆

# Entrevista

---

◆◆◆



## ENTREVISTA AL DR. CARLOS PICADO VARGAS



El Dr. Carlos Picado Vargas es un funcionario judicial que cuenta con más de 20 años de experiencia. Ingresa al Poder Judicial como defensor público y, en el año 2001, optó por la judicatura: un camino de vocación.

Ha escrito 70 obras jurídicas relacionadas con el derecho procesal y diversas ramas del derecho, tales como civil, agrario, laboral y familia. En el 2007, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica le otorgó el premio *Alberto Brenes Córdoba*, el cual reconoce la mejor obra jurídica del año. Posteriormente, en el 2019, sus aportes en materia procesal lo hicieron merecedor del premio *Ulises Odio Santos*, concedido por la Corte Suprema de Justicia.

Actualmente, labora como juez del Tribunal Agrario del II Circuito Judicial de San José (Goicoechea). Le apasionan el arte, el cine, la poesía y la música.

Esta amena conversación nos recuerda que la libertad implica responsabilidad, que sin lectura no hay evolución y que las personas profesionales en Derecho somos agentes de cambio.

La entrevista fue realizada el 13 de junio de 2025 por la Licda. Ruth Alemán Sánchez.

**Don Carlos, muchísimas gracias por brindarnos este espacio para conocernos, compartir y concedernos esta entrevista para la edición n.º 139 de la Revista Judicial.**

**Quiero iniciar preguntándole: Más allá del derecho, ¿quién es Carlos Picado Vargas?**

*Hola Licda. Ruth, un verdadero honor que me esté entrevistando y que se haya interesado en mi persona. ¿Quién es Carlos Picado?*

*Carlos Picado es una persona normal. Soy de Guadalupe, estudié Derecho, tengo una hija que va a cumplir 18 años, tengo a mis papás adultos mayores que los cuido. He sido muy bendecido por la vida, porque la vida no es color de rosa. Hay pruebas fuertes, hay espacios llanos, pero, una persona alegre de vivir, ese [sic] soy yo.*

**¿Algún pasatiempo?**

*Escribir era un pasatiempo, pero con los años se ha vuelto una forma de vida. Escuchar música, no puedo trabajar ni hacer nada sin escuchar música. Me gusta [sic] mucho también el cine, ver películas, salir a pasear con mi hija y con mi novia. Es importante porque uno regenera energías.*

**¿Qué lo llevó a elegir la carrera de Derecho?**

*Vengo de una familia de científicos. Mi tío bisabuelo era Clorito Picado y mi abuelo era microbiólogo. Mi papá estudió Ingeniería y mi mamá estudió Bellas Artes en la UCR. Soy producto de una química muy vacilona entre un papá que es matemático y que todo son ciencias exactas, y mi mamá que es una mujer de artes, es pintora. Yo quería estudiar Bellas Artes, desde pequeño se me daba mucho el dibujar, el pintar. En el colegio, ganaba los exámenes de pintura y todo eso. Incluso, a los quince años, tuve la bendición de llevar un curso de Xilografía (que*

*es grabado en madera) con Paco Amighetti y con Fabio Herrera. Fue casi que el último curso que Paco Amighetti dio antes de morir, y ahí salieron unos cuadros, y me los pusieron en una bienal. Pero vieras que era muy rebelde en el colegio, estaba en un colegio muy estricto de monjas, y me echaron por bien portado: me escapaba, no dejaban tener novia, era revoltoso, y eso que era el presidente del cole. Entonces, terminé un colegio público, en el Colegio México donde hasta un sonámbulo se escapaba de clases, y tuve que aprender que la libertad implica responsabilidad y que, en el libertinaje, usted pierde la libertad.*

*Recuerdo que tenía una compañera que era el mejor promedio del cole y tenía un cuaderno de cincuenta páginas para las trece materias y vivía en los Cuadros, y yo dije: "Pucha, ¿qué estoy haciendo yo con mi vida?". Y me puse a estudiar; gracias a Dios. Esa compañera ahora es periodista del periódico La Nación desde hace muchos años, un ejemplo de superación: tenía solo un lapicero y un cuadernillo con APA de cincuenta páginas.*

*Yo tenía una novia que después fue mi exesposa y es la mamá de mi hija, teníamos como 18 años, y ella me [dijo]: ¿Usted cree que con cuadritos va a mantener una familia? Entonces, tuve que ver otras opciones y, cuando hice el examen de admisión de la U, de acuerdo con el promedio, voy a ser sincero, tachaba de la lista todas las carreras que tuvieran que ver con matemática, porque juré que no iba a volver a hacer una ecuación después del examen de bachillerato y lo he cumplido, y estaba entre Derecho, Ciencias de la Comunicación Colectiva y Psicología. Pero no entré a carrera de una vez por un punto. Llevé Generales y tuve que repetir el examen.*

*Lo que me llamaba la atención es que yo, tal vez de joven, siempre luchaba por las causas perdidas, defendía lo indefendible a veces, pero siempre era muy argumentador. Algo que tal vez de*

*adolescente pensaba que me hacía problemático, pensé en convertirlo en algo positivo y, por qué no, ese espíritu de lucha hacerlo para defender a otras personas. Por eso estudié Derecho y creo que no me equivoqué, lo veía como una forma de poder ayudar a los demás.*

**Esto me lleva a preguntarle, ¿por qué no ser abogado litigante y optar por la judicatura como camino profesional?**

*Todo es un camino. Recuerdo que cuando llevé Generales, aún no había entrado a carrera, nos tocaba hacer una tesina sobre un libro que se llama “El beso de la mujer araña” que es sobre un juicio contra un dictador latinoamericano ficticio por los crímenes de los desaparecidos, y me pusieron de abogado, estuve ahí y me gustó.*

*Cuando entré a la carrera, el primer año, casi no me gustaban las materias, como que no aterrizaba. Ya cuando estábamos en segundo año viendo Obligaciones, Teoría General del Proceso, como que uno se ubicaba. Acordémonos que yo no tenía familia abogada, y mis compañeros eran hijos de grandes abogados y manejaban las cosas. Si me acuerdo que, el primer día de clases, llegó mi querido amigo Gerardo Echeverría y me dice: “¿Cómo estás jurista?”. Y me quedé pensando: ¿Qué era ser jurista? No sabía.*

*Empecé a trabajar en un bufete con dos abogadas, haciendo mandados, y eso me ayudó mucho.*

*Cuando estaba en el último año, me gustó mucho derecho agrario. También me gusta mucho procesal civil y derecho civil en general e hice la tesis sobre los poderes del juez, y era una crítica al sistema inquisitivo, el juez todopoderoso que le pasa hasta por encima a las partes y todo eso. Era la primera vez que me planteaba en la judicatura porque era una crítica de afuera. Pero al ver los poderes y los deberes del juez y las funciones de los jueces, me gustaba la idea de la*

*judicatura porque creo que un juez o una jueza tiene que ser un agente del cambio. Entonces, de qué servía hacer una tesis criticando, si más bien uno debería entrar y tratar de ayudar.*

*A parte de eso, yo llevaba muchos litigios siendo asistente y, en ese tiempo, los procesos eran escritos. Ahí uno algo le hacía, aunque no fuera abogado. El TCU lo llevé en Consultorios y empecé también como defensor público. Entonces uno tiene que buscarle “la comba al palo”, como decimos los agraristas.*

*A mí me gustaba estudiar, entonces, lo que, por ejemplo, era obligación leerse cuando era estudiante, ya era [una] necesidad recién graduado. Empecé a hacer mi colección de libros, mi colección de revistas judiciales, de ciencias jurídicas y todas las antologías las guardaba, aún las tengo, aunque están todas amarillas. Los cuadernos los pasaba en computadora y yo decía: “¡Qué bonito ser juez! porque uno es objetivo y no como parte, que uno es subjetivo, y que uno trata de aplicar la ley bajo términos de justicia”. Esa objetividad e imparcialidad me llamó [sic] mucho la atención y pensé que, si me preparaba bien, porque es una gran responsabilidad la judicatura, [era] un buen nicho para servir a los demás. Así fue como encontré mi vocación.*

**Hace un rato me comentó que la Revista Judicial lo impulsó y le abrió las puertas a escribir. ¿Qué significado tiene para usted la escritura?**

*Decía una profesora mía en Argentina, en el doctorado, que cuando uno escribía se inmortalizaba, y yo me quedaba, así como “no, no, eso es demasiado pretencioso”. Pero hay una cuestión: con una reforma de ley, se pueden venir abajo las bibliotecas. El derecho cambia, y hay que estar haciendo una labor continua de actualización de las obras viejas, porque si no se quedan ahí desactualizadas y ya no sirven.*

*Me ha tocado vivir, gracias a Dios, las reformas procesales. Cuando hice la tesis, estaba don Ricardo Zeledón Zeledón, exmagistrado, con don Rodrigo Montenegro, también magistrado, en la Comisión de Oralidad [y] se hablaba de un Código Procesal General de Oralidad, ocho o nueve años después del Código Procesal Civil. Entonces, tuve que tocarlo mucho en la tesis y yo venía de estudiar Derecho que me formaron en escritura.*

*Trabajaba en un bufete en que los juicios eran como una relación a distancia a principios del siglo XX. Todo era por correspondencia: venía una notificación, le respondo la notificación, y entonces notifica al otro.*

*Cuando empecé a estudiar Derecho y a trabajar; me veía en una sala de juicios argumentando, y esto eran puros escritos, vaya y traiga escritos y entran al fax y toda la cuestión.*

*La oralidad del proceso agrario me gustó mucho, el hecho de que los jueces agrarios van al campo. Tenía mi base procesal civil, porque civil y agrario es muy parecido[sic]. Pero esa cercanía con las personas fue lo que me gustó mucho.*

*Siempre he leído mucho y me gusta escribir otras cosas, a veces escribo poesía o cuentos. En el posgrado, me pusieron a escribir mucho. De ahí fueron de donde salieron los primeros artículos de la Revista Judicial, en el posgrado de Derecho Agrario.*

*Hay gente que me pregunta: “¿Cómo hace para escribir? o ¿qué puedo hacer para escribir?”. Pues tiene que leer, porque es un ciclo. **Si usted no lee, no estudia. Usted no puede escribir porque no evoluciona.** Entonces, llegué al punto que, por ejemplo, mi director me decía: “Usted tiene mucha información en estos cinco años, tiene que irla madurando”. Y eso hice.*

*Más que escribir, leo. Creo que cuando hago un libro, reúne una buena bibliografía, mínimo cien libros específicos del tema, no libros generales. Por ejemplo, si voy a hacer un libro de litisconsorcio, hay libros de pluralidad de los sujetos en el proceso, pretensiones, cuestiones muy específicas.*

*Cuando empecé en la Corte, estaba en Limón de juez y daba clases dos noches por semana en la U Latina, y el resto de las noches, me ponía a escribir en el apartamento. Era una bonita forma y sigue siéndolo de “asesinar” la soledad, en vez de irme a fiestear o ir a tomar guaro. Creo que es algo productivo y me gusta porque puedo escribir todo lo que no digo en las sentencias.*

*Cuando escribo una sentencia estoy limitado. En mi caso que trabajo en un tribunal de apelaciones, [a] los agravios del recurso de apelación, y solo eso se pudo resolver. A veces, hay una demanda mal planteada, confirmo el rechazo y digo: “Lo que debió haber hecho era plantear esto y esto. Ah, mejor lo hago en un libro y ayudo a la gente”. Entonces, lo que trato es ver primero qué vacíos hay en la doctrina nacional, o sea, falta un libro de tal tema [o] falta un libro de tal otra.*

*Voy mucho al Colegio de Abogados y doy muchos cursos. La retroalimentación con colegas es fantástica. Cuando doy un curso, un tema, una charla, y me hacen preguntas, ahí salen dudas y preguntas de los litigantes y yo [pienso]: “Este tema es bueno para un libro. Veo una necesidad”. Trato de hacer que los libros sean una herramienta de trabajo, y vieras que, a diferencia de lo que mucha gente piensa, aquí no se gana plata haciendo libros. Es una cuestión de realización personal.*

*Tengo setenta hijos que son setenta libros. No soy tan pretencioso como mi profesora de decir que uno se inmortaliza, habría que ser Brenes Córdoba o algo así. Pero lo más lindo, doña*

*Ruth, viera que es cuando voy entrando ahí al Segundo Circuito de Goicoechea donde trabajo y me encuentro [a] algún abogado o abogada que me saluda en las gradas y viene con mi libro y me dice: “Don Carlos, acabo de ganar un juicio y apliqué esto”. Y me abre el libro y me pone donde lo escribí. Esa es la mayor satisfacción que uno como autor pueda tener: sentir que el libro sirve para algo.*

**De entre todas sus obras, ¿hay alguna que considere que es especialmente significativa en su trayectoria profesional?**

*Hay libros que trascienden más que otros, que, por ejemplo, tienen un objetivo. Hace dos años hice uno sobre las reformas al Código Procesal Agrario, y el libro terminó en proyecto de ley y está en la Asamblea Legislativa. El libro era para enseñar del Código y ver lo que se tenía que mejorar y, si se aprueba la reforma, el objetivo del libro se habrá cumplido.*

*Hay libros que sí trascienden un poco más, hay tal vez tres o cuatro, dentro de esos que son muy, muy significativos.*

*El primero fue mi tesis de doctorado que fue mi tercer libro que se llama “Debido proceso civil, laboral y agrario”, que es el de los poderes del juez. Lo que era tesis de licenciatura, después se convirtió en tesis de doctorado, pero mucho más grande y con otra visión. Lo hice en un momento muy difícil de mi vida: tenía la bendición de ser papá y estar recién casado, pero también estaba en una situación muy complicada que Dios me hizo salir adelante. [A] ese le tengo especial cariño.*

*Hay uno que hice con Sergio Artavia que se llama “Los interdictos en materia civil y agraria”. Ese ganó el premio Brenes Córdoba ese mismo año. Entonces también le tengo mucho cariño. Ese va como por cinco o seis ediciones distintas. Con*

*tanto cambio de código, hay que actualizarlo periódicamente.*

*Me gusta mucho “Reforma Procesal Civil práctica”, que es mi versión del Código Procesal Civil comentado, pero más pequeñita. Había hecho cuatro tomos con Sergio Artavia comentándolos. Ese libro es como para investigar o si estás haciendo un recurso o una sentencia, pues tener cada artículo con doctrina. Se dice que es comentado, pero realmente no es comentado. Cada artículo viene con quince o veinte páginas de doctrina de nosotros. El que hice “Reforma Procesal Civil práctica” es práctica porque viene con esquemas, que a la gente le encantan los fluogramas, las definiciones o cuestiones muy puntuales, porque soy muy conceptualista. Viene concordado y con tips o respuestas a preguntas prácticas que me hacen en los cursos. Ese código está hecho como para que usted vaya a un juicio, sea juez o sea litigante y lo tenga como material de primera mano y encuentre las cosas rápidas. Ese me ha generado muchas alegrías. Después hubo un libro igual en familia y otro en agrario.*

*Pero el que más me gusta es uno que se llama “Técnica y estrategia procesal (cómo litigar)”. Ese libro es con el que desde hace dieciocho años doy clases de litigación (lo que se llama ejercicios jurídicos) en oratoria en la Escuela Libre de Derecho, y he visto que ya casi todas las universidades usan el libro. Ese te enseña desde cómo atender al cliente en la primera entrevista, cómo hablar ante un tribunal, cómo armar una teoría de caso y hacer una demanda, cómo hacer alegatos de conclusión, hasta cómo manejar la inteligencia emocional en un juicio. Creo que es el más vendido y es el que más me gusta.*

*El derecho es una ciencia que escribimos todos porque es una ciencia que regula la vida de sociedad, y todos vivimos y convivimos en sociedad. Tengo demasiados acreedores intelectuales y siempre que puedo les doy un*

*homenaje, porque siempre toda persona te puede enseñar gestos de urbanidad. Uno tiene que ser como una esponja, tiene que estar absorbiendo las cosas buenas que te enseñan las personas, eso creo.*

**¿Cuál considera que ha sido el mayor desafío que ha enfrentado y cómo logró superarlo?**

*Hay muchos, institucionalmente, hay miles. Creo que el mayor de todos es reivindicar el mayor tesoro que tiene el Poder Judicial, el mayor activo que tiene el Poder Judicial es su gente y no hablo solo de jueces, hablo de fiscales, todos, hasta técnicos judiciales.*

*Las políticas salariales nos han golpeado mucho. Hay éxodo de personas muy valiosas. Hay desánimo con el régimen de pensiones y salario único.*

*Eso es un reto que tenemos que reivindicar, esa vocación de ser juez. No estamos aquí por la plata ni por estatus social, estamos porque tenemos vocación. Trabajar mucho eso en la Escuela Judicial que se hace en el Programa de Formación Inicial de [Aspirantes a la Judicatura] que es maravilloso. Pero también hay que darles una refrescadita y motivación a los que ya vamos por medio camino o un poquito más porque se desanima.*

*A nivel personal, me tocó divorciarme, eso fue un momento dificilito. Generalmente, me refugio en el trabajo y llegué a ser como adicto al trabajo. Ahora racionalizó más, soy más productivo. También, cuando uno se casa y tiene hijos, la perspectiva cambia. Cuando entras a la institución, quieres quedar en propiedad, y es como una obsesión para tener estabilidad, y tu vida es solo la carrera. Tal vez lo más difícil fue en el 2004, tenía cuatro años de ser juez, estaba llevando el doctorado y yo vivía para mi carrera,*

*no comía, no dormía, me enfermaba, y es un medio no es un fin.*

*Tuve una experiencia muy dolorosa en la Corte, terminé en un juicio que gracias a Dios salí bien, fui papá, que es la mayor bendición, y yo dije: "Si estás haciendo así, no vas a durar ni diez años. Organícese y dedíquese también a su familia, acuérdate de usted como persona". Y, con mucha ayuda del Departamento de Psicología del Poder Judicial, creo que la adicción al trabajo es algo que he superado y que lo he manejado favorablemente.*

*Fue un momento difícil, cambiar ciertos hábitos, almorzar cuando son las doce y no quedarme trabajando, no brincarme las comidas, que suenan cosas muy cotidianas. Pero viera que uno muy metido en la jornada laboral, pasan meses, años, décadas, haciendo eso y, de repente, se te sube el colesterol, sos prediabético y un montón de cosas, y es por los desórdenes que uno hace. Tal vez, a nivel personal, ese ha sido el mayor reto.*

**Ahora, hablemos del derecho agrario. Usted me comentaba que una de las cosas que más le gustó fue la cercanía con las personas. Además de esto, ¿hay algún otro motivo que lo llevó a especializarse en esta materia? ¿Y qué podemos decir que ha influido en su vida personal y profesional?**

*El derecho agrario se enseña en el último semestre de la carrera, y [debes] tener aprobados procesal civil, comercial, obligaciones, contratos, constitucional y creo que, por dicha, es así porque me llegó en un buen momento.*

*Más que todo soy procesalista y me gustó [sic] el derecho agrario por el proceso, la ideología y la visión de la Ley de Jurisdicción Agraria de hacer el juicio en el lugar de los hechos [y] no en una sala de juicio formal. El juez que se*

*pone sombrero y botas y va al campo recibe la prueba, no come cuenta porque “no es que me van a contar cómo estaba la finca, es que la estoy viendo”. Esa inmediación era más fuerte en agrario que en civil o en otras materias, aunque con las Reformas Procesal Civil y Procesal Laboral, los dos procesos laborales y civiles se parecen ahora más al agrario porque hay más inmediación. Los que tenemos verdadera inmediación éramos nosotros. El tener que tratar con personas, tal vez de baja escolaridad, hace que el juez se baje del pedestal porque el juez tiene que ser un hombre de su tiempo y tiene que conocer a su pueblo. Entonces, por ejemplo, eso hace accesibilidad a la justicia, democratización y permite el derecho a ser oído. Y vieras que es lindísimo estar en un juicio agrario, intentar la conciliación, porque muchas veces se concilia, el ambiente de tensión en una finca se baja mucho más que en los tribunales de justicia, y el atender personas, escuchar cómo dependen de la agricultura y, sobre todo, cómo resolver problemas vecinales (que se pelearon por una cerca, a veces con machetes y todo), viene el conflicto un poco violento y mejorarlo, y ver cómo la paz social se puede lograr al final del proceso es lo que me inspiró y me inspira a ser juez agrario.*

**¿Cómo ha evolucionado su visión sobre la justicia agraria desde sus inicios hasta la actualidad?**

*Un montón. Tengo amigos, compañeras y compañeros jueces que tienen más tiempo de estar en la jurisdicción agraria. En los noventa, me decían que eran cinco o seis jueces y dos o tres defensores, y que empezaron a reunirse mensualmente en lo que hoy es el Consejo Nacional de la Jurisdicción Agraria. Los juzgados, la mayoría en los noventa, eran un juzgado civil que llevaba [de] recargo agrario. Empezaron a nombrarse jueces agrarios, especialistas en Derecho Agrario salidos del*

*posgrado de especialidad de la UCR, [en] el cual empecé siendo estudiante y ahora tengo veinte años de ser profesor, con una Ley de Jurisdicción Agraria muy novedosa para 1982, pero que ya estaba un poquito quedándose atrás con respecto al Código Procesal Contencioso Administrativo o el Código Procesal Civil.*

*Esta reforma del Código Procesal Agrario viene a modernizar por completo, era lo que necesitábamos porque muchas cosas que hacíamos por jurisprudencia en los procedimientos ahora están en la letra de la ley. Ahora tenemos dieciocho juzgados agrarios, antes eran cinco. Con el paso de los años, se han ido creando juzgados agrarios especializados.*

*Yo fundé el Juzgado Agrario de Cartago que fue el primer juzgado en el Área Metropolitana, porque era impensable un juzgado en una de las provincias de adentro. Tenemos dieciocho defensores públicos, todos especialistas en Derecho Agrario, muchos con maestrías o doctorados. Hemos tenido a don Ricardo, a doña Carmen María, a doña Damaris, a doña Zarela, a doña Eva, magistrados y magistradas agrarias que han sido también ejes indispensables en esta evolución, y me gusta mucho formar parte de esta jurisdicción que es como una familia, en la cual nos apoyamos y vamos creciendo todos.*

*Antes era de los más jóvenes, ahora estoy dentro de los más roquillos, pero aprendo muchísimo de mis compañeras. Cuando empecé, por ejemplo, mis compañeras Vanessa Fisher, Ruth Alpízar, Tatiana, Carolina, ellas me daban muchos consejos porque si uno no sabe, tiene que preguntar, y no importa cuántos años tengas en tal puesto o en la institución.*

*Aquí todos aprendemos de todos, y él que diga que se lo sabe todo, en ese momento, se estanca y va para abajo. Trato de mantener esa ilusión, esa alegría de aprender, sigo aprendiendo y cuando*

*hablas de los libros, lo que hago es transmitir lo que otras personas me enseñan, no invento casi nada, soy un transmisor.*

**En relación con la entrada en vigor del Código Procesal Agrario, ¿cuáles considera que han sido los principales retos para las personas juzgadoras y litigantes?**

*Bueno, el primero es manejar el Código porque tiene 358 artículos. Yo lo he publicado concordado y, aun así, a mí me cuesta. Viera [que] el Código Procesal Civil es más fácil de utilizar, son menos artículos y, en un solo artículo, encuentras todo lo referente a determinado instituto. Por ejemplo, lo que el [artículo] 35 del CPC habla de la demanda en seis incisos grandotes, el Código Procesal Agrario lo habla en diez artículos. Hay más concordancia, cuesta más encontrar las cosas.*

*Aquí el reto es la forma en [sic] como se van a hacer los juicios. El éxito del Código depende de la documentación procesal, en [sic] cómo se va a documentar la audiencia. El Código está hecho para que el juicio agrario se documente en audio y video, se vaya al campo con una buena cámara o con un buen iPad. No es una labor del técnico, el juez tiene que hacerlo y las partes también: buscar un buen lugar donde se oiga bien, donde se vea bien, hacer buenos reconocimientos judiciales, que se vea[n] bien, un poquito de cine, por decirlo así, dirección de cámara. Si están interrogando [a] un testigo, la cámara debe ver al testigo porque lo que me interesa es verle la cara al testigo, no al juez haciendo las preguntas. El juez es el director de cámaras.*

*¿Por qué te digo esto? Porque si es difícil a veces en un juicio o en una sala de juicios en la Corte, a la intemperie es más difícil, en el campo. Pero si los juicios se graban bien hechitos, esa inmediación de que el juez va al lugar de los hechos se empapa de la situación, esa*

*inmediación se mantiene para segunda instancia y para casación, porque los que resolvemos apelaciones y casaciones volvemos a ver el juicio bien grabadito y podemos resolver más apegados a la verdad histórica del caso. Pero si es solo por audio, yo pongo el audio y me pongo los audífonos, pero estoy tratando de imaginarme lo que me están describiendo. Esa inmediación que hay en primera instancia, el reto es mantenerla y mejorarla para las otras instancias, para que los que estamos en segunda y en tercera instancia revivamos el juicio tal como ocurrió en primera. Ese es el gran reto, me parece a mí.*

**¿Cuáles son las principales virtudes que aporta esta norma procesal?**

*El Código tiene muchas virtudes y novedades, y con la reforma a los noventa artículos, se va a potencializar mucho más.*

*Me encanta, por ejemplo, la conciliación previa facultativa, digamos, vos tenés un pleito conmigo y, en vez de ir a buscar el [sic] abogado y demandarme, vas al juzgado agrario y dices que tienes un problema conmigo. Me mandan a citar, y hacemos una audiencia de conciliación, llegamos a un arreglo, lo homologan y tiene carácter de cosa juzgada, sin haber pasado por un proceso judicial. Muchos pleitos se pueden arreglar con base en el diálogo, en un ambiente de paz y de igualdad, cosa que también copió el Código Procesal de Familia. Eso me encanta, debería haber en todas las materias.*

*Otra virtud muy grande es, por ejemplo, un proceso nuevo que trae el Código Procesal Agrario que es el proceso ambiental preferente. No es un ordinario. Tiene la forma de ordinario, pero es camaleónico. Un ordinario tiene dos audiencias, puede convertirse como en un sumario de única audiencia. Su sentencia tiene cosa juzgada material, es cierto, pero no es un ordinario, es un proceso especial porque es*

establecido para una pretensión específica que es cuando hay un conflicto entre dos particulares donde se acusa daño ambiental. Entonces, cuando hay una agricultura contaminante que es demandada o cuando [sic] hay una agricultura que es contaminada, entonces demanda en un proceso entre sujetos de derecho privado y que tenga que ver una actividad agraria. Ese proceso es más pequeño, tiene pasos más chiquitos y tienen norma específica de que tiene prioridad sobre el circulante. Si entra una demanda, hay que darle curso inmediatamente. Si hay que ordenar medidas cautelares o tutelares en pro del medio ambiente, se le da la prioridad y no hace cola en el juzgado. Tiene un sistema de ejecución de sentencia en que a una persona la pueden condenar a pagar daños y perjuicios por daño ambiental, tanto a la persona que demanda que es el daño ambiental particular como a la colectividad o, incluso, a favor del Estado. Creo que la tutela del medio ambiente es algo de vida o muerte, y este proceso creo que es una herramienta que el ordinario contencioso administrativo o el ordinario agrario no solventan. Tiene que ser un proceso muy rápido con participación del MINAE y de otras instituciones para velar que la sentencia se cumpla y que el daño ambiental se detenga. Es muy chiva.

**A su juicio, ¿qué aspectos considera que aún están pendientes por abordar en esta jurisdicción?**

Bueno, José Rodolfo León decía cuando salió el CPC algo que también lo decía un autor mexicano Recansés Sichas, la norma jurídica, llámese ley o código, es emanada por el legislador. Pero una vez que entra en vigencia es como un bebé que rompe el cordón umbilical. La norma se enuncia como una razón hipotética legisladora; pero cobra vida cuando se tiene que aplicar. Por eso es que los códigos no son de “fulanito” ni

“menganito” porque lo redactó, el código es del pueblo porque [es] el pueblo el que lo aplica. Decía José Rodolfo que el Código Procesal Civil lo tenían de una forma, pero que había que ver cómo se aplicaba porque podía agarrar una forma distinta.

Este proyecto de ley tiene noventa artículos reformados que lo van a mejorar mucho, porque también tiene algunos problemas estructurales que, si no se arreglan, los juicios se van a pegar. Es como una reingeniería, una rearquitectura de los procesos, por ejemplo, las dos audiencias hacerla [sic] en una sola. Antes de ir a la audiencia en el campo, mejor resolvemos las excepciones interlocutoriamente para que, si vamos hasta el campo, las audiencias no se suspendan, porque el problema ahora de todos los códigos, no solo el agrario, laboral, civil, es que las audiencias se suspenden por recursos de apelación o porque no llegan las partes, y se hace un picadillo de audiencias donde no se cumple el principio de concentración de hacer todo en una o pocas audiencias muy seguidas. Es importantísimo hacer esta reforma. Tenemos planeado en el Colegio de Abogados, porque yo presido la Comisión de Derecho Agrario del Colegio, para el próximo año, hacer un seminario del Código Procesal Agrario a un año de su vigencia y reexaminar cómo vamos y cómo se puede mejorar en la aplicación del Código.

Entonces, la capacitación constante es una meta que nos hemos trazado en el Colegio de Abogados, y bueno, me ha tocado, gracias a Dios, presidir y dirigir estos programas, en el cual damos charlas casi todos los meses del año gratis para todo el mundo, no solo para los litigantes, también para funcionarios judiciales y también para estudiantes de Derecho. Abrir el Colegio de Abogados y el apoyo que nos han dado en derecho agrario ha sido maravilloso [sic].

**Para cerrar, ¿qué reflexión le gustaría compartir con quienes estudian o ejercen el Derecho en cualquiera de sus ámbitos?**

*Lo voy a sacar de una de las preguntas que vos me hiciste: “¿Por qué la escritura?”. Cuando empecé a estudiar Derecho, tenía profesores que uno admiraba mucho, que uno los veía ahí como inalcanzables y yo pensaba que en el derecho ya todo estaba escrito.*

*Creo que todos podemos escribir; si nos preparamos concienzudamente, pero lo que le [sic] digo siempre a mis estudiantes y a todo el mundo, no crean que el derecho ya está escrito, que todo está escrito sobre piedra. Estudien la jurisprudencia y, si hay un caso que puede cambiarla, planteéntelo, porque el derecho es*

*cambiable. “Cambia, todo cambia” decía Mercedes Sosa, bueno, el derecho aún más. Y el ser abogado o abogada implica ser agente del cambio. Y creo que todos tenemos algo importante que aportar desde el ámbito en que estemos trabajando, no nos limitemos y soñemos. No nos limitemos, el cielo es nuestro techo. Sueñe[n] de noche y luche[n] por sus sueños de día y no sean conformistas, si soñaron. No solo escribir, lo que sea, háganlo con mucha disciplina y vocación, y el éxito está garantizado.*

**Bueno, don Carlos, muchísimas gracias. Me quedo con varias frases: “si no leemos no evolucionamos”; “la libertad implica responsabilidad”; “somos agentes de cambio” y “el juez tiene que ser un hombre de su tiempo y de su pueblo”.**

---

◆◆◆

*Personas que  
colaboraron  
en este número*

◆◆◆

---



## PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

**Dra. Lizeth Álvarez Salas.** Es licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica con graduación de honor y tesis honorífica. Cuenta con un doctorado en Derecho Procesal Civil y Comercial por la Universidad Escuela Libre de Derecho, graduación *summa cum laude probatus*. Es especialista en Derecho Comercial por la Universidad de Costa Rica con graduación de honor, así como en Derecho Comercial por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y en Derecho Civil por la Escuela Judicial del Poder Judicial. En la Judicatura ha fungido como jueza de apelación civil, jueza civil unipersonal y colegiada, jueza concursal, curadora *ad litem*, curadora concursal y notaria inventariadora. En la academia, se ha desempeñado como profesora de *Derecho Procesal Civil* en la Universidad Latina de Costa Rica y tutora en Derecho Empresarial en la Universidad Estatal a Distancia. Es abogada litigante, notaria pública externa y asesora parlamentaria *ad honoren* en el área de seguridad privada. Es compiladora de obras jurídicas, autora en obra individual y/o colectiva de libros y artículos jurídicos en revistas especializadas, así como miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Además, es miembro fundadora, presidenta y directora de la *Revista Costarricense de Derecho* y la *Revista de Derecho Procesal*, ambas del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Capítulo Costa Rica. Correos electrónicos: [lalvarezs@abogados.or.cr](mailto:lalvarezs@abogados.or.cr) y [www.legalbooks.online](http://www.legalbooks.online).

**M. Sc. Patricia Herrera Gómez.** Es licenciada en Derecho por la Universidad de La Salle y máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad para la Paz. Cuenta con un diplomado en Investigación Criminal y Seguridad Organizacional por el Colegio Universitario de Cartago y en Derechos Humanos, Políticas Públicas y Pueblos Indígenas por la Fundación Henry Dunant. Además, es bachiller en Ciencias Criminológicas por la Universidad Estatal a Distancia. Desde enero de 2018, ejerce como jueza 3 y 4 penal en diferentes partes del país. Actualmente, se desempeña como jueza del Tribunal Penal de Heredia (sede Sarapiquí). Correos: [herrerago@gmail.com](mailto:herrerago@gmail.com) y [pherrerag@poder-judicial.go.cr](mailto:pherrerag@poder-judicial.go.cr).

**M. Sc. Daniel Jiménez Rodríguez.** Es abogado por la Universidad de las Ciencias y el Arte y máster en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Cuenta con una especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Fidélitas, y es doctorando en Derecho en la Universidad de Costa Rica. Es autor de los artículos *El perito forense en el proceso penal costarricense. Visión del investigador sobre el aporte del médico patólogo forense durante la etapa de investigación, con especial relevancia en sitios del suceso de homicidios por síndrome del niño agredido* (2022) y *Aspectos y características de la justicia transicional, a la luz de las exigencias del derecho penal internacional; aplicado al conflicto interno suscitado en Colombia con el acuerdo para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera* (2023), ambos publicados en la *Revista de Ciencias Forenses* de la Universidad de Costa Rica. Ha sido docente universitario en las materias de Derecho Penal 2 y Derecho Constitucional 2. Ingresó al Poder Judicial en el año 2008 y, actualmente, labora como defensor público. Correo: [daniel87jimenez@gmail.com](mailto:daniel87jimenez@gmail.com).

**M. Sc. José Alejandro Piedra Pérez.** Es licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y máster en Ciencias Penales por la Universidad Internacional de las Américas. Cuenta con una especialidad en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Interamericana y en Delincuencia Organizada y Delitos contra la Función Pública por la Academia de la Magistratura del Perú. Es funcionario judicial con más de 20 años de experiencia en el Poder Judicial, desempeñando los cargos de fiscal auxiliar, fiscal de juicio, juez 4 civil y juez 3, 4 y 5 penal. Actualmente, funge como juez de juicio en el Tribunal del III Circuito Judicial de Alajuela. Correos: [j piedrap@poder-judicial.go.cr](mailto:j piedrap@poder-judicial.go.cr) y [apiedrap@hotmail.com](mailto:apiedrap@hotmail.com).

**M. Sc. 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](mailto:daniel_jm91@hotmail.com).

**Dr. Juan Carlos Morales Jiménez.** Es doctor en Derecho y magíster en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con una maestría en Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona, un diplomado en el nuevo Derecho Público del Siglo XXI y la Protección Multinivel de Derechos Humanos por la Universidad para la Paz-Universidad de Heidelberg y una especialidad en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Correo: [jmoralesj@poder-judicial.go.cr](mailto:jmoralesj@poder-judicial.go.cr).

**M. Sc. Javier Madrigal Navarro.** Es máster en Derecho Penal, especialista en Derecho Comercial, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica y especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha laborado en el Poder Judicial como fiscal del Ministerio Público y como juez en el Tribunal de Flagrancia, el Juzgado de Tránsito, el Tribunal de Justicia Restaurativa y el Tribunal de Juicio Ordinario. En la actualidad, se desempeña como juez de tribunal. Correo electrónico: [javiermadrigal12@yahoo.com](mailto:javiermadrigal12@yahoo.com).

**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](mailto:haideer.miranda@ucr.ac.cr).

**M. Sc. Luis Eduardo Argüello Maradiaga.** Es abogado y notario público, licenciado en Derecho y máster profesional en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica, máster académico en Administración Pública con énfasis en Gestión del Conocimiento e Investigación en Políticas Públicas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y el Instituto Centroamericano de Administración Pública. Es estudiante de doctorado, mediador y conciliador certificado, profesor universitario. Correo electrónico: [luis.arguello.cr@gmail.com](mailto:luis.arguello.cr@gmail.com), <https://orcid.org/0009-0008-5463-5243>.

**Dr. Luis Mariano Argüello Rojas.** Es doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con una maestría en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Costa Rica y en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Es especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Ostenta un diploma de Especialización en Derecho Civil por la Escuela Judicial. Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la 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 UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el posgrado cursado en la 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, Laboral y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de dos libros y más de treinta artículos de investigación publicados en obras colectivas y revistas jurídicas especializadas a nivel nacional y latinoamericano. Ha fungido como facilitador en la Escuela Judicial y es director de varios TFG presentados en la UCR. Es investigador, conferencista y valuador de la Revista de Ciencias Jurídicas de la UCR. Es integrante de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Fue miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Capítulo Costa Rica. Actualmente, labora como juez 5 de Apelación Civil. Correos: [luis.arguellorojas@ucr.ac.cr](mailto:luis.arguellorojas@ucr.ac.cr) y [arguellomariano@gmail.com](mailto:arguellomariano@gmail.com).



# NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

## OBJETIVO GENERAL

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

## PERIODICIDAD

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

### A. ASPECTOS GENERALES

Se reciben artículos escritos en español y el archivo electrónico del artículo a evaluarse, debe ser remitido en formato *.docx* (Word) o *.rtf* (compatible) al correo electrónico *revistajudicial@poder-judicial.go.cr* de la Revista Judicial, con las siguientes características formales:

- a.1. Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- a. 2. El tipo de letra utilizado debe ser Times o Times New Roman 12.
- a. 3. El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en Word tamaño carta.
- a. 4. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm y margen izquierdo y derecho de 3 cm.
- a. 5. El artículo **tendrá una extensión entre 15 y 30 páginas de texto**. Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista ante el Consejo Editorial por dicha decisión. Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.
- a. 6. El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.
- a. 7. Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan.
- a. 8. **Se debe emplear el lenguaje inclusivo.** Se debe evitar la utilización de paréntesis, por ejemplo: trabajador(a).

## B. FORMATO DEL ARTICULO

### b.1. Partes del artículo:

- Título: claro y conciso.
- Autor: escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico.
- Resumen: En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de 120 palabras en letra times 11 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
- Palabras clave: 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
- Título: en inglés.
- Abstract: debe ser exacto al resumen en inglés.
- Keywords: palabras clave en inglés.
- Introducción.
- Desarrollo.
- Conclusiones.
- Bibliografía

## C. MODELO APA O CHICAGO

Al momento de escribir su artículo, la persona autora podrá elegir entre el modelo Apa o Chicago (sistema notas al pie) según le resulte más amigable; pero en **ninguna forma** podrá mezclar ambas normas.

### EJEMPLO DE FORMATO

#### RESUMEN

Este artículo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se “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.**





ARTES  
GRÁFICAS  
Konrad  
OT. 60610