



Escuela Judicial
"Lic. Édgar Cervantes Villalta"

Revista n°. 9

REVISTA ESCUELA JUDICIAL N°9

Director Escuela Judicial: Dr. Marvin Carvajal Pérez

Subdirector Escuela Judicial: Lic. Mateo Ivankovich Fonseca LL.M.

Coordinador de la publicación: Lic. Román Bresciani Quirós

Jefa Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial: M.B.A. Magdalena Aguilar Álvarez

Diseño gráfico, diseño de portada, diagramación y acabado final: Lic. Raúl Esteban Barrantes Castillo

Revisión filológica: Msc. Irene Rojas Rodríguez, Área de Servicios Técnicos, Escuela Judicial

El contenido de la obra es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial

Hecho el depósito de ley
Derechos reservados

ISSN:1409-4347

ADVERTENCIA

En conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente.

Esta obra ha sido producida sin fines de lucro de manera que está prohibida su venta.

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta
"Fortaleciendo el futuro de la justicia en Costa Rica"

Teléfono: 2267-1541 – 2267-1540

Fax: 2267-1542

Apartado: 285-3007, San Joaquín de Flores, Heredia

Dirección electrónica: www.escuelajudicial.go.cr

Ciudad Judicial de San Joaquín de Flores, Heredia, Costa Rica

Consejo Editorial

Consejo Directivo Escuela Judicial

Mag. Ana Virginia Calzada Miranda

Mag. Doris Arias Madrigal

Dr. Marvin Carvajal Pérez

Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

Dr. José Rodolfo León Díaz

Dr. Juan Carlos Segura Solís

M.Sc. Ronald Cortés Coto

Lic. Francisco Segura Montero

Lic. Allan Fonseca Bolaños

Licda. Marta Iris Muñoz Cascante

Licda. Olga Fallas Ulloa

Lic. Jorge Chavarría Guzmán

M.Sc. Saúl Araya Matarrita

M.Sc. Francisco Arroyo Meléndez

Tabla de contenidos

EL PROCESO FAMILIAR EN CUBA: NECESIDAD DE SU IMPLEMENTACIÓN

Osvaldo M. Álvarez Torres 7

RÉGIMEN DE PENSIONES: SOLIDARIDAD O AUTOFINANCIAMIENTO UNA APROXIMACIÓN COSTARRICENSE

Fernando Bolaños Céspedes 29

LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS FAMILIARES A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY PROCESAL FAMILIAR

Yudi Pilar Campos Gutiérrez 45

REDES SOCIALES Y EL DESPIDO SANCIÓN

María del Rocio Carro Hernández 61

INNOVACIÓN Y FORMACIÓN JUDICIAL

Marvin Carvajal Pérez 73

LA REPRODUCCIÓN DEL ANALFABETISMO AFECTIVO EN LOS PROCESOS DE INTERRELACIÓN FAMILIAR

Mauricio Chacón Jiménez 83

LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE: APORTES DE LA PSICOLOGÍA FORENSE

Frank Harbottle Qurós 119

ALGUNAS REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA NUEVA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN ARGENTINA (LEY 26.589)

Jorge L. Kielmanovich 133

EL TRIBUNAL AMBIENTAL ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Daniel Montero Bustabad 137

DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LOS ESPONSALES

Rolando Soto Castro 155

PRESENTACIÓN

Ante los diversos temas que hoy en día se debaten en nuestro foro nacional, el presente número 9 de la Revista Escuela Judicial tiene como objetivo presentar a la comunidad judicial y académica, la exposición de ideas y análisis de diversas áreas del Derecho tales como familia, procesal familiar, pensiones alimentarias y procesal penal, así como diversos tópicos tales como el proceso familiar en Cuba, las redes sociales y el despido como sanción, la innovación y formación judicial, el Tribunal Ambiental Administrativo costarricense y aspectos procesales sobre la nueva Ley de Mediación Familiar Prejudicial Obligatoria en Argentina.

Quienes exponen sus artículos en esta publicación, nos muestran un escenario propicio para el debate en diversos niveles, tales como los foros de discusión presentes tanto en el Poder Judicial así como en instituciones públicas y privadas, así como en las facultades y escuelas de derecho costarricenses y de latitudes tales como Argentina.

Lo anterior nos llena de entusiasmo, en virtud del interés y genuina meta de la Escuela Judicial para que se logre el fortalecimiento de la disciplina de las ciencias jurídicas, pues mediante la publicación de obras como la presente, se procura ir consolidando el tendido de puentes no solo a lo interno del Poder Judicial costarricense, sino también con otros poderes, instituciones públicas y privadas, así como con universidades nacionales y de iberoamérica.

Manifestamos nuestro más sentido agradecimiento por el apoyo brindado a la presente publicación, en particular a las personas autoras de los artículos que aquí se incluyen.

Igualmente, deseamos rendir un último y gran homenaje póstumo al Dr. Luis Paulino Mora Mora, quien siempre supo reconocer en la formación y capacitación el instrumento idóneo para que la evolución del derecho costarricense se vea reflejado, en el mejoramiento de nuestro sistema de justicia, posibilitando la consolidación del Estado social de derecho y la protección de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos costarricenses.

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Director Escuela Judicial

EL PROCESO FAMILIAR EN CUBA: NECESIDAD DE SU IMPLEMENTACIÓN¹

M. Sc. Osvaldo M. Álvarez Torres

INTRODUCCIÓN FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

El derecho procesal de familia es, como todo derecho procesal, derecho público y, si bien es cierto que el derecho sustancial de familia es en puridad un derecho social, el derecho procesal familiar tendrá que ser el cauce por donde transiten los conflictos surgidos de las relaciones familiares.

En virtud de este proceso y no de las tradicionales normas del proceso civil, se resuelvan de manera ágil estas confrontaciones en el marco de las relaciones familiares, porque va más allá de la defensa de derechos subjetivos privados, más allá de dilucidar con prevalencia controversias patrimoniales, sino en primer lugar personales, familiares que se centran en la tutela de derechos que son indisponibles de la sociedad, derivación de su simiente preciosa que es la familia.

Así, los autores CICU², GUITRÓN FUENTEVILLA³, BELLUSCIO⁴ y MESA CASTILLO⁵ sostienen las tesis de la clasificación tripartita del derecho, en la cual el derecho familiar sería un tercer género distinto del privado y del público que no tutela intereses individuales, autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a un interés superior a los intereses individuales. Además, las instituciones comprendidas en el derecho familiar necesitan sus propias reglas y proyecciones sin salirse del derecho de familia, que es el interés familiar.

El derecho de familia forma parte del derecho social, y se construye una nueva división tripartita del derecho: derecho público, derecho privado y derecho social. No obstante, el ser un derecho político o social no implica estas características, un divorcio absoluto, como si se tratara de una materia extraña del derecho civil, el cual le sigue aportando la base técnica jurídica elemental.

1 Tesis presentada para optar por el grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas.

2 Cicu, Antonio, tomado de Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares. Editorial Porrúa, S.A, México, 1984, pp. 76 a 78.

3 Guitrón Fuentevilla, Julián, tomado de Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pp. 85-90.

4 Belluscio, Augusto César, tomado de Chávez Asencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, pp. 91 y 92.

5 MESA CASTILLO, Olga. *Apuntes para un libro de texto de Derecho de Familia*. (Módulo I, (Módulo II, I, II y III partes). Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. Editorial Empes 1992, 1997.

Se han producido en Cuba importantes y conmovedores acontecimientos en el plano socio-económico y político, de todos conocidos, los cuales han repercutido en el sistema de derecho.

El Código de Familia vigente desde 1975 estableció el paradigma de la familia de nuevo tipo, basado en principios opuestos a los establecidos en el Código Civil español que en materia de familia había regido desde 1889. Pero este paradigma de familia se sigue enmarcando en los patrones de la familia convencional, si bien despojado de prejuicios y discriminaciones contrarios a los principios de la igualdad y aún con figuras jurídicas novedosas y liberadoras⁶.

Enfocada entonces la naturaleza particular y específica del derecho de familia sustantivo, se atribuye indicar que en tanto que derecho público, el derecho procesal familiar está llamado a regular las normas de orden público. Es un derecho eminentemente social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares. Los valores hacia los que se orientan son diferentes a los que apunta el derecho procesal civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, la igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares, de los y las menores y de las personas de la tercera edad.

Además, si bien es cierto que el derecho de familia tiene una parte de derecho privado, que es el patrimonial de familia, aunque las normas sustantivas familiares se refieran a esa parte, prevalece el interés público sobre el personal.

El derecho procesal de familia no toma solamente en cuenta los derechos patrimoniales o económicos, sino que va más allá para tutelar derechos de carácter personalísimo como la filiación, el derecho a la comunicación con los hijos y las hijas, el derecho a la formación de una familia, a la protección de las personas ancianas. Así los conflictos que se plantean son de carácter profundamente humano, por lo que este nuevo derecho procesal postula como piedra angular la resolución de los conflictos familiares, en lo posible, al eliminar la confrontación entre las partes y, en todo caso, evitar que exista el mayor daño posible a la familia como célula fundamental de la sociedad.

A *contrario sensu* de la naturaleza controversial del derecho proceso civil en general, el derecho procesal familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez o de la jueza de familia que, por tener función eminentemente conciliatoria entre las personas contendoras del proceso familiar, debe abstenerse de conocer otros conflictos que se suscitan en la esfera del proceso civil, tales como los patrimoniales, reivindicatorios, rescisiones contractuales, impugnaciones y nulidades que impedirían a la persona juzgadora estar anímicamente preparada, después de su participación en estas controversias para administrar justicia con un prioritario carácter de conciliación en el ámbito familiar del divorcio, los alimentos, la adopción o la tutela.

Es menester hacer comprender a las partes que una de las razones importantes por las que deben evitarse las controversias familiares es por los costos del juicio, no solo desde el punto de vista económico, sino también por el desgaste de energías psíquicas, mentales, espirituales, morales y de salud que perjudican a los y las miembros de una familia.

⁶ MESA CASTILLO, Olga. "Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial. En Revista Cubana de Derecho. Núm. 30, Diciembre de 2007.

Se impone un cambio en la mentalidad de los y las juristas de esta nueva época, para comprender la nueva cultura de la paz y la armonía social que deben primar en los procesos de familia.

Para BENAVIDES SANTOS:

es necesario rediseñar, o mejor dicho, diseñar un moderno sistema de solución y de decisión de conflictos familiares, que permita a los miembros de nuestra sociedad, adultos, adolescentes y niños, enfrentar de una mejor manera, con base en la ciencia y el sentido común, los problemas propios del núcleo básico de la sociedad. Un primer ejercicio que se debe hacer es el de urgir en el derecho comparado, para buscar ideas ya probadas que nos puedan servir con el objetivo ya dicho, y para comprender la razón de ser de las tendencias que se observan en los diferentes países⁷.

Por constituir la familia cubana ese remanso de paz donde se disfrutan los más delicados goces del espíritu, de las ideas, por ser ese el núcleo fundamental del género humano donde nacen y se forman valores, a esa sociedad en pequeño que es la familia hay que protegerla, hay que dispensarle un tratamiento especial, tanto en el ámbito de las ideas como en el de su tutela legal.

En tal virtud, con el objetivo de ofrecer mayor protección a la familia, ha llegado ya el momento de sustraer, de la esfera del derecho procesal civil, el bien llamado derecho procesal de familia, pues no resulta ya posible que dentro del cúmulo de trabajo de los jueces y las juezas que atienden el proceso civil, los numerosos juicios constituyan “uno más” donde se ventilan problemas familiares, de filiación, de guarda y custodia de hijos e hijas menores, de alimentos, los cuales impiden al juez o a la jueza una dedicación especial a tan importante problemática.

Actualmente en Cuba, la mayoría de los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil de los Tribunales de Justicia son asuntos de índole familiar que los jueces y las juezas de lo civil conocen y luego estos aplican las normas procesales civiles, caracterizadas por la prevalencia del principio procesal de la escritura con relación a la oralidad, además de los formalismos y formulismos que signan un proceso donde se dirimen enconadas controversias, luchas entre partes y que casi siempre tienen el sello patrimonial inherente al derecho civil. Lo anterior no se trata de una afirmación infundada.

Durante el II Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en La Habana, los días 7 al 9 de abril de 2009, en la intervención especial pronunciada, titulada “Tendencias procesales contemporáneas y la reforma procesal en Cuba”, el máster Carlos Manuel Díaz Tenreiro, presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, afirmó que en el año dos mil ocho, el ochenta por ciento de los asuntos radicados por los tribunales cubanos de lo civil

7 BENAVIDES SANTOS, Diego. “El proceso de familia en el derecho comparado (tipos y estilos de procedimientos familiares)”. En: Revista de la Sala Segunda, Número 2, San José, Costa Rica, enero de 2006, versión electrónica, <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/> (Visitado el 20-4-09).

que administran la justicia familiar, es decir, cuarenta y dos mil quinientos ochenta y nueve asuntos, fueron de familia.

Por estas razones, lo que se precisa de manera impostergable es instrumentar la jurisdicción de familia y el proceso familiar en Cuba para solucionar los conflictos que se suscitan en la esfera del derecho sustantivo de familia con una nueva óptica que parta de la búsqueda de la conciliación de intereses que pueden ser divergentes, en aras de lo que pueda resultar mejor para la familia, los y las menores o las personas de la tercera edad.

CAPÍTULO I.- Derecho jurisdiccional y jurisdicción de familia

1.a) Generalidades

Se han caracterizado de muchas formas y con diversas maneras la actividad jurisdiccional, la competencia de los magistrados, su jurisdicción, sus integrantes, componentes, la peculiaridad de sus distintos fueros, la alternativas que ofrecen frente a una misma temática con el objetivo primordial de mantener, preservar y aplicar con sabiduría meridiana el ordenamiento jurídico positivo a todo aquel que cobije el orden normativo de un país, la paridad normativa que los iguala para los nacionales y para los no nacionales con el escudo protector del orden público que prometerá justicia, paz, convivencia, igualdad, y fraternidad⁸.

En el mundo moderno de hoy, no es posible que el conocimiento y la solución de los asuntos de familia se resuelvan con un incremento en la plantilla de los jueces y las juezas de lo civil y del personal judicial auxiliar de las funciones de las personas juzgadoras, porque se trata de establecer una jurisdicción que, con toda autonomía, conozca y resuelva los asuntos de familia.

Además se pretende que los jueces y las juezas no ocupen sus mentes al conocer de otros procesos que nada tienen que ver en un proceso como el de familia, donde la preceptiva sustantiva, cuya realización pretenden, tiene un carácter de derecho eminentemente social que cada vez se distancia más del viejo derecho civil en tanto que derecho privado y eminentemente patrimonial.

Resulta improbable a los jueces y las juezas impartir justicia familiar con la “cabeza caliente” por los asuntos penales, administrativos, civiles y laborales, porque la excelencia de la racionalidad de los jueces y las juezas está dada en la ponderación en el juzgar.

Esta situación no resulta dable, sobre todo en juzgados o tribunales de poca radicación donde todos los asuntos jurisdiccionales son conocidos y resueltos por una misma persona juzgadora y esta tiene que desdoblarse, verbigracia, cuando juzga a una o un delincuente y aplica con el debido rigor la ley penal sustantiva y luego tiene que ir a resolver un contradictorio civil para finalmente despejar su mente, liberar tensiones y fungir como conciliadora en un conflicto de familia en evitación de la litis.

8 PONTE ELGOTAS, Darío Germán. *Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia*. Ponencia de la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana, 2006, p. 2, memorias en soporte digital.

En consecuencia de estas ideas, el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, realizado en San Salvador, República de El Salvador entre el 20 y el 26 de septiembre de 1992, recomendó algunas cuestiones fundamentales con relación al derecho procesal familiar:⁹

- a) Que los Estados deben establecer Tribunales de Familia especializados y técnicamente asesorados que contribuyan a garantizar y consolidar la convivencia familiar y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.
- b) Que los jueces y el personal operador de la Ley deben ser cuidadosamente seleccionados, priorizando su capacidad técnica y respecto de ellos debe mantener una política de capacitación permanente.
- c) Que los tribunales de familia han de contar con un equipo asesor multidisciplinario, integrado al menos por psicólogos, trabajadores sociales y educadores.
- d) Se recomienda el establecimiento de un proceso ágil y eficaz, sin excesiva pluralidad de procedimientos.

El autor de este trabajo considera acertado señalar que a su criterio el amplio sitio donde se hospeda el proceso –y el derecho procesal– es la jurisdicción en tanto función estatal que, atribuida por el Estado principalmente a los tribunales, consiste en administrar e impartir justicia.

Ello permite significar que, aunque el derecho procesal es importante, constituye una pieza de aquel espacio más amplio que es la jurisdicción. Esta cuenta con una estructura organizacional que permite tener una visión más abarcadora, sistémica e integradora que lo procesal. Por ello considero que al utilizar la expresión «derecho jurisdiccional», en vez de «derecho procesal», se logra una visión más abarcadora y holista.

Para MONTERO AROCA, el derecho procesal no es solo el derecho del proceso, pues este no es el único ni el más importante concepto de aquel, a pesar de lo cual la tradición lleva al sector mayoritario de la doctrina española a seguir hablando de derecho procesal.

Ahora bien, si se trata de identificar una rama jurídica atendiendo a su concepto principal, que es el poder judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es el proceso, dígame de una vez: derecho jurisdiccional¹⁰,

MONTERO Señala que el proceso será una de las partes fundamentales del derecho jurisdiccional, siendo concebido bien como el instrumento por medio del que el poder judicial cumple las funciones que

9 7º Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. *Memorias* (septiembre 20-26. San Salvador, El Salvador), 1992, Editorial Corte Suprema, Procuraduría General de la República, Biblioteca Judicial “Dr. Ricardo Gallardo”, San Salvador, El Salvador.

10 MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Primera Edición: Julio de 1999. Editorial EMMARCE, Lima, Perú, p. 20.

le están atribuidas constitucionalmente, bien como el instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela jurisdiccional¹¹.

Cuando se habla de la eficacia del proceso, tema hoy de moda, se está en realidad cuestionando la eficacia del poder judicial, y de ahí la necesidad de que las procesales estén adecuadas para hacer frente a las necesidades reales de la sociedad¹².

Y concluye resaltando que, en conclusión, el derecho jurisdiccional ha de ser el derecho del poder judicial¹³.

Ya en 1945, FENECH¹⁴ expresaba que en sus comienzos, el proceso fue único, escindiéndose en el transcurso de la historia; [...] que se ha defendido la identidad conceptual de ambos procesos (penal y civil) considerándolos como expresión de una función única: la jurisdiccional.

Apuntaba más adelante que el proceso penal, como el civil, dimanaban de la jurisdicción, esto es, de la función jurisdiccional del Estado. Y realmente son muy diferentes los factores que influyen en la formación de ambos procesos. Los órganos jurisdiccionales suelen ser distintos para ambos procesos; también la materia, la forma de juzgarla, las personas que intervienen son distintas. La distinción entre ambos procesos se ha construido a base del objeto¹⁵.

En 1951, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA escribían que “los conceptos de proceso y jurisdicción eran correlativos. Puesto que el Estado toma a su cargo la tutela jurídica mediante la actuación de la voluntad de la ley en el caso concreto, se ve obligado a asumir una actividad y a constituir unos órganos para ella. Tal actividad es la jurisdicción, la administración de justicia, en sentido propio¹⁶”.

1.b) Exclusividad de esta jurisdicción

En virtud del principio general de la exclusividad jurisdiccional, se aprecia que el ejercicio de la potestad jurisdiccional constituye un auténtico monopolio de los órganos jurisdiccionales de la Administración de Justicia. Su aplicación significa que se puede excluir, por mandato de la ley, determinada materia de la esfera de impartición de justicia de determinado tribunal o de un tribunal ordinario y se puede encomendar a la facultad de un órgano jurisdiccional específico que impartirá justicia y conocerá y resolverá sobre esta específica materia que se le pone de manifiesto.

La exclusividad jurisdiccional exige que se atribuya esta únicamente a una categoría de órganos, los tribunales determinados por las leyes, con exclusión de cualquier otro, lo que supone que otros órganos que no sean los Tribunales de Justicia no pueden ejercer la potestad o poder jurisdiccional. Vinculada a esta exclusividad jurisdiccional en sentido positivo, ha de analizarse la variante de la

11 Ibídem, p. 22.

12 Ibídem, p. 23.

13 Ibídem.

14 FENECH, Miguel.; *Curso Elemental de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1945, pp. 21-23.

15 Idemídem.

16 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal, Volumen I, Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición aumentada y puesta al día. Gráfica Administrativa, Madrid, 1951, p. 73.

exclusividad en sentido negativo, dado que los tribunales solo podrán ejercer precisamente esta potestad jurisdiccional atribuida por ley.

En consecuencia, ningún otro órgano de poder del Estado podrá imponer a los tribunales el ejercicio de funciones que pongan en peligro su posición institucional de órganos de administración e impartición de justicia.

Esta exclusividad jurisdiccional se advierte también en materia de lo familiar.

De esta forma, la administración e impartición de la justicia de familia quedan instaladas en el marco de la llamada justicia de acompañamiento o de protección, la cual diseña un nuevo modelo donde los y las protagonistas, las partes y los operadores jurídicos dirigen con firmeza los pliegues y repliegues de esos encuentros dialogados (audiencias), con el ensamble inteligente de consejeros y auxiliares y un órgano jurisdiccional activista. Así, mirándose a la cara, la jurisdicción de familia se hace cargo de acuciantes peticiones, a las que habrá de brindar composición razonable y justa¹⁷.

En esta justicia de acompañamiento, los tribunales están comprometidos a actuar de un modo distinto, porque deberán arribar a resultados de extraordinario desenvolvimiento en los ámbitos humano y social, de manera pronta.

La justicia de familia se aproxima entonces a la realidad existencial, a conflictos desnudos que se diferencian en que no pueden bajar las gestiones de conciliación, de disuasión, de modular los decibeles de las altisonantes diferencias ocasionales, a la necesidad de retornar o buscar la paz como única forma de lograr una justicia satisfactoria que, en otro sentido, sería inalcanzable o muy frágil.

Hay que propiciar un flexible tratamiento de las relaciones presentes y futuras de los esposos, hijos, hijas, de las personas incapaces y discapacitadas, de las personas de la tercera edad. Por ello la sentencia que se dicte en esta jurisdicción debe tener en cuenta la realidad humana como antecedente decisivo de la realidad pública.

Y sin desconocer las dificultades que puede afrontar, el orden público familiar tendrá que perfilarse en un cardinal objetivo: buscar y consagrar concretamente las soluciones más beneficiosas para todo el núcleo familiar¹⁸.

Lo antes expuesto trata un fin social, transpersonal, que se logra a través de una jurisdicción de familia y su instrumento, el proceso específico de familia, que discurren por un mismo cauce con el marcado propósito de satisfacer las apetencias de la comunidad que aspira que los conflictos familiares se resuelvan o disuelvan del modo que resulte más beneficioso, menos traumático para el núcleo familiar en su conjunto.

17 BERIZONCE, Roberto- BERMEJO, Patricia – AMENDOLARA, Zulma. *Tribunales y Proceso de Familia*. Librería Editora Platense, La Plata, 2001, pp. 2-3.

18 Idemídem, p. 15.

Sobre el acceso a la justicia de familia en sede jurisdiccional de lo familiar, en tanto que derecho humano fundamental, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado en su voto 10368-2002¹⁹ que

El derecho general a la justicia- al igual que el derecho general a la legalidad-, es condición general previa e indispensable del debido proceso. Dentro de la concepción más amplia de la administración de justicia en un estado democrático de derecho, su ausencia o violación debe sancionarse como vulneración de aquel, pues ello implica necesariamente la imposibilidad misma del debido proceso... el derecho fundamental a la justicia, debe ser entendido como la existencia y posibilidad de un sistema de administración de justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado- declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos-; lo cual comprende a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato de resolver los conflictos y corregir los entuertos de la vida social, en forma civilizada y eficaz, y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación.

1.c) Jurisdicción de familia, especialización y flexibilidad

La justicia especializada de familia y la jurisdicción que la enrumba a través del proceso de lo familiar que es su instrumento por excelencia, se mueven a tenor de pretensiones que han de resolver asuntos familiares de diversa índole.

Así, en aras de la flexibilidad que se preconiza en este tipo de proceso específico, en determinados momentos, el órgano juzgador puede admitir que las partes pueden modificar las pretensiones originales cuando la carencia de debida información o de deficiente asesoramiento determine omisiones, luego insalvables en pretensos derechos que *a posteriori* puedan afectar a los justiciables, de lo que se daría oportuna cuenta, en justo cumplimiento con la bilateralidad de la audiencia o igualdad en el debate, a todas las partes intervinientes en la jurisdicción de familia.

Las decisiones judiciales, proporcionadas a partir del criterio de especialización en esta jurisdicción concreta de lo familiar, deben observar el principio básico de promover a la familia y sus integrantes, en especial a los y las menores y a las personas más desprotegidas, –diría a aquellas en situación de desventaja social–. Este principio potencia un nuevo modelo de justicia donde se privilegia la protección del interés superior de la familia, a través de esquemas formales flexibles que favorecen la actuación de una jueza y un juez comprometidos con los resultados del devenir de la jurisdicción de lo familiar, activista también en lo sustantivo, no para la composición garantística tradicional, sino más bien a los fines de una administración equitativa y teleológica, pacificadora de los singulares conflictos que trata²⁰.
Una jurisdicción de familia sellada por su especialización comporta también la especialidad de los

19 CAMACHO VILLALOBOS, Robert. “El acceso como prioridad del Derecho Procesal de Familia”. En: *Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General*. Colectivo de Autores, KIELMÁNOVICH, Jorge (compilador principal). Editora Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, p. 168.

20 MORELLO, Augusto Mario. *Familia y Jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria. Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas Respuestas*. Volumen II, Editorial Platense, La Plata, 1998, pp. 1130-1132.

operadores del derecho que ejercen en los tribunales donde el Estado delega esta función, en paralelo con la atribuida a los jueces y las juezas. Este proceso transita por límites sensatos y convenientes que tienden a uniformar el desenvolvimiento de esta jurisdicción que abarca los conocimientos jurídicos, el saber integrador que trae causa de la jurisdicción civil, del derecho civil sustantivo por citar solo dos ejemplos, sin preterir la valía que insufla la interdisciplina a la jurisdicción de lo familiar y que la distingue por su runa sistémica.

Además, al mismo tiempo de los conocimientos jurídicos ineludibles, hace falta que la abogada o el abogado dedicado a esta problemática tenga la suficiente experiencia vital, circunspección y sensatez como para aconsejar a su representado o representada sin caer en la pasión de este o esta, lo que inevitablemente sucede cuando la relación con él o ella se da en condiciones de defender a ultranza sus posiciones, sin explicarle en un contexto de consultoría acerca de su asunto.

La especialización de los y las integrantes de los tribunales de familia es un reclamo y una tendencia generalizada causada por la propia complejización de la vida social. Negarse a ello y pretender mantener fundidas materias como la civil y la de familia equivaldrían a intentar desconocer el derecho mercantil o el laboral como ramas autónomas y diferentes del civil, y si estas, producto de su propia dinámica y no por decisión de tratadistas o legisladores, se escindieron del tronco civil, cuanto más resultan necesarias la especialización y la autonomía para una rama que regula una institución tan sensible socialmente como lo es la familia, máxime cuando a ella se integran factores sociodemográficos, culturales y psicológicos que desbordan lo meramente jurídico²¹.

CAPÍTULO II. Efectividad de un proceso de familia en Cuba. Análisis crítico. Visión desde el derecho comparado

Plataforma constitucional familiar para un proceso de familia

2.a) Ineludible explicación preliminar

A fortiori, se pretende tratar en este capítulo por qué sería efectivo un proceso de familia en Cuba, formulando la crítica que parte de que tal plataforma en nuestra Constitución no puede ser más pobre, por las explicaciones que posteriormente se brindan.

Cierto es que al aludirse a la implementación del proceso de familia en Cuba, no puede soslayarse que, en el texto constitucional cubano, no se advierte presupuesto alguno que permita el establecimiento de un proceso de familia.

21 DIESTE COBO, Juan. “*Tribunales de Familia en Cuba*. Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia, 2004. En Memorias en soporte digital de la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, mayo de 2009.

En adelante, al enfocar un sucinto análisis del derecho constitucional de familia y proceso de familia, en sede latinoamericana, se intenta presentar un somero análisis de este y escoger para el desenvolvimiento del epígrafe varias Constituciones latinoamericanas para realizarlo, vale, a fin de demostrar la orfandad que la Constitución cubana sufre al respecto.

En tanto, nuestra ley de leyes se olvidó desde un inicio desarrollar ideas y recoger principios universales de la familia, al copiar, amputando el Código de Familia, cuya promulgación en 1975 fue anterior a la Carta Magna cubana. Y luego perdió dos oportunidades de este ámbito, cuando se modificó dos veces el texto constitucional.

Luego se abordan las particularidades de la doctrina del proceso de lo familiar en Cuba, con el examen de los razonamientos más esenciales del porqué de su establecimiento experimental en Cuba a través de una instrucción jurisdiccional, la Instrucción Número 187 del 20 de diciembre de 2007, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, –paso previo a la promulgación de una futura Ley Especial Procesal de Familia– que llevó a la praxis judicial la creación de Secciones de Familia, con el propósito de demostrar o no la viabilidad y las ventajas de un proceso específico de familia para Cuba.

Entonces, como cuestiones de *lege ferenda*, se expone que no existen ni se regulan la audiencia preliminar, la declaración de rebeldía, el allanamiento, la prueba, la participación del fiscal y las medidas cautelares en el cuerpo de esta Instrucción Jurisdiccional N.º 187 de 2007 ya mentada.

2.b) Derecho constitucional familiar y proceso de familia

En determinados textos constitucionales de Latinoamérica, se refrendan principios que, como bases generales para desarrollar a través de ulteriores normativas jurídicas, permiten colegir la existencia de una preceptiva que posibilita una tutela judicial efectiva a través del proceso de familia, la jurisdicción que lo posibilita y del establecimiento de tribunales de familia, por la capital importancia que la institución familiar tiene para las sociedades, indiscutible pilar para cualquier índole de desarrollo en los países de Latinoamérica.

Estos textos se escogen para mostrar algo que no puede obviarse en sede de constitucionalismo familiar y de proceso de familia: los principios cardinales de la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña de la ONU, fijados en estos.

De la exégesis realizada respecto a los textos constitucionales analizados, los aspectos comunes o generales que les sirven de común denominador son:

- El respeto y la protección a la vida y a la honra de la familia, por ser el fundamento primigenio de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas que conforman las familias, el cual presupone la instauración de tribunales específicos para la sustanciación y solución de procesos constreñidos a esta específica jurisdicción.

- La posibilidad de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios, a través del establecimiento de jurisdicciones de familia.
- El establecimiento de una jurisdicción, los tribunales que la ejercen y un proceso específico de familia para garantizar a los niños, las niñas y los y las adolescentes su protección por la legislación y por órganos y tribunales especializados que tienen la obligación de respetar, garantizar y desarrollar los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales en esta materia.
- De manera más profunda e integradora, las Constituciones Políticas de la República Bolivariana de Venezuela y de la República Dominicana robustecen la tutela constitucional familiar, prevén una jurisdicción especial que comprende por su importancia los asuntos de familia y enaltecen la prioridad de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Por su parte, la Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero de 1976 fue reformada en el XI Período Ordinario de Sesiones de la III Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular del 10, 11 y 12 de julio de 1992. Además, tuvo modificaciones y adiciones introducidas y aprobadas en la Ley de Reforma Constitucional por la Asamblea Nacional del Poder Popular, en su Cuarta Sesión Extraordinaria de la Quinta Legislatura, celebrada los días 24, 25 y 26 de junio de 2002, y dedica su Capítulo IV a la Familia, donde parte de la tutela estatal a la familia, la maternidad y el matrimonio y reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad²².

Hay que partir del criterio de que la Constitución cubana, que fue aprobada en referéndum popular en 1976, limita la regulación del tema familia a solo cuatro preceptos, del 35 al 38, ambos inclusive. No define el concepto de familia, salvo su reconocimiento como célula fundamental de la sociedad y luego precisa la institución del matrimonio, de la igualdad de los hijos y de los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos y del debido respeto de estos hacia sus padres.

Aunque esta preceptiva resalta la protección a la maternidad, olvida el realce del papel de los padres, porque debió señalar lo que es una realidad, pero no llevada al texto constitucional cubano de manera expresa, que el Estado promueve la maternidad y la paternidad responsables.

Debe resaltarse que la escasez de preceptos constitucionales sobre la familia en la Carta Magna cubana deja fuera de formulación general otras muy importantes instituciones como el reconocimiento de paternidad, la guarda y cuidado de los hijos y las hijas y la comunicación de estos respecto al padre o la madre cuando no convivan juntos; el proveer de alimentos a parientes necesitados, la adopción, la tutela, entre otras importantes instituciones familiares.

Cabe afirmar el significativo precedente que produjeron la aprobación y puesta en vigor en 1975 de la Ley N.º 1289 de ese año, la cual fue establecedora del Código de Familia cubano, uno de los más revolucionarios de América Latina en la década del setenta del siglo pasado, por desterrar de su normativa las odiadas causales de divorcio y establecer la plena igualdad de todos los hijos, hayan sido habidos o no dentro del matrimonio.

22 Cfr. Constitución de la República de Cuba, del 24 de febrero de 1976. En *Gaceta Oficial de la República*. Edición Extraordinaria, La Habana, viernes 31 de enero de 2003.

Esta ley sustantiva familiar cubana, por preceder en tiempo a la Constitución de la República de Cuba, creó una situación *sui generis* en el país, al tomar el texto constitucional cubano de la ley especial sustantiva de familia, lo que después fue llevado a la preceptiva constitucional; pero sin la profundidad ni la amplitud con que debió ser tratado, por su capital importancia, todo lo concerniente a la familia y la verdadera prioridad que como institución fundacional de la toda sociedad juega la ancestral, pero siempre presente institución de la familia.

No es sino en circunscritos artículos contenidos en el capítulo de *Igualdad*, verbigracia el número cuarenta y cuatro, en donde se proclaman la igualdad de derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar entre el hombre y la mujer, y la protección y licencia retribuidas por la maternidad a la trabajadora.

Además, en el artículo cuarenta y ocho, inserto en el capítulo de *Derechos, deberes y garantías fundamentales*, se decreta la protección a los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda.

Pero debe distinguirse que, en correspondencia con los artículos 41 y 44 del texto constitucional cubano, establecedores del principio de igualdad, la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico uniforma en su parte general toda una serie de principios que se desprenden de los principios políticos generales insertados en la Constitución de la República de Cuba y que no se oponen al Procedimiento Especial de Familia que podría abordar otros principios específicos y muy puntuales dentro del título de su regulación, al igual que medidas cautelares *ad hoc*, lo cual, en este último aspecto, se logró con acierto, al ser hoy una realidad palpable en el nuevo Procedimiento de lo Económico.

Sin embargo, en el articulado referido a la familia en el texto de la Constitución cubana, no se corrobora previsión alguna que demuestre con criterio racional la posibilidad del establecimiento de una jurisdicción específica de familia que consienta el ejercicio pleno de la llamada tutela judicial efectiva a través de órganos jurisdiccionales especializados, que no han de ser otros que los tribunales de familia.

CAPÍTULO III.- Bases teórico- doctrinales para el desarrollo del

proceso de familia en Cuba

Proposición de estas bases doctrinales

En la explicación de un proceso de familia en Cuba, y por tanto, en las bases que lo defiendan, hay que establecer disposiciones generales que distingan su especialidad, la publicidad restringida, dada la naturaleza de los temas que se debaten que obligan a limitar el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional, o cuando los intereses de los y las menores de edad o la protección de la vida de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad podría perjudicar los intereses de la justicia.

Se conceptúa en igual sentido que el proceso de lo familiar es materia que afecta directamente al interés público, pues ello tiene consecuencias en el plano procesal:

- a) La intervención del Ministerio Fiscal
- b) La merma del principio de rogación y de disposición del proceso
- c) La actuación de oficio del juez
- d) La flexibilidad que reformula totalmente el clásico concepto de la preclusión como principio.
- e) Su configuración como un proceso dinámico que permite la entrada de nuevos hechos y pruebas a lo largo de este, teniendo el juzgador amplia libertad en materia de prueba.

En las bases teóricas-doctrinales para un proyecto de proceso de familia, se parte de las ideas siguientes:

Aplicación de principios y otros aspectos esenciales

El proceso de familia será mixto, aunque con prevalencia de la oralidad y la reseña escrita en actas, concentrado y desformalizado. En él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio, preclusión flexibilizada y búsqueda de soluciones colaborativas entre las partes.

Este proceso se desarrollará en audiencias continuas y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. No obstante, el tribunal podrá suspender el progreso de la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario, a prudente arbitrio de la persona juzgadora, de acuerdo con el motivo de la suspensión.

El tribunal comunicará verbalmente la fecha y hora de su continuación, y se tendrá como suficiente y válida la citación porque las partes están a derecho en el proceso; es decir, las partes y sus representantes voluntarios tendrán la carga procesal de acudir a las salas o secciones de familia, y su tardanza no propiciará la mora para continuar, de propender a la premura.

En cualquier estado del proceso de lo familiar, el tribunal deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad y buscará alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.

Las audiencias y las diligencias de prueba se realizarán siempre con la presencia de los jueces y las juezas, con prohibición expresa, bajo sanción de nulidad, de la delegación de funciones. La sala o sección de familia formará su convicción sobre la base de las alegaciones y pruebas que personalmente haya recibido.

Tipos de procesos de familia

En las bases que aquí se plantean, los procesos de familia que se tramiten serán todos especiales. Indiscutiblemente tratándose de bases, es una propuesta en sede de doctrina procesal y versará sobre las siguientes materias:

- Sobre cuestiones matrimoniales. (Encaminadas a dilucidar las diferencias existentes entre los cónyuges con motivo de cohabitar el mismo domicilio; sobre la educación y formación de los hijos y las hijas y la administración del patrimonio común; de la comunidad matrimonial de bienes; oposición de cónyuges, padres y tutores a intereses de los hijos y las hijas y sujetos a tutela).
- Sobre nulidad del matrimonio.
- Divorcio judicial.
- Alimentos.
- Sobre paternidad, filiación y ejercicio, pérdida y suspensión de la patria potestad.
- Adopción.
- Declaración de incapacidad, interdicción e inhabilitación y nombramiento de tutor.
- De autorización judicial para enajenar o gravar bienes pertenecientes a menores de edad, personas incapacitadas, discapacitadas y de la tercera edad.

Incluso en algunos de estos procesos especiales, en este caso, en los tres últimos, serían promociones no contenciosas que reservarían la vía de la contienda a la oposición expresa del fiscal de familia o persona legítimamente interesada en el asunto, previa demostración de ese interés.

Rebeldía

En el proceso de familia, no habrá declaratoria de rebeldía, sino ausencia, por lo que la persona demandada podrá comparecer en cualquier estadio procesal, siguiéndose con este, los trámites posteriores al momento de su intervención en el proceso, salvo que por la flexibilización que signa al principio de preclusión, resulte procedente retrotraer el proceso a determinado estadio o momento procesal ya terminado.

Allanamiento

Se admitirá el allanamiento como medio para la conclusión rápida y ágil del proceso; pero se deja al tribunal a la facultad de desestimarlos y disponer de oficio cuantas pruebas sean menester, cuando los intereses de la familia y, en especial, de los y las menores de edad y otros partícipes que puedan estar en situación de desventaja, verbigracia las personas ancianas y discapacitadas que puedan salir afectadas por este. En este caso, la sala o sección de familia estará autorizada a disponer diligencias de probanza, de oficio para fallar con mejor acierto el asunto sometido a su examen.

Escucha de menores de edad

Dado que se entiende por interés superior de la niña, del niño y del y de la adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y demás disposiciones normativas que trasciendan a la familia, habrá de respetarse su condición de sujeto de derecho y, por ello, el derecho de las niñas, los niños y adolescentes a ser oídos, y que su opinión sea tenida en cuenta.

Al respecto, se tienen en cuenta su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, y cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

En los procesos de familia donde haga falta entrevistar a niños, niñas y adolescentes para escucharlos y conocer sus criterios y opiniones, ello se realizará preferentemente fuera de la sede del tribunal, sin el uso de togas, con prevalencia en los locales de las Casas de la Atención a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas.

En la entrevista, tanto el equipo técnico asesor multidisciplinario como el tribunal, en su caso, crearán un ambiente propicio, signado por la privacidad, para lograr el éxito en los resultados que con ella se busca.

Equipo técnico asesor multidisciplinario

Como el equipo técnico asesor multidisciplinario está formado por el grupo de especialistas y profesionales, integrados con la finalidad de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces y las juezas en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de sus especialidades, para mejor decidir los asuntos de familia, se comparte un criterio tomado de la existente práctica judicial propiciada por la citada Instrucción número 187 del 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que se convirtió, con su puesta en vigor, en una herramienta facilitadora desde el punto de vista procesal en la resolución de los conflictos de índole familiar, en el sentido de que este equipo:

debe tener una participación activa, ya que las opiniones técnicas de sus especialistas llevan a reflexión en la mayor parte de los casos, a las partes, no resultando favorable que sus miembros se limiten a intervenir solamente asentando o no el criterio de una u otra parte o del Tribunal, sino que deben mostrar conocimiento y racionalidad sobre el asunto en debate, por ser las consecuencias de los actos que se someten a la consideración del Tribunal de naturaleza compleja y con trascendencia para la comunidad y estar los involucrados en un momento emocionalmente vulnerable de toma de decisiones importantes para la estabilidad familiar, estando en juego valores fundamentales como la unidad de la familia y el interés supremo de los menores de edad²³.

En cuanto a la coordinación de este equipo, en estas bases, se propone que la Federación de Mujeres Cubanas coordine la labor del equipo técnico asesor multidisciplinario, a través de las Casas de

Atención a la Mujer y la Familia de cada provincia y municipio, a las cuales se adscribe este grupo de asesores y especialistas para su funcionamiento.

El equipo actuará, convocado por las salas o secciones de familia competentes, en procesos donde existan litis con respecto a menores de edad, incapaces, personas discapacitadas y de la tercera edad, todos sujetos de tutela judicial efectiva y en aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria relativos a asuntos familiares.

23 COLECTIVO DE JUECES DEL TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE CÁRDENAS, MATANZAS. Ponencia: “Recomendaciones Procesales a la Instrucción Número 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a partir de la experiencia del Tribunal Municipal Popular de Cárdenas. En soporte digital. Matanzas, junio de 2011, p. 5.

[...] la propia Instrucción- 187 de 2007- devela una omisión en la forma de comunicar los asuntos al Fiscal y al Equipo, lo que se propone sea a partir de la interposición de la demanda por la vía que resulte más inmediata para el Órgano Judicial, sin que esta comunicación sea vinculante a un emplazamiento con copia de la demanda, por no ser los mencionados partes directas del proceso. Esta vía permite imponer con mayor prontitud al Fiscal de los asuntos presentados, disponiendo de mayor tiempo para la búsqueda de los elementos necesarios que serán aportados, lográndose una participación más eficiente en los posibles acuerdos, que siempre serán los que resulten más beneficiosos para los intereses del menor de edad en particular y la familia en general²⁴.

Recursos

El recurso de súplica o reposición procederá contra las resoluciones interlocutorias que se dicten, y contra las definitivas, los de apelación y casación, según corresponda, a tenor de las estipulaciones específicas para su interposición y tramitación.

En la súplica o reposición, establecido ante el propio tribunal que la providencia o auto no definitivo dicte, su interposición implicará dar traslado por un plazo mínimo a las otras partes y, evacuado o no el trámite de oposición, se decidirá de inmediato por la sala o sección de justicia familiar, sin otra posibilidad de impugnación o formulación de protesta.

La apelación, planteada razonadamente ante el tribunal de instancia que dicte la resolución definitiva, no implicaría la personaría ante el tribunal superior del impugnante para sostenerla, sino la convocatoria por el tribunal de la segunda instancia a vista pública, si así lo decide, salvo que admita o disponga, previo a ello y excepcionalmente, un medio de probanza, cuando ello incida en la búsqueda de la verdad, dada la función revisora que los tribunales de apelación tienen y no de reiteración de lo juzgado por la instancia inferior.

Se aparta este recurso de apelación de lo que se regula para el proceso civil tradicional. Aquí sí hay razonamientos que se exigen que se expongan *ab initio*, porque luego no existe ni la personería en el tribunal *ad quem*, y la vista que podría citarse de oficio por la sala de apelación no es preceptiva, sino facultativa del órgano juzgador. Luego la apelación es fundada, si bien no en causales, existen alegaciones de violaciones de derecho y de formalidades que se ponen en conocimiento de la instancia que resolverá este recurso.

Se propone no establecer la casación, que sigue siendo un recurso extraordinario, por las mismas causales que informan al proceso civil, pues además de excesiva, su tramitación dilata en exceso el resultado esperado por los justiciables del máximo tribunal de justicia, ya que algunos motivos casacionales para el proceso civil no se adecuan al proceso de familia.

Podría impedirse la interposición de recursos que tienen por finalidad retardar la resolución de los casos, velando por el control de la legalidad y la unidad de la interpretación de la ley, debido a que al darle celeridad al recurso, se le da más eficacia para su cumplimiento. Un recurso bien estructurado evita que se interponga con motivos para retardar justicia. Máxime cuando en el derecho de familia se busca la justicia social, porque el derecho de familia es un derecho social²⁵.

24 COLECTIVO DE JUECES DEL TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE CÁRDENAS, MATANZAS. Ponencia, cit., pp. 5-6.

25 FLORES QUIJADA, Irma Mercedes y HERNÁNDEZ BARAHONA, Ana Julia. *Tesis de Grado: "Aplicabilidad del recurso de casación en el proceso de familia*. Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador "Dr. Ricardo Gallardo". Remitido al autor de este trabajo por e-mail el 15-9-2011.

Se podría establecer que para hacer justicia social en el proceso de familia, aunque se interponga el recurso de casación, la sentencia se debe cumplir en aquellos casos en que esté en juego el interés superior de la persona menor, por lo que para tales supuestos, no habría efectos suspensivos de la sentencia de la instancia por motivo de la interposición del recurso.

Para controlar el cumplimiento de términos y plazos, sería muy conveniente crear una sección especializada de la sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular, para que al momento de resolver los recursos de casación en materia de familia, los criterios sean más precisos, debido a que las juezas y los jueces designados para integrarla, por su experiencia en derecho de familia, se sujetarían más al proceso de familia, en el que se trata de resolver los conflictos jurídicos de una forma ágil.

Finalmente, al proponer causales de casación en lo familiar, valdría pensar en reducirlas a cuatro, abarcadoras de las situaciones susceptibles de ser conocidas por el Tribunal Supremo, luego de la posibilidad ya referida de ofrecer un amplio y fundado recurso de apelación.

Estas se encontrarían limitadas a:

- Violación de ley o doctrina legal.
- Incongruencia del fallo con las pretensiones de las partes.
- Errores de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba.
- Violación de las formalidades procesales.

Ejecución de resoluciones judiciales firmes

Se estima que la resolución firme recaída en el proceso debe ser ejecutada por el tribunal que conoció el asunto en la primera instancia.

Por lo que si fijado el plazo a prudente arbitrio del tribunal para la ejecución del resultado procesal firme, el obligado no cumple, el tribunal adoptará cuantas medidas entienda procedentes para evitar la frustración del mandato judicial, las cuales pueden ir desde medidas de constreñimiento económico como embargos de hasta la mitad de los salarios, de cuentas bancarias y otros bienes muebles, inmuebles y semovientes o multas cuya cuantía el órgano jurisdiccional determinará, según el caso, hasta la convocatoria de la autoridad policial para compulsar el cumplimiento de la resolución firme y, en última instancia, la deducción de testimonio de particulares para la incoación del proceso penal que pueda seguirse, si se desobedece de manera contumaz el mandato del tribunal.

Para finiquitar esta investigación, sugiero que las bases, en tanto que plataformas programáticas, tienen su origen en la necesidad de impulsar un cambio en profundidad para transformar radicalmente los sistemas de enjuiciamiento imperantes y sustituirlos por un nuevo paradigma sustentado en la idea-fuerza de la oralidad y del proceso por audiencias, con todos sus consecutarios, principalmente la inmediación del juez o de la jueza con las partes y el material litigioso, la concentración y publicidad de los actos, la desformalización burocrática de los procesos en general, como medio para la igualdad concreta de los y las litigantes ante la jurisdicción de familia.

Se busca un camino para superar la palmaria ineficacia del tradicional proceso civil respecto a un proceso, como el familiar, desligado en general de todo corte iusprivatista para dejar a un lado el estado de postración de la justicia que significa instrumentar la materialización de normas sustantivas como las de familia, para nada identificadas por un exacerbado patrimonialismo, sino reservorio de valores personales y de esa espiritualidad inherente a las instituciones familiares.

Apreciaciones conclusivas

Como resultado de la problemática tratada en este tema de capital importancia actual, se ha arribado a las conclusiones siguientes:

PRIMERA: La jurisdicción de familia y el instrumento que la materializa, el derecho procesal de familia, constituyen un conjunto sistémico de instituciones y normas adjetivas, el cual se separa en filosofía, política, cultura de la jurisdicción civil y del derecho procesal civil, por cuanto forman el eje instrumental para la realización de las normas sustantivas familiares y su ejecución en sectores de la población especialmente sensible.

SEGUNDA: Se mantienen vívidas, al presente, las recomendaciones que respecto a cuestiones fundamentales sobre la jurisdicción y el proceso familiar que las realizan, se fijaron en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia realizado en San Salvador, República de El Salvador, entre el 20 y el 26 de septiembre de 1992, a saber:

- Los Estados deben establecer tribunales de familia especializados y técnicamente asesorados que contribuyan a garantizar y consolidar la convivencia familiar y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares.
- Los jueces y el personal operador de la ley deben ser cuidadosamente seleccionados, priorizando su capacidad técnica y respecto a ellos, debe mantener una política de capacitación permanente.
- Los tribunales de familia han de contar con un equipo asesor multidisciplinario, integrado al menos por psicólogos, trabajadores sociales y educadores.
- Se prevé el establecimiento de un proceso ágil y eficaz, sin excesiva pluralidad de procedimientos.

TERCERA: El derecho procesal de familia, instrumento de lo jurisdiccional, ha de apuntar teleológicamente a la realización de las normas sustantivas de familia que no pueden materializarse o realizarse *per se* y que tienen su fundamento en principios jurídicos, éticos y espirituales que este específico derecho procesal no puede ignorar, tales son la solidaridad, la autonomía personal de los partícipes en los conflictos familiares, la protección de los menores, discapacitados, los incapaces y las personas de la tercera edad, la exclusividad de la jurisdicción y su especialización.

CUARTA: La jurisdicción específica de familia lleva a preponderar determinados principios que son autónomos y que sellan esta jurisdicción y su instrumento, el proceso de familia, y se destacan entre los principales y más actualizados:

- Gratuidad y acceso a la justicia.
- Publicización de los procedimientos, dada a través de la acentuación del carácter público del proceso que se advierte con claridad en el proceso cautelar de familia sobre las personas, desde que el juez puede ya ordenar de oficio su proveimiento.
- Inmediación, oralidad, privacidad y acentuación de la función conciliadora, porque los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez y de la jueza con las personas que intervienen en el proceso.
- Atención al principio del «*favor probationes*», de escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial explícito, pero de inocultable aplicación en Cuba, dada la exigencia a las juezas y los jueces cubanos del justiprecio de la probanza con la racionalidad que les exigen en la adopción de las decisiones a su cargo.
- Oponibilidad «*erga omnes*» de la sentencia, entendida en el sentido de que con relación a las sentencias que se refieren al estado (y capacidad) de las personas, se predica su eficacia frente y contra todos, sin dejar por ello de reconocerse que dicha regla admite excepciones.
- Cooperación interdisciplinaria para solucionar o prevenir el agravamiento o la extensión del entuerto, mediante la intervención de asistentes sociales, psicólogos, pedagogos y otros especialistas, designados de oficio por las salas y secciones de familia o a petición de parte, para decidir con seriedad las peticiones formuladas.
- Simplificación de los procesos cautelares, dado que en los procesos de familia, las medidas cautelares adquieren un peculiar carácter, verificándose profundas modificaciones en cuanto a su forma instrumental; a los presupuestos que proveen su admisibilidad y ejecutabilidad; a la facultad de los jueces y juezas para ordenarlas de oficio; a la disponibilidad inmediata de su objeto, y, por fin, a su no sujeción normativa a términos de caducidad.
- Principio de la «*perpetuatio jurisdictionis*», es decir, que por mandato de este principio, deben promoverse, así, ante el tribunal que entiende o entendió en determinados procesos de familia, las cuestiones conexas, dada la conveniencia de reunir, en un solo tribunal, todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno a un mismo elemento o relación jurídica.
- El interés superior del niño y de la niña que se constituye en una valiosa y esencial herramienta para la resolución de los conflictos judiciales que podrían comprometer o afectar a las personas, derechos e intereses de las personas menores de edad y adolescentes, con una virtualidad y extensión que, a la par de encontrarse en permanente evolución, se vislumbran de una riqueza inconmensurable.

QUINTA: El proceso civil cubano no resuelve adecuadamente la solución de los conflictos familiares, al caracterizarse este por su ritualismo y excesivo formalismo, en el que predominan principios encaminados en lo fundamental a la solución de conflictos eminentemente patrimoniales, por lo que no comprende la flexibilización de la preclusión, y por tanto, no se avienen las controversias en que deben resolverse cuestiones que competen a la familia, a los y las menores de edad y adolescentes, las personas incapacitadas, discapacitadas o a personas de la tercera edad.

SEXTA: Innegablemente resulta dable señalar que las normas jurídico- procesales reguladas en la legislación procesal civil cubana actual son insuficientes para tutelar las relaciones familiares de hoy día y para la solución de los conflictos jurídicos que emanan de estas relaciones. Así el juez y la jueza de familia se erigen en figura protagónica, con un rol diferenciado, al asumir concretas y ampliadas atribuciones que van desde la esfera de comando o dirección del trámite, a lo que se suma la misión de apoyo y colaboración con las partes a través de la información, del consejo y del auxilio técnico, todo lo que bien se ha dado en llamar justicia de acompañamiento.

SÉPTIMA: Potencialmente se concluye sobre la necesidad de una jurisdicción de familia y sus procesos especiales para dilucidar este tipo de asuntos, por lo que se aportan bases teórico-doctrinales que proyectan el diseño de un proceso familiar para la solución de los conflictos jurídicos que se derivan de las relaciones familiares establecidas por las normas sustantivas de familia vigentes.

BIBLIOGRAFÍA

Textos doctrinales

- BELLUSCIO, Augusto César, tomado de CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- BENAVIDES SANTOS, Diego. *El proceso de familia en el derecho comparado (tipos y estilos de procedimientos familiares)*. En: Revista de la Sala Segunda, Número 2, San José, Costa Rica, enero de 2006. Versión electrónica, <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/> (Visitada el 20-4-09).
- BERIZONCE, Roberto- BERMEJO, Patricia – AMENDOLARA, Zulma. *Tribunales y Proceso de Familia*. Librería Editora Platense, La Plata, 2001.
- CAMACHO VILLALOBOS, Robert. *El acceso como prioridad del Derecho Procesal de Familia*. En: *Derecho Procesal de Familia, Tras las premisas de su Teoría General*. Colectivo de Autores, KIELMÁNOVICH, Jorge (compilador principal). Editora Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008.
- CICU, Antonio, tomado de CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- COLECTIVO DE JUECES DEL TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE CÁRDENAS, MATANZAS. Ponencia: *Recomendaciones Procesales a la Instrucción Número 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a partir de la experiencia del Tribunal Municipal Popular de Cárdenas*. P. 5. En soporte digital. Matanzas, junio de 2011.
- DIESTE COBO, Juan. *Tribunales de Familia en Cuba*. Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia, 2004. En *Memorias en soporte digital de la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, mayo de 2009.
- FENECH, Miguel. *Curso Elemental de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1945.

- FLORES QUIJADA, Irma Mercedes y HERNÁNDEZ BARAHONA, Ana Julia. *Tesis de Grado: Aplicabilidad del recurso de casación en el proceso de familia*. Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador “Dr. Ricardo Gallardo”. Remitido al autor de este trabajo por e-mail el 15-9-2011.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal, Volumen I, Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición aumentada y puesta al día, Gráfica Administrativa, Madrid, 1951.
- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, tomado de CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y relaciones jurídicas familiares*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1984.
- MESA CASTILLO, Olga. *Apuntes para un libro de texto de Derecho de Familia*. (Módulo I, Módulo II, I, II y III partes). Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. Editorial Empes, 1992, 1997.
- _____. *Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial*. En Revista Cubana de Derecho, n.º 30, diciembre 2007.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Primera Edición: julio de 1999. Editorial EMMARCE, Lima, Perú.
- MORELLO, Augusto Mario. Familia y Jurisdicción. *Hacia una tarea interdisciplinaria. Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas Respuestas*. Volumen II, Editorial Platense, La Plata, 1998.
- PONTE ELGOTAS, Darío Germán. *Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia*. Ponencia de la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana, 2006, p. 2, memorias en soporte digital.

Textos legales

Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero de 1976. En *Gaceta Oficial de la República*. Edición Extraordinaria, La Habana, viernes 31 de enero de 2003.

Otras citas

7º Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. *Memorias* (septiembre 20-26. San Salvador, El Salvador), 1992, Editorial Corte Suprema, Procuraduría General de la República, Biblioteca Judicial “Dr. Ricardo Gallardo”, San Salvador, El Salvador.

Régimen de pensiones: solidaridad o autofinanciamiento una aproximación costarricense

Dr. Fernando Bolaños Céspedes

I. La seguridad social como derecho fundamental

La Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en su Reunión número 89 celebrada en junio de 2001, aprobó algunos elementos conceptuales que, sin lugar a dudas, sirven de orientación a nuestro trabajo. El primero de ellos establece que la seguridad social es un derecho fundamental, *“esencial para crear cohesión social”* y de ese modo contribuir *“a garantizar la paz social y la integración social”*¹. El segundo señala: *“no existe un modelo idóneo de seguridad social”*, con lo cual se quiere decir en realidad que no existe un sistema único, pues *“puede consistir en asistencia social, regímenes universales, seguro social y sistemas públicos o privados. Cada sociedad debe elegir cuál es la mejor forma de garantizar la seguridad y el acceso a la asistencia médica [...] La función prioritaria del Estado es facilitar, promover y extender la cobertura de la seguridad social”*².

En Costa Rica, la Sala Constitucional ha declarado que existe efectivamente un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, derivado materialmente de la prestación del trabajo y formalmente de los artículos 33 y 73 de la Constitución³. Esta definición ha permitido considerar la inconstitucionalidad de una norma penal que agrega a condenas de carácter civil o penal impuestas por los tribunales de justicia, la pérdida del derecho a la jubilación⁴.

Si bien la jurisprudencia patria no ha dudado en calificar como derecho fundamental el derecho a la jubilación, sin distinguir el sistema bajo el cual se ha obtenido tal derecho, sin embargo, más polémica ha resultado la interpretación que nuestra Sala Constitucional ha realizado de los alcances del concepto de “seguridad social” inserto en el artículo 73 de la Constitución Política, a propósito de la entidad encargada del gobierno del sistema de seguridad social allí consagrado.

1 Cfr. www.ilo.org/global/what_we_do/Officialmeetings/ilc/ilc/ILCSessions/89thSession/lang-en/inde.htm. Conclusión n.º 2.

2 Ibídem, conclusión n.º 4.

3 Así, en el voto n.º 1147-90, nuestro Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente: “En primer lugar, la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, derecho que como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución”.

4 Voto 1147-90. Ver también comentario sobre este voto en el artículo de Eric Briones Briones, *“La Jubilación (un Derecho Fundamental de todo Trabajador)”*. Revista de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, n.º 5, Junio 2008, pp. 83 y 84.

La Carta Política costarricense establece en el citado numeral el siguiente tenor:

Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

El artículo que se transcribe nos presenta varias características propias de los seguros sociales en Costa Rica. Se trata de un sistema público, en manos de una institución del Estado, a la cual se le asigna no solo la administración, sino también el gobierno de tales seguros, con lo cual ostenta la potestad reglamentaria del régimen de estos, aparte de que se trata de una sistema de contribución tripartita, esto es, con participación contributiva del propio Estado, de las personas empleadoras y de las trabajadoras.

A propósito de la promulgación de la llamada Ley de Protección al Trabajador, Ley N.º 7983 del 16 de febrero de 2000, se planteó la duda constitucional de si esta ley podía crear como “segundo pilar” de la seguridad social, un sistema de jubilación complementario obligatorio, mediante capitalización individual, administrado por entidades públicas o privadas, distintas de la Caja Costarricense del Seguro Social.

En el voto n.º 3483-03 de las 14:05 horas del 2 de mayo de 2003, La Sala Constitucional consideró que la Ley en cuestión no era inconstitucional, y para ello, separó en la práctica el segundo pilar del tronco común de la seguridad social que contenía el artículo 73 antes citado. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional costarricense deslindó las características presentes en el mismo texto constitucional y en el régimen creado por la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social⁵, respecto al régimen creado a partir de la Ley N.º 7983 –Ley de Protección al Trabajador–, de donde infirió que aparte de no constituir el sistema de pensión complementaria obligatoria creado por esta última ley, un sistema de contribución tripartito (pues no aparece el Estado como contribuyente), encontramos otra serie de diferencias importantes entre ambos ordenamientos. Señaló al respecto:

Por otro lado, los seguros sociales son un sistema contributivo basado en el principio de seguridad social, lo que implica que todas las personas cotizan para el régimen de acuerdo al salario que perciben, los montos ingresan a un fondo común y de este modo, se subvencionan a los que menos ingresos reciben. Ello no ocurre así en el caso de las pensiones complementarias, sino que el beneficio está en función del aporte individual de cada trabajador, del patrono y su eventual rendimiento. En este régimen, no se puede subsidiar un aporte con otro. Los seguros

5 Ley N.º 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas.

sociales constituyen un fondo común propiedad de todos los trabajadores; con las pensiones complementarias, cada trabajador es propietario del fondo, según su parte alícuota. Finalmente, en cuanto a los seguros, en atención a ese principio de solidaridad social que lo determina, existen montos mínimos y máximos de pensión, lo cual tampoco opera en el caso de las pensiones complementarias; pues cada trabajador recibirá en proporción a lo que cotizó, más los rendimientos que ello le generó. El cotizante siempre es propietario de su dinero, simplemente es obligado a mantenerlo por determinado tiempo, ganando utilidades, con el fin de dotarlos de un ingreso adicional vía pensión, para cuando no registren ingresos ordinarios por salarios y se hayan acogido a la jubilación ordinaria. Como señaló la Sala en la sentencia No. 0643-00, se trata de un beneficio a futuro, que no llegaría a plasmarse si quedara a elección del trabajador incorporarse o no. Este régimen lo que viene es a reforzar el régimen existente, lo que no implica que tenga naturaleza de seguro social, como lo entiende el accionante.

Según se desprende de lo anterior, la sentencia parte del arriesgado criterio de que únicamente los sistemas de reparto o de capitalización colectiva pueden considerarse seguros sociales, aparte de considerar que solo en ellos se cumple el principio de solidaridad, mientras que un sistema fundamentado en la capitalización individual no podría considerarse parte de los seguros sociales.

Posiblemente una de las claves para determinar si nuestro Tribunal Constitucional acierta o no en estas precisiones conceptuales deriva de recordar la diferencia entre seguridad social y seguros sociales⁶.

Ciertamente, para algunos autores, como Bonilla Marín, citado por Guillermo Cabanellas en su obra enciclopédica del *Nuevo diccionario de derecho usual*, los seguros sociales se organizan colectivamente y no individualmente, ⁷aparte de que son una adaptación de la técnica de los seguros privados, aunque sin perseguir fines de lucro y sin valorar en cada caso la relación entre prima y riesgo, como sucede efectivamente en los sistemas de reparto⁸.

La duda posiblemente surgirá del hecho de que el segundo pilar costarricense, establecido como seguro complementario obligatorio, no queda a la libre de adhesión del contribuyente, sino que se impone a este, igual como sucede en el modelo chileno, donde el sistema generalizado de capitalización individual no es voluntario sino obligatorio. Dicha obligatoriedad acerca el sistema de capitalización costarricense a un concepto tradicional de seguro social, aunque desprovisto ciertamente del componente de la solidaridad que caracteriza dichos seguros.

6 La seguridad social sería el todo y los seguros sociales una de sus partes, según Guillermo Cabanellas. Los seguros sociales tienen precisamente el carácter de sociales y cubren los riesgos a que los trabajadores se encuentran sometidos especialmente, "con el fin de mitigar al menos, o de reparar, siendo factible, los daños, perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias o sin mala fe en todo caso". CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, revisado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *"Nuevo Ddicionario Eenciclopédico de Dderecho Uusual*. Tomo V, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, pp. 369 y 394.

7 *Ibíd*em, p. 394.

8 Tal es el criterio de Goñi Moreno, citado también por Guillermo Cabanellas. *Ibíd*em, p. 395.

Posiblemente este último sea entonces el criterio diferenciador más importante que nos permitiría fiar de la justeza de la apreciación del Tribunal Constitucional costarricense al separar la pensión complementaria obligatoria creada en la Ley de Protección al Trabajador del artículo 73 de la Constitución, pues efectivamente este segundo pilar se estructura como un sistema de capitalización individual, donde la contribución le corresponde únicamente al patrono, a modo de una nueva carga social calculada sobre el salario de cada empleado⁹.

Dentro de este análisis, conviene recordar a Pasco Cosmópolis, quien nos brinda una serie de parámetros comparativos entre lo que denomina sistemas clásicos de seguridad social y sistemas privados de pensiones, a tono con el voto de nuestra Sala Constitucional, y nos presenta, entre otras, las siguientes diferencias básicas: la seguridad social es monopólica, administrada por un solo gran ente; en el otro sistema coexisten varias empresas privadas, entre las cuales se elige o se opta; la seguridad social no persigue ganancia material; en el sistema privado está presente el lucro de la administradora; la capitalización y el reparto son colectivos en la seguridad social; en lo privado la capitalización es individual y no hay reparto; la contribución es bi o tripartita en la seguridad social tradicional; en el sistema privado está solo a cargo del trabajador¹⁰.

Aun así, el autor peruano insiste en que la adhesión es obligatoria en el sistema clásico de seguridad social y no lo es en el sistema privado. Esta matización final nos permite pensar que en realidad es difícil continuar haciendo separaciones tajantes entre un modelo y otro, pues igual, un sistema de capitalización puede ser obligatorio, como parte de una política estatal definida, acercándose en otros aspectos a los sistemas públicos de seguridad social, como en el caso chileno, donde aparte de la obligatoriedad de la inserción en el sistema de pensiones, el Estado ha garantizado los altísimos costos de transición desde el sistema clásico tradicional hasta el sistema privado de pensiones¹¹.

Dentro de esta misma tesitura y a propósito de la dificultad para encasillar los nuevos sistemas de pensiones dentro de criterios tradicionales, es interesante mencionar aquí otras diferencias importantes del segundo pilar costarricense de pensiones complementarias obligatorias, respecto al sistema privado que Pasco Cosmópolis nos describe.

En nuestro país, las administradoras de pensiones pueden ser tanto empresas privadas como instituciones públicas, dándose el caso de que la mayor concentración de la administración de las pensiones complementarias se halla hoy en día en bancos o instituciones públicas.

9 Ver sentencia de la Sala Constitucional sobre consulta de constitucionalidad de la Ley de Protección al Trabajador, voto n.º 2000-00643 de las catorce horas treinta minutos del veinte de enero de 2000, donde al respecto de estas nuevas cargas sociales se indica: "[...] por otra parte se crea el Fondo de Capitalización Laboral, que por la forma en que se financia no reviste inconstitucionalidad, pues dispuesta la reducción de las indemnizaciones contempladas por el artículo 29 del Código de Trabajo, está diseñado como una "nueva" carga social dispuesta por el legislador y a cargo del patrono, a través del tres por ciento del salario- según artículo 3 del proyecto de ley consultado-. No es entonces, como se pretende hacer ver en la consulta, un adelanto de la indemnización de cesantía".

10 Ponencia presentada por el autor Mario Pasco Cosmópolis, titulada "*Tendencias Aactuales en la Sseguridad Ssocial*", XII Encuentro Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Culiacán-Mazatlán, Sinaloa, 14, 15 y 16 de noviembre de 2001.

11 Para el autor Carmelo Mesa Lago, no deja de resultar paradójico que se hable de un modelo privado de pensiones en el caso chileno, cuando el Estado asume riesgos que hoy todavía representan un 5% del PIB, y se ha decretado la obligatoriedad de pertenencia al sistema. Así lo expresó en su intervención en panel sobre régimen comparativo de pensiones de Chile, Argentina y Costa Rica, celebrado en la Universidad de Costa Rica, el 5 de febrero de 2009.

En segundo término, mientras que en la mayoría de países donde se ha impulsado el sistema de capitalización individual, las administradoras de pensiones cobran un porcentaje sobre el salario de cada persona trabajadora, en Costa Rica, el porcentaje se fija sobre la rentabilidad del fondo.

Concluamos este apartado de nuestro trabajo señalando que si bien la Sala Constitucional costarricense ha indicado en sus fallos que la seguridad social es un derecho fundamental, a la hora de precisar el contenido del artículo 73 de la Constitución Política, pareciera que ha reducido el ámbito de aplicación de esta norma a los seguros sociales de contribución tripartita y fundados en el principio de solidaridad, descartando otros tipos de seguros. Habría que pensar que al incluir también el artículo 73 antes indicado, de manera expresa, el seguro de riesgos de trabajo –que en Costa Rica el empleador financia únicamente– la condición de derecho fundamental se extiende también a este seguro en particular¹².

Según se señaló líneas atrás, siendo riesgosa la tesis de nuestro Tribunal Constitucional, guarda, sin embargo, congruencia con el hecho histórico del surgimiento de los seguros sociales como un seguro fundado en la solidaridad, a diferencia de los seguros fundados en el derecho mercantil.

II. Fenomenología de la solidaridad en el sistema costarricense de jubilaciones y pensiones

Costa Rica pertenece al grupo de países latinoamericanos que crean su sistema de seguridad social entre los decenios 1930 y 1940, y no es, por tanto, de los pioneros en establecerlo¹³. Corresponde la creación de dicho sistema a lo que algunos denominan “segunda ola” de reformas ocurrida en América Latina en los años cuarenta, y se basa en los principios de obligatoriedad, universalidad y solidaridad¹⁴.

Siguiendo el esquema del Banco Mundial y de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la existencia de tres pilares en los sistemas de pensiones, podemos afirmar que la Ley de Creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, N.º 17 del 1º de noviembre de 1941 y la incorporación a la Constitución de 1871 de un capítulo de garantías sociales en 1943, donde ya encontramos el antecedente del actual artículo 73 constitucional –entonces artículo 63–, junto con la Ley N.º 2738 del 12 de mayo de 1961, la cual impone la universalización de los seguros sociales en Costa Rica, constituyen los principales hitos históricos que signan el surgimiento y desarrollo del primer pilar¹⁵.

12 La posición de la Sala Constitucional costarricense encontraría apoyo en las palabras del Prof. Mario Pasco Cosmópolis, quien afirma que “Los sistemas privados no corresponden valorativamente a la idea de la seguridad social, puesto que no se ajustan a los principios inalienables que sustentan a ésta. Desde el punto principista, los sistemas privados, no son, pues, seguridad social”. Cfr. *“Tendencias actuales en la Seguridad Social”, op. cit., p. 10 de la ponencia escrita.*

13 ORTEGA Juan José y RODRÍGUEZ Olga Marta. *“Historia de las Pensiones en Costa Rica.* Editorial Ministerio de Información y Comunicación, San José, Costa Rica, 1998, p. 9.

14 MARTÍNEZ FRANZONI Juliana y CARMELO MESA-Lago. *“Las reformas inconclusas: Pensiones y Salud en Costa Rica.* Fundación Friederich Ebert, San José, Costa Rica, 2003, p. 5.

15 Pasco Cosmópolis resume los tres pilares de los sistemas de pensiones de la siguiente manera: un primer pilar de ahorro obligatorio basado en la solidaridad colectiva que debe conducir a una pensión básica o mínima y general; un segundo pilar de ahorro obligatorio y capitalización individual administrado privadamente para proveer una pensión suficiente; un tercer pilar absolutamente voluntario, para incrementar el monto de la pensión final. Cfr. *“Tendencias actuales en la Seguridad Social”, op. cit., p. 3 de la ponencia escrita.*

Este pilar se caracteriza, según ya se adelantó, por la obligatoriedad, contribución tripartita (empleadores, trabajadores y el Estado, este último con una contribución menor)¹⁶, extensión gradual hasta su universalización en 1961 y administración monopólica por parte de una institución descentralizada del Estado.

A partir de los años noventa, el sistema tradicional de seguridad social costarricense fue objeto de importantes reformas institucionales y programáticas, tanto en pensiones como en salud. Se ha indicado al respecto que *“las reformas han sido graduales y enfocadas en los instrumentos de seguridad social, en vez de radicales y dirigidas a cambiar sus principios”*¹⁷.

De esta manera, el 7 de julio de 1995, se aprueba la Ley N.º 7523, denominada “Régimen Privado de Pensiones Complementarias y Reformas de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y del Código de Comercio”, la cual establece la obligación de las empresas e instituciones que venían participando en el mercado del llamado ahorro previsional, a inscribirse ante la Superintendencia de Pensiones que esa misma ley crea. Le corresponde a este ente la autorización para el funcionamiento de las personas jurídicas que se constituyan como operadoras, así como llevar un registro de ellas, lo mismo que fiscalizar el funcionamiento de las operadoras autorizadas.

Esta ley prevé incentivos importantes para las y los cotizantes de sistemas de pensiones, tales como la posibilidad de deducir de la renta imponible para efecto de impuesto de la renta las aportaciones que se hagan al respectivo fondo de pensiones, con un límite del 10% del ingreso bruto mensual, en el caso de las personas trabajadoras dependientes, y de un 10% de su ingreso bruto anual para las personas trabajadoras independientes con actividades lucrativas¹⁸.

En complemento con lo anterior, los rendimientos de los fondos acumulados para servir como pensión complementaria no se consideran un ingreso gravable sobre el cálculo del impuesto de la renta del afiliado¹⁹. De esta forma, la Ley N.º 7523 se convirtió en lo que podríamos catalogar como la columna vertebral del tercer pilar de pensiones, promoviendo, regulando y fiscalizando el sistema voluntario de pensiones.

Finalmente, la Ley de Protección al Trabajador, Ley N.º 7983 del 16 de febrero de 2000, crea el régimen obligatorio de seguros complementarios, con el 50% del aporte que hace el empleador al fondo de Capitalización Laboral –fondo que es igual al 3% del salario mensual de cada persona trabajador–, con un aporte adicional del empleador del 1.5% mensual sobre los sueldos y salarios pagados, y con los aportes del 1% y del 0.5% sobre los salarios mensuales que las personas trabajadoras y los empleadores pagan mensual y respectivamente al llamado Banco Popular y de Desarrollo Comunal²⁰.

La pensión complementaria obligatoria que esta ley crea, y que constituye el segundo pilar de las pensiones en Costa Rica, da pie a la creación de cuentas individuales de capitalización para cada persona trabajadora, cuyo producto puede servir al momento de jubilación del afiliado para adquirir

16 Actualmente, la contribución para los asalariados está compuesta por un 5.75% de los salarios, aportado por los empleadores; un 3.50% aportado por los trabajadores y un 1.25% aportado por el Estado.

17 MARTÍNEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., p. 5.

18 Ver artículo 25 de la Ley N.º 7523.

19 Ver artículo 19 de la Ley N.º 7523.

20 Ver artículo 13 de la Ley N.º 7983.

una “renta vitalicia” o una “renta permanente”. En este último caso, lo que se ofrece al afiliado es el pago del rendimiento de la inversión del monto acumulado en su cuenta individual, con la condición de que se entregará el saldo a las personas beneficiarias de este a la ocurrencia de su muerte²¹.

Del primer pilar de pensiones de nuestro país, que cubre los riesgos de vejez, invalidez y muerte, se ha predicado que es un régimen

basado en un compromiso solidario intergeneracional, por el cual los trabajadores activos financian las pensiones de los pasivos, confiando que la siguiente generación continuará cumpliendo dicho compromiso. Sin embargo, no se trata de un sistema de reparto puro sino de un sistema de capitalización, parcial, colectiva (cpc), con prima media escalonada²².

Esta última apreciación se desprende seguramente del hecho de que a fin de cuentas, las personas afiliadas tienen la oportunidad de devengar mayores prestaciones de reemplazo a mayor cotización, con un límite máximo que la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.) establece reglamentariamente para las pensiones más altas.

Sin embargo, no puede perderse de vista que las pensiones más altas se encuentran gravadas progresivamente con el impuesto de renta, con lo cual el sistema como un todo pretende mantener sus notas de solidaridad. Quienes han estudiado las posibles estimaciones de la tasa de reemplazo del primer y segundo pilar en Costa Rica nos indican que no se conoce con certeza si la tasa de reemplazo del primero, conocido como IVM, oscila entre el 60% y el 68.8%, lo cual era en ese momento muy alto en comparación con otras naciones, a lo que agregan que según cálculos actuariales del segundo pilar hechos en 1998, tales datos proyectaban una tasa promedio de reemplazo de un 15% a un 20% del ingreso de referencia²³.

A propósito de estos temas, en la más reciente visita a Costa Rica del experto Mesa-Lago, este estudioso del tema señalaba que, según sus proyecciones, el primer pilar de pensiones descendería posiblemente a una tasa de reemplazo del 40% en años futuros, con lo cual, si se suma el 15% o 20% de la pensión complementaria obligatoria, ello ofrecería a quien se jubile una pensión que, a juicio del expositor, resultaba más que razonable, tomando en cuenta lo que los sistemas de pensiones en otras partes del mundo ofrecían²⁴.

En cuanto al segundo y tercer pilar, tal como es común en este tipo de sistemas, los fondos son propiedad de las personas afiliadas y son distintos del patrimonio de la entidad que los administra; por tanto, las personas afiliadas al plan respectivo son copropietarias del fondo.

Al sistema de pensiones público o primer pilar que, según cálculos recientes, alcanzaría aproximadamente un 56% de la población económicamente activa, se agrega en nuestro país, un régimen de pensiones no contributivo (RNC) creado en 1974, por medio de la llamada Ley de Desarrollo y Asignaciones Familiares (LDAF). Este sistema sigue la filosofía de los programas asistenciales creados en América Latina a partir de los años ochenta, destinados a personas en extrema pobreza y/o con

21 Ver artículos 22 a 25 de la Ley N.º 7983.

22 MARTÍNEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., p. 10.

23 Ibídem, p. 21

24 Panel celebrado en la Universidad de Costa Rica, el 5 de febrero de 2009.

graves discapacidades permanentes, y se diferencia en Costa Rica de tales programas por la alta participación de las contribuciones patronales en la composición total del financiamiento del RNC.

Según datos incorporados por Bertranou, Solorio y van Ginneken, en su trabajo “Pensiones no contributivas y asistenciales” (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay), el financiamiento del RNC en Costa Rica proviene de las siguientes fuentes: 48.3% de rentas generales del Estado; 46.2% de contribuciones patronales; 5.4% de impuestos específicos (cigarrillos, cerveza y *whiskey*) y 1.7% de intereses devengados por depósitos judiciales²⁵. Nuevamente encontraríamos entonces en este sistema de pensiones una nota de solidaridad signada por la alta contribución patronal en su sostenimiento.

El objetivo nominal del RNC es proporcionar auxilio económico a todas aquellas personas en condiciones de extrema pobreza y que, a la vez, no se encuentren protegidas por ninguno de los regímenes contributivos de pensiones existentes en el país.

Según Durán Valverde, en un principio, este régimen otorgaba únicamente pensiones de monto básico u ordinarias. No obstante, con la aprobación en enero de 1989 de la Ley de Pensión Vitalicia para las personas que padecen parálisis, el programa tuvo que asumir también la gestión de las pensiones asignadas a este grupo especial de personas²⁶.

El programa permite la obtención de prestaciones económicas, equivalentes a una pensión mensual que se incrementa en función del número de dependientes, y prestaciones sociales consistentes en el acceso de las personas pensionadas a los servicios de salud que la C.C.S.S. brinda²⁷.

Para definir a las personas beneficiarias del régimen, se establece un orden prioritario de estas, y el artículo 3 del Reglamento en cuestión describe en el siguiente orden:

- a) personas adultas mayores con dependientes;
- b. personas inválidas con o sin dependientes;
- c) viudas desamparadas;
- d) menores huérfanos y
- e) otros. Pero además, define el reglamento como requisito del beneficio, el encontrarse en necesidad de amparo económico inmediato, entendiéndose como tal el caso que se presenta cuando el ingreso per cápita mensual de la persona solicitante de pensión o del núcleo familiar

del cual forme parte, resulte inferior o igual al costo de la canasta básica de alimentos vigente, según lo defina el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos²⁸.

25 BERTRANOU M. Fabio, SOLORIO Carmen y VAN GINNEKEN Wouter. “Pensiones Nno Contributivas y Aasistenciales (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay)”, ..., p. 19.

26 DURÁN VALVERDE Fabio. “Los Programas de Asistencia Social en Costa Rica: El Régimen No Contributivo de Pensiones, de la obra de varios autores (“Pensiones Nno Contributivas y Aasistenciales (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay)”, op. cit., pp. 194 y 195.

27 Ver artículo 5 del Reglamento del Régimen No Contributivo de Pensiones de la Caja Costarricense del Seguro Social.

28 Ibídem, artículo 2.

El régimen no contributivo ha recibido algunas críticas importantes en nuestro país, desde distintos ángulos de visión. Por ejemplo, se trata de un fondo financieramente acotado, cuyo crecimiento está limitado por la proporción que la Junta Directiva de la C.C.S.S. destine para ampliar estas pensiones, y la institución puede ampliar, reducir o suspender los beneficios globales, por tratarse de un sistema de reparto que no determina la adquisición ni acumulación de derechos en forma permanente²⁹.

Según Durán, estimaciones para el año 2000 indican que, del total de personas de más de 65 años, un 20.2% obtienen una pensión del RNC, un 35.3% del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte o de los regímenes especiales, y un 44.4% no posee ninguna pensión³⁰.

Un segundo problema tiene relación con la injusta asignación de pensión a personas que no requieren este beneficio, mientras otras personas, que realmente necesitan esta pensión, no tienen acceso a esta. Así, de acuerdo con datos de la Encuesta de Hogares y Propósitos Múltiples del 2000, un 40% de los pensionados del Régimen No Contributivo pertenece a hogares que, según la medición de la pobreza por el método de obtención de ingresos, clasifican como no pobres³¹.

Recientemente, y ante el aumento que se ha dado del monto de las pensiones no contributivas, como una medida para paliar la crisis financiera que asola al mundo y fortalecer la posición de las personas de menores recursos, se ha llamado la atención sobre la proporción de tres a uno que se estaría dando entre el monto de una pensión común por vejez, obtenida del primer pilar y una pensión del régimen contributivo.

Según Mesa-Lago, esa proporción es de cuidado, pues podrá ser un estímulo negativo para sectores marginales que preferirían no cotizar al régimen de pensión obligatorio, ante la posibilidad de una pensión relativamente alta del régimen no contributivo³².

Aun así, pareciera que el principal problema del RNC no es ni de lejos el que el Prof. Mesa-Lago señala, como una simple luz de alerta. El verdadero problema es que según estimaciones que Durán nos ofrece, un 60% de la población meta de este programa no estaría siendo atendido, lo cual indica los retos formidables que existen en materia de pensiones asistenciales en nuestro país³³.

El caso especial de las personas trabajadoras independientes

Aunque no tenemos cifras en nuestro poder para señalar el porcentaje de personas trabajadoras por cuenta propia o independientes afiliadas al régimen de seguro obligatorio de reparto de la C.C.S.S., lo cierto es que a partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense del Seguro Social, y el nuevo impulso recibido por el Transitorio XII de la llamada Ley de Protección al Trabajador, la institución aseguradora ha realizado avances importantes en la afiliación de estos trabajadores³⁴.

29 Ver artículos 3 y 7 del Reglamento del Régimen.

30 *“Los programas de Asistencia Social en Costa Rica: El régimen no contributivo de Pensiones*, op. cit., p. 208.

31 *Ibidem*, p. 208. Según el mismo autor, la situación descrita “está originada en buena medida en la ausencia histórica de instrumentos precisos de calificación”.

32 Panel celebrado en la Universidad de Costa Rica, el 5 de febrero de 2009.

33 *“Los programas de Asistencia Social en Costa Rica: El régimen no contributivo de Pensiones*, op. cit., p. 215.

34 Según reportajes de la prensa escrita nacional, entre junio de 2006 y junio de 2007, hubo en Costa Rica un aumento del diez por ciento en la cobertura de los seguros de salud y pensiones. Periódico “La Nación del sábado 6 de octubre de 2007, p. 10^a.

Precisamente, una de las particularidades del sistema de seguridad social costarricense es la obligatoriedad de la afiliación de las personas trabajadoras independientes tanto al seguro de salud como al primer pilar de pensiones. El artículo 3 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social de 1943 ya establece en su párrafo segundo la potestad de la Junta Directiva de esa institución de fijar la fecha en que entrará en vigor el seguro social para trabajadores independientes, sin perjuicio del derecho de afiliación de aquellas personas que desearan hacerlo, voluntariamente, antes de su vigencia general.

El Transitorio XII de la Ley de Protección al Trabajador, de febrero de 2000, promulgada entonces más de medio siglo después, dio el banderazo de salida para la universalización obligatoria del seguro social para los trabajadores independientes, al indicar lo siguiente:

Los trabajadores independientes se afiliarán a la C.C.S.S. en forma gradual, durante los primeros cinco años a partir de la vigencia de la presente ley.

Si bien puede argumentarse que esta afiliación de las personas trabajadoras independientes al régimen de seguridad social que administra la C.C.S.S. no funciona bajo el mismo esquema del régimen tripartito que prevé la Constitución Política en su artículo 73 para los trabajadores asalariados, dado que no existe cuota patronal en el seguro de los independientes, lo cierto es que el principio de solidaridad se cumple de alguna manera, ya que las cuotas que estos trabajadores pagan fundamentalmente al seguro de salud permiten el financiamiento del sistema de seguridad social como un todo.

En el caso del seguro de invalidez, vejez y muerte, se cumpliría con este seguro con una figura de sistema de capitalización colectivo, pues no estamos ante un sistema de reparto puro, aunque tampoco ante un sistema de capitalización típico, dado que todos los recursos del régimen de pensiones, tanto de asalariados, independientes y asegurados voluntarios, van a una sola masa común de recursos, y los beneficios de las prestaciones previstas para las personas trabajadoras independientes son iguales en condiciones y forma de cálculo a las que el resto de asegurados recibe.

Una discusión de orden constitucional se planteó en Costa Rica, al poco tiempo de que la Caja Costarricense del Seguro Social, tras la aprobación de la Ley de Protección al Trabajador, decidiera extender el seguro social en forma obligatoria a todas las personas trabajadoras independientes. Lo anterior se rige con fundamento en la disposición del artículo 73 constitucional, supra mencionada, la cual se refiere únicamente a la contribución forzosa del Estado, patrono y trabajadores, como un sistema que solo puede referirse, según sus propios términos, a quienes participan de una relación laboral típica.

De acuerdo con la tesis de quienes adversan la obligatoriedad del seguro social para los trabajadores independientes, la Constitución Política costarricense solo previó dichos seguros para los trabajadores asalariados, resultando inconstitucional pretender asociar obligatoriamente a los trabajadores por cuenta propia.

La Sala Constitucional ha resuelto varias acciones por la vía del juicio de amparo en este sentido, y en ellas ha recurrido para resolver el caso a la sentencia 2000-643 de las 14:30 horas del 20 de enero de

2000, donde se pronunció sobre la constitucionalidad de varios artículos del entonces proyecto de lo que sería la Ley de Protección al Trabajador.

En todos estos votos, nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que si el criterio del legislador ha sido extender el seguro social obligatorio a los trabajadores independientes, ese es un tema de política legislativa y no un problema de constitucionalidad. En segundo término, el Alto Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 74 de la misma Carta Política del país, los derechos contenidos en el capítulo de Garantías Sociales de la Constitución son derechos mínimos, los cuales pueden ser aumentados por el legislador, de acuerdo con los principios de solidaridad nacional que ese mismo numeral contempla. Al respecto la Sala Constitucional ha dispuesto:

Debe tener presente el recurrente que lo regulado por la Constitución Política en los artículos 63, 73 y 74 es un mínimo en relación con la seguridad social, el principio de solidaridad y los derechos laborales, de modo que bien puede el legislador ampliar las coberturas mínimas allí contempladas, sin que ello viole la Constitución. Sobre el tema, la Sala en la sentencia ya citada expresó:

[...] el artículo setenta y cuatro de la Constitución Política es claro en señalar que los derechos y beneficios que contiene su Título de Derechos y Garantías Sociales, no excluyen otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley. De modo tal, que también en este campo, el legislador tiene un espacio de discrecionalidad [...].

Es claro, entonces, que el contenido del Capítulo de Derechos y Garantías Sociales de la Constitución Política constituye una regulación mínima que bien puede ser ampliada discrecionalmente por el legislador. Es al legislador al que corresponde determinar, discrecionalmente, cuáles labores deben estar afiliadas obligatoriamente al régimen de la Caja, de modo que si el recurrente ejerce su profesión en forma liberal y el legislador ha establecido que en esa condición también debe estar afiliado al régimen de la Caja, ello no es contrario a la Constitución Política, no viola ningún derecho³⁵.

Creación de beneficios en materia de pensiones por medio

de convención colectiva

Un caso particular de la jurisprudencia constitucional costarricense se ha encargado de dilucidar una pregunta de sumo interés, como es el de la posibilidad de que por medio de una convención colectiva entre una empresa pública del Estado y sus trabajadores, podría crearse un régimen de prestaciones especiales a quienes todavía no disfrutaban de una pensión otorgada por el sistema público de pensiones, en lo que parece ser un sistema de pensión anticipada para las personas trabajadoras con incapacidad física o mental para trabajar.

Se planteó este tema a raíz de la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 77 de la convención colectiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), por quienes consideraron que estábamos frente a una norma abusiva que

³⁵ Ver voto de la Sala Constitucional n.º 2006-7022 de las 13 horas 7 minutos del 19 de mayo de 2006.

excedía las facultades normativas de las partes contratantes, por tratarse JAPDEVA de una empresa que se financiaba con fondos públicos. El texto de la convención colectiva cuya inconstitucionalidad se pretendió expresaba lo siguiente:

ARTÍCULO 77: JAPDEVA *establecerá un sistema de pagos salariales que ampare a todos aquellos trabajadores que por su edad, condición física y/o salud no pueden laborar, y que por falta de cuotas no han adquirido el derecho a ser pensionados por la Caja Costarricense de Seguro Social; se les eximirá de la obligación de trabajar hasta que completen el número de cuotas mínimas y entren en el disfrute pleno de su pensión.*

Se elaborará a través del Departamento de Recursos Humanos y la Sección de Clasificación y Valoración de Puestos, la lista respectiva de beneficiados.

Se establecerá un mínimo de (10) DIEZ AÑOS de laborar con la institución para acogerse a este beneficio. En casos excepcionales, a juicio de JAPDEVA, este plazo de (10) DIEZ AÑOS podrá reducirse.

Aquellos funcionarios que hayan laborado por un mínimo de 20 años ininterrumpidos en la Institución, que tengan más de 55 años de edad y que no tengan derecho aún a pensionarse por la Caja Costarricense de Seguro Social que crean tener un padecimiento o incapacidad física o mental, podrán solicitar que se les reconozca el salario hasta que puedan acogerse al régimen universal de la Caja Costarricense de Seguro Social. En caso de que se compruebe que obtienen o perciben salario en otra actividad ajena a la institución dejarán de percibir dicho beneficio en forma automática.

Una comisión bipartita, formada por tres miembros de cada una de las partes, en un plazo de tres meses, contados a partir de la firma de la presente Convención, reglamentará este artículo, para lo cual podrá hacerse asesorar por quienes considere necesario.

Una vez confeccionado este reglamento se someterá a ambas juntas directivas para su aprobación.

En el voto n.º 2006-06730 de las 14 horas 45 minutos del 17 de mayo de 2006, la Sala Constitucional estimó que, en lo fundamental, este artículo no era inconstitucional, en la medida en que resultaba razonable, salvo en lo referido al párrafo que podría excepcionar del requisito de tener al menos diez años de laborar con la institución³⁶.

36 En su sentencia, el Tribunal Constitucional señaló costarricense lo siguiente:

“Sobre el particular, estima esta Sala que el artículo anterior no resulta inconstitucional salvo la parte que se dirá, pues en términos generales constituye un complemento saludable al régimen de seguridad social, que pretende la protección del trabajador en casos de invalidez y vejez hasta tanto pueda acogerse al régimen de seguridad social de la Caja Costarricense de Seguro Social. Se trata en consecuencia de una medida transitoria, excepcional y que está sujeta a reglamentación, además que el beneficio únicamente es otorgado al trabajador que no reciba ningún ingreso adicional, tal como lo establece la norma citada.

Asimismo, dentro de los límites razonables que observa esta Sala está lo dispuesto en cuanto a que el trabajador debe haber laborado un mínimo de diez años con la institución para acogerse al beneficio, pues ello garantiza que ha existido una contraprestación de trabajo por un periodo razonable de tiempo. Por lo anterior, lo que sí estima esta Sala un uso indebido de los fondos públicos, es la posibilidad establecida en la norma de que ese plazo de diez años sea reducido en casos excepcionales, pues un trabajador que no cuenta con la antigüedad suficiente, no puede pretender ampararse a un beneficio como el establecido en la norma. Ello podría ocasionar que muchas personas decidan ingresar a JAPDEVA, únicamente con la intención de acogerse a una licencia de esta naturaleza

Desde nuestro punto de vista, este fallo reviste una importancia enorme, no solo por la posibilidad que la jurisprudencia constitucional crea de utilizar fondos públicos para considerar una pensión anticipada a trabajadores y trabajadoras con incapacidad real de trabajar, cuando no tienen otras fuentes de ingreso, sino también por la apertura que se concede de crear un régimen selectivo dentro del marco de seguros sociales típicos a favor de personas con alto riesgo social, por medio de convenciones colectivas de trabajo.

Discriminaciones directas dentro del sistema de pensiones

Dos situaciones concretas han sido señaladas por los estudios del sistema de seguridad social costarricense como causantes de situaciones directas de discriminación (no abordamos en este trabajo otras posibles situaciones de discriminación indirecta). Me refiero a cierto sesgo de discriminación por género, en el segundo pilar, y a la clara discriminación respecto a las personas trabajadoras independientes.

En cuanto a lo primero, los sistemas de capitalización individual agudizan las desigualdades de género, pues aparte de que los salarios de las mujeres son inferiores en promedio al de los hombres, la edad de retiro de las mujeres es con frecuencia inferior (tres años en el caso de la reglamentación costarricense), con lo cual las mujeres acumulan menos cotizaciones que los hombres. Esta situación se agrava por el hecho de que las mujeres suelen salir más rápidamente del mercado laboral que los varones, no solo para el parto y la lactancia, sino también por la crianza de los hijos y las hijas. Pero además, la mayor esperanza de vida de las mujeres también juega en su contra en estos sistemas. Juliana Martínez y Carmelo-Mesa explican la discriminación a que hacemos referencia en las siguientes palabras:

Los sistemas de capitalización individual (como el segundo pilar de Costa Rica) aplica tablas de mortalidad diversas por género tanto para las rentas vitalicias como las rentas permanentes, la suma individual es dividida por el promedio de esperanza de vida, por lo tanto las pensiones de las mujeres son menores que las de los hombres, y más aún si ellas se retiran más temprano. Se puede argumentar que este tratamiento es más justo porque evita los subsidios entre sexos, pero ignora que las mujeres terminan pagando enteramente el costo de la crianza de los hijos puesto que en Costa Rica, al igual que en la mayoría de los países de América Latina (única excepción es Brasil), el sistema de pensiones no otorga créditos por dicha labor³⁷.

En lo que se refiere al caso de las personas trabajadoras independientes, sabemos ya que el segundo pilar no las cubre, por ser exclusivo para las personas trabajadoras asalariadas. Si a lo anterior sumamos que existe todavía un contingente muy importante de trabajadores y trabajadoras independientes, sobre todo del llamado sector informal que se resiste al aseguramiento en el primer pilar, la brecha

mientras esperan su ingreso al régimen de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por lo anterior, esta Sala estima razonable lo dispuesto en la norma, únicamente para los trabajadores que han puesto su esfuerzo durante al menos diez años en la institución, por lo que el párrafo subrayado de la norma en cuestión debe anularse”.

37 MARTÍNEZ FRANZONI Juliana y MESA-LAGO Carmelo, op. cit., pp. 24 y 25.

entre personas trabajadoras subordinadas y personas trabajadoras por cuenta propia se mantiene abierta, en lo que a seguridad social se refiere, perpetuándose respecto a los mencionados trabajadores independientes una situación de inequidad.

Nótese que la brecha indicada no se cierra con la sola universalización del primer pilar para las personas trabajadoras independientes, como ha sucedido en Costa Rica, pues a pesar de esta, amplios sectores de trabajadores y trabajadoras por cuenta propia, la mayoría ubicados en el sector informal y de los pequeños empleadores en general, no son cubiertos por el sistema.

No podemos olvidar, en este sentido, tal como lo afirma Bertranou, que en América Latina, la estructura del empleo prácticamente define el alcance de los sistemas de pensiones³⁸, y aunque en el caso de Costa Rica, el número de personas trabajadoras independientes así como el nivel de informalidad son inferiores al de otros países del área y del continente, lo cierto es que existe un porcentaje muy alto de la población económicamente activa, superior al 40% del total, que no está cubierto por el régimen obligatorio de pensiones del primer pilar, y por tanto, está excluido también del segundo pilar de seguridad social. La mayor parte de este porcentaje de personas no aseguradas se encuentra probablemente en el llamado sector informal de la economía, donde los modelos proteccionistas clásicos del derecho laboral y de la seguridad social no penetran de ninguna manera.

III. A modo de conclusiones

En el trabajo del Prof. Mario Pasco Cosmópolis, "Tendencias actuales en la seguridad social", presentado en el 2001 al XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, este autor señaló que si se pudieran resumir en una sola expresión las tendencias actuales de la Seguridad Social en América Latina, ella sería: privatización³⁹.

Es posible que, en el balance de la evolución de los primeros años del nuevo milenio, esto resultara cierto, y lo es en el caso concreto de países muy cercanos a nosotros como el caso de República Dominicana, con su Ley N.º 87-01 de creación del Sistema de Seguridad Social Dominicano, promulgada el 9 de mayo de 2001.

Sin embargo, no es ese el caso de Costa Rica, con la Ley N.º 7983 de febrero de 2000, y definitivamente no lo sería en el caso argentino donde más bien se han devuelto por medio del Estado los fondos de pensiones que se encontraban en manos del sector privado.

Lo interesante del caso costarricense es que habiéndose iniciado como un sistema totalmente público, al punto de constitucionalizar el monopolio de su gobierno y administración en una institución descentralizada del Estado –aunque con representación en su Junta Directiva de una mayoría de representantes sectoriales, valga decir⁴⁰–, avanzó por medio de la Ley N.º 7523 del 7 de julio de

38 BERTRANOU Fabio. , *"Reformas a los Sistemas de Jubilaciones y Pensiones en América Latina: Paradigmas y Temas Emergentes"*. Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, OIT, agosto 2004, p. 5. Este artículo puede localizarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.oitchile.d/pdf/publicaciones/ele/elec005.pdf>.

39 Op. cit., p. 8.

40 Aparte del presidente ejecutivo de la institución que el Poder Ejecutivo designa directamente, los restantes ocho miembros de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social se eligen por el mismo poder de la siguiente forma: dos miembros en representación del Estado, tres miembros en representación del sector patronal y tres miembros del sector laboral. La Unión de Cámaras de empresarios propone la representación del sector patronal al Poder Ejecutivo, y la representación del sector laboral es propuesta al mismo poder por las confederaciones sindicales mayoritarias, las cooperativas, por medio del Consejo Nacional de Cooperativas, y el llamado Movimiento Solidarista.

1995, pero sobre todo por medio de la Ley de Protección al Trabajador, N.º 7983 de febrero de 2000, hacia un sistema mixto, gracias a la posibilidad de que administradoras privadas pudieran participar directamente en el mercado de fondos de pensiones de lo que se ha denominado el segundo pilar.

No se cumple pues, en el caso de nuestro país, la anunciada tendencia hacia una privatización del sistema, sobre todo porque en Costa Rica el principal seguro social sigue siendo el obligatorio y monopólico del Estado, y porque además aun en el caso del segundo pilar, los principales operadores de pensiones son los bancos del Estado.

Se indica que los sistemas de pensiones cumplen el doble objetivo de permitir afrontar la falta de ingresos ante situaciones de riesgo social a las personas trabajadoras y a sus familias, lo mismo que mediante la solidaridad nacional, permitir una redistribución de los ingresos.

Nos parece que ambos objetivos se cumplen a medias en el sistema de seguridad social costarricense. Mientras la cobertura del seguro social no alcance a más del cuarenta por ciento de la población económicamente activa, la protección contra los riesgos sociales como la enfermedad, la discapacidad y la vejez subsisten para un amplio sector, y mientras haya un sistema que de alguna manera discrimine respecto a la población femenina y las personas trabajadoras independientes, sobre todo de las de menores recursos económicos, entre estas últimas, no existirá una verdadera redistribución del ingreso.

LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS FAMILIARES A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY PROCESAL FAMILIAR

Yudy Pilar Campos Gutiérrez

El reconocimiento de los derechos humanos de los niños, las niñas y los y las adolescentes es un aspecto fundamental para su participación efectiva en los procesos judiciales conforme a su capacidad progresiva, como seres humanos con dignidad propia, con la posibilidad de asumir la defensa de sus derechos en los asuntos que les conciernen cuando así lo deseen.

Toda reforma procesal en la materia familiar que se disponga necesariamente debe tomar en cuenta este aspecto en consonancia con la doctrina de los derechos humanos y la Convención Sobre los Derechos de los Niños.

Las personas menores de edad, en adelante (PME), son titulares de derechos y obligaciones, en consecuencia, deben poder actuar conforme a la titularidad de los derechos que les compete, cuando así lo deseen y tengan madurez suficiente para ello.

Reconocimiento de los derechos humanos a las personas menores de edad

La revalorización del niño y la niña en su condición de personas surge con la expansión de la doctrina de los derechos humanos, la cual tiene lugar principalmente después de la Segunda Guerra Mundial. Se da la quiebra del modelo jerárquico de familia, y se instaura la familia democrática, donde ambos cónyuges ejercen iguales derechos en el ámbito familiar; los hijos y las hijas respetan la autoridad de los padres, quienes tienen la misión de guiar a los hijos e hijas durante su proceso de desarrollo hacia la consecución de su propia autonomía con responsabilidad. Pero, a su vez, los padres o encargados deben respetar la dignidad de las personas menores de edad a su cargo.

Antes del siglo XX, en realidad había muy poco interés por los niños y las niñas, tanto en la sociedad como dentro de la familia. Su valía se concebía en función de la utilidad para los padres. Eran considerados objetos al servicio de sus padres.

El interés por los niños y las niñas, especialmente en relación con su participación en el ejercicio de sus derechos, surge en el derecho anglosajón cuando se da cierto antagonismo entre los Welfarists que ponen su acento en el “bienestar” del niño y los Libetionists, defensores de sus “derechos”. Así dos vertientes de protección surgen: una tendiente a la protección directa del niño en razón de su debilidad y otra tendiente a su liberación de su estatus de dependencia. (Rivero, Francisco, 2007, p. 38).

En el derecho francés, se presenta el mismo fenómeno que en Inglaterra; las primeras legislaciones sobre menores no se crearon para proteger a los niños, sino otros intereses, y cuando se protegían, no era al niño individualmente considerado, sino que se protegía a la infancia. La situación no fue diversa en América Latina.

El y la menor por su inmadurez e inexperiencia eran considerados incapaces del ejercicio de sus derechos y eran sometidos a la autoridad y representación de sus padres.

La aparición del niño como sujeto activo en los procedimientos familiares es un fenómeno de la segunda mitad del siglo XX, acceso vinculado al concepto de “interés del niño” en el derecho interno como criterio preponderante en las decisiones que le conciernen luego de la declaración de los Derechos de los Niños, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1989), la cual expone sus derechos y libertades fundamentales específicas y el derecho de expresar su opinión y de oírsele en todo procedimiento judicial o administrativo que le concierne” (Melders, Marie, 2005, p. 323).

En América Latina, se puede considerar que “Antes de la Convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular. Una doctrina que aunque vagamente formulada, marcó decisivamente las legislaciones de menores de nuestro continente [...]” (García Emilio, 2001, 21).

En Costa Rica, se ha avanzado en materia de protección de los derechos de la niñez, a partir de la Convención sobre los Derechos de los Niños. Sin embargo, aún falta mucho por hacer. Se pasó de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral que es cuando comienza a hablarse de la persona menor de edad como titular de derechos y obligaciones. Surgen modificaciones en la legislación interna, se comprendió que las características propias de las personas menores de edad exigen una justicia especializada y, además, un trato personalizado¹.

Se cuenta con jurisprudencia de avanzada que promueve la participación adecuada a las personas menores de edad, escuchándolas y teniendo en cuenta sus opiniones en las sentencias que decidan asuntos que les conciernan directamente, conforme a su capacidad progresiva.

No obstante, aún se denotan temores en los jueces y las juezas de instancia a nivel estructural para dar una participación más protagónica a este sector y, en la sociedad a nivel cultural, para darle un poco más de autonomía a aquellas PME que cuenten con madurez suficiente para ejercer sus derechos por sí mismas.

La declaración y convención de los derechos de los niños

La Declaración de los Derechos del Niño fue proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, la cual en su principio 2 establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al formular leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

Convención de los Derechos del Niño

Esta convención fue suscrita en la Organización de Naciones Unidas en 1989, y por Costa Rica en enero de 1990, fue ratificada por ley de la República en julio de ese año y tiene, como finalidad primordial, la tutela de los derechos de los niños y las niñas, en procura de su mayor bienestar.

Al igual que en la Declaración de los Derechos del Niño, uno de sus principios fundamentales es el reconocimiento de que *"el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"*. (O'Donnell, D., 2001, 16).

Los Estados partes respetan la responsabilidad de los padres frente a sus hijos y, a su vez, son garantes de que ese ejercicio se realice de una forma adecuada. Solamente ante un ejercicio indebido, negligente o abusivo, intervienen en defensa de las personas menores de edad.

En general, la Convención pretende definir los derechos del niño más frente a la sociedad que frente a la familia. La Convención y su contenido no debe ser analizado como hecho aislado, sino en su contexto, como un aporte a un corpus juris existente, o sea, al derecho internacional de los derechos humanos. Dos derechos, ya ampliamente reconocidos, tienen especial relevancia para la Convención, a saber, el derecho del niño a una protección especial y el derecho de la familia a protección, en particular a ser protegida contra injerencias arbitrarias o ilegales [...] Si la injerencia es necesaria para la protección del niño, es legítima, caso contrario, constituye una injerencia arbitraria en la intimidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad (O' Donnell, D., 2001, 23).

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño cambia fundamentalmente la ideología de la normativa existente en materia de protección de los menores. Así se establece:

Los Estados Partes, garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional. (Benavides, D., 2002. 164).

La convención de cita cambió el paradigma con respecto al tratamiento que debía darse en toda decisión que afecte a las PME, pues a partir de la promulgación de este instrumento, necesariamente debe escucharse la opinión del niño y de la niña en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte. Además, debe garantizarse a la persona menor de edad que su opinión será tomada en cuenta, independientemente de lo que se resuelva.

Normativa interna de protección al derecho humano de acceso a la justicia para las personas menores de edad

La Constitución Política de Costa Rica es de 1949, por este motivo, no desarrolla los principios que introduce la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, reconoce importantes principios de protección a la familia, a los menores y a las personas adultas mayores, lo que debe interpretarse evolutivamente, (vía jurisprudencial) como protección a los grupos más vulnerables,

estando dentro de ellos las personas menores de edad y, con ello, la tutela del principio del interés superior del menor que va ligado a toda normativa en materia de niñez.

El Código de la Niñez y Adolescencia

Costa Rica suscribió la Convención de los Derechos de los Niños, en enero de 1990, y promulgó el Código de la Niñez y Adolescencia, como parte de la legislación interna que desarrolló los principios y contenidos de la Convención. Así, mediante la Ley 7739, el 06 de febrero de 1998, entró en vigencia el Código de la Niñez y Adolescencia. Dicha normativa marcó una pauta importante en la legislación protectora de las personas menores de edad, desde la óptica del respeto de los derechos humanos.

La ratificación de la Convención exige el replanteamiento conceptual y estructural de lo que deberán ser las relaciones entre los adultos, los niños y adolescentes en una sociedad democrática, conforme a sus particulares condiciones de personas en desarrollo.

Señala Baratta que la ciudadanía es el estado jurídico de plena participación en la comunidad estatal y en los otros entes políticos territoriales... la esencia de la democracia está fundamentalmente vinculada al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra, partiendo de una interpretación sistemática y dinámica de la Convención por la cual el niño en cualquier fase de su desarrollo goza de una ciudadanía plena que comprende no solo las relaciones políticas de autonomía y autogobierno, sino también las relaciones sociales y familiares" (Baratta A, 1999, p. 43. Leído en una publicación de Domínguez, A y otros, 2006, p. 539).

En definitiva, las personas menores de edad son de por sí titulares de sus derechos: pero van a ir disfrutando gradualmente de todos los derechos humanos que les son inherentes como personas, de acuerdo con su grado de madurez emocional.

Capacidad procesal de goce y ejercicio

La teoría general del derecho distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos; *en nuestro caso, para actuar por sí, en el proceso.* (Vescovi, 2006, p. 162).

Capacidad procesal

La capacidad procesal de la persona física es la aptitud que tiene el sujeto de participar personalmente en un proceso judicial o litigio, accionando en defensa de sus derechos o intereses legítimos o bien de ejercer por sí mismo su defensa cuando es demandado; es decir, resistir la acción interpuesta en su contra.

Para contar con capacidad procesal en el sentido que nos interesa (capacidad de actuar o de ejercicio), se requiere reunir los requisitos que la ley establece. Generalmente están relacionados con la edad y el estado mental de la persona. Si no se cuenta con ellos, la parte solo puede accionar mediante representación.

En Costa Rica, prácticamente se da por sentado que las PME no tienen participación directa en los procesos judiciales que las afecta. Una muestra de ello se encuentra en el artículo 140 del Código de Familia, el cual regula que es competencia de los padres representar a sus hijos.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia, en su artículo 4, modificó la última parte del artículo anterior en forma tácita, al señalar como funciones de esa institución, representar legalmente a los niños cuando no estén sujetos a autoridad parental ni tutela, o cuando quienes la ejerzan no sean aptos para asegurar la garantía de sus derechos.

A pesar de lo que establece la Convención de los Derechos del Niño en su Artículo 12, en relación con el artículo 33 constitucional, sobre los derechos del niño y de la niña a ser oídos en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte y sobre la igualdad ante la ley y trato sin discriminación, aun la legislación interna no es del todo congruente con la norma internacional.

El proceso del desarrollo del ser humano y la capacidad progresiva en las personas menores de edad

El ser humano no nace con todas sus facultades desarrolladas, sino que desde que nace se va formando y transformando hasta llegar a convertirse en una persona adulta y autosuficiente. Su capacidad cognitiva lo va moldeando, de manera que pueda modificar su entorno y desarrollar su capacidad de adaptación. A través de este proceso, va adquiriendo la madurez para poder desenvolverse socialmente con competencia.

El niño y la niña se socializan en la familia, de ella aprenden las costumbres, las reglas, las prácticas culturales y espirituales; reciben apoyo y afecto en su proceso de desarrollo y crecimiento.

La Convención de los Derechos del Niño es un estatuto de las garantías jurídicas que no solo enumera los derechos específicos de los menores, sino que también contempla los derechos y deberes de los responsables de la formación del menor. En esta función los padres son promotores de la capacidad de su hijo para intervenir responsablemente en la familia, en la escuela y en la vida en sociedad. Dentro de este contexto, la primera parte del artículo 12 determina el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna. Interesa remarcar que el eje se desplaza hacia una instancia de diálogo, en la que la voz del niño es considerada respecto del derecho cuya realización se efectiviza a través de su mejor interés. El niño sabe que sus padres son responsables por él, que deben guiarlo; al mismo tiempo, estos deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva de aquel determina una mayor participación en la toma de decisión que lo involucra. (Grosman, C. 2006, 48).

Los padres o las personas encargadas son quienes preparan a la PME para que tenga capacidad suficiente para llegar a ser autónoma. Sin embargo, no todas las personas alcanzan su nivel de madurez a la misma edad; a mayor edad generalmente hay mayor madurez, pero no hay reglas uniformes.

Implicaciones que conlleva el derecho a ser oído u oída en los procesos

El derecho a ser oído u oída en los procesos judiciales y administrativos o en las decisiones que las afecten constituye un derecho fundamental de las PME. Es un derecho que es válido no solamente ante esas instancias institucionales, sino también en los mismos hogares, frente a los progenitores o personas encargadas de estas PME.

Este derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en materia jurisdiccional, comprende el acceso a la justicia y todas las implicaciones que ello conlleva. Esto es no solo la posibilidad de expresar su opinión en un proceso que afecte a la PME ante el juez o la jueza o el o la profesional que aquellos determinen, sino también la posibilidad de intervenir directamente, actuando como parte dentro del proceso como actor, actora o persona demandada, tercera interesada o interviniente, siempre que tal intervención sea entendida como una facultad. Es decir, la PME es quien decide si ejerce o no el derecho.

Las autoras argentinas María Victoria Famá y Marisa Herrera han señalado:

La norma citada considera el derecho a ser oído del niño desde dos perspectivas diferenciadas. El primer párrafo, reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en toda cuestión que le concierna; el segundo, hace una aplicación de la regla y organiza el derecho a ser escuchado en un proceso judicial o administrativo, tema que será profundizado en este trabajo en sus dos vertientes: 1) el derecho de defensa en sentido material y 2) la llamada defensa técnica, o derecho a una asistencia jurídica especializada. (Famá, M y Herrera, M, 2008, 182).

En otros términos, este derecho debe verse desde los dos ángulos, ya sea simplemente externar la opinión en un asunto de especial interés para la PME, en la cual debe cumplirse el requisito de que sea un proceso que la afecte y que la PME exprese su opinión (defensa material), y el segundo, cuando la PME por sí misma ejerce el derecho actuando como sujeto procesal en defensa de su derecho, sin la representación de sus padres o encargados.

En este último caso, se requiere del patrocinio letrado. Ahí es donde se debe garantizar que la PME tenga acceso sin dificultad a la justicia, y que para garantizar la efectividad del derecho, el Estado facilite un abogado o una abogada, pues debe haber garantía del debido proceso legal en todas las etapas del procedimiento y en todas sus instancias (defensa técnica). Debe ser una persona defensora con conocimiento de la materia de niñez, pues debe garantizarse un trato personalizado y acorde con las particulares características de la PME, de persona en desarrollo y ello se consigue con la especialización.

El acceso a la justicia como garantía de tutela de los derechos de las personas menores de edad

El acceso a la justicia es la posibilidad que tiene el sujeto titular de derechos y obligaciones de accionar ante el aparato jurisdiccional, y entablar una demanda, además de lograr su participación en todas las etapas del proceso, lo que implica no solo el derecho de audiencia, sino también estar presente en todas las etapas, ofrecer prueba, formular recursos, hasta la obtención de un fallo y que este sea ejecutado.

No basta con acceder a la justicia, es decir, con plantear una acción o contestarla. Es necesario para una garantía efectiva de tutela a los derechos de las personas menores de edad que han sufrido una vulneración de sus derechos, poder llegar hasta las últimas consecuencias, para la restitución de su derecho. Esto implica la etapa de ejecución de sentencia.

En un Estado democrático como el nuestro, la justicia es un servicio público, por ende, debe garantizarse el acceso a todas las personas por igual. Esto incluye a las PME, quienes también son titulares de derechos y obligaciones, por lo que no se les puede excluir en razón de su minoridad, o por su condición de pobreza.

Por ello, tal y como lo señala el autor nacional Robert Camacho: *Cuando se firma una convención o un pacto internacional de Derechos Humanos, los Estados se obligan a reconocer, respetar, proteger y realizar los derechos de ese instrumento.*

El acceso a la justicia y al debido proceso, constituyen derechos fundamentales para todas y todos los seres humanos y se visualiza además como un indicador de ciudadanía efectiva y un bien o servicio público del que deben de gozar todas y todos los seres humanos, sin discriminación alguna. (Camacho, R, 2008, 174).

Lo anterior implica que, a partir de lo que nuestra Constitución Política, en su artículo 41, la Convención Sobre los Derechos de los Niños y la disposición del artículo 7 del Código de Familia señalan que el Estado costarricense tiene la obligación de suministrar patrocinio letrado a todas aquellas personas menores de edad que no tengan los medios económicos suficientes, para pagar un abogado que le plantee una acción en los Tribunales de Justicia.

El Estado costarricense está en deuda con las personas menores de edad de escasos recursos, y en general con las PME, por cuanto la norma precitada no ha tenido ningún desarrollo ni se aplica, como tampoco el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en lo que corresponde a la participación directa de la PME, con discernimiento, para ser sujeto procesal y plantear un proceso judicial en forma autónoma sin la representación de sus padres o encargados.

Participación de la persona menor de edad en el derecho comparado

Sobre el tema, las autoras argentinas Famá y Herrera señalan:

[...] el reconocimiento del carácter de parte a un niño o adolescente será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes: así pues, en un juicio donde se cuestione su custodia o el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente u algún otro familiar, un proceso de violencia familiar en que el niño sea víctima, un proceso de protección especial a la luz del dictado de medidas excepcionales" (Famá, M y Herrera, M, 2008, 190).

Para que la PME tenga el derecho de participar en los procesos familiares, debe haber una afectación a un derecho propio, personalísimo, y el niño, la niña, el y la adolescente deben querer ejercer el derecho. Además, debe existir un interés contrapuesto con el de los padres o personas representantes. Una vez que la PME haya decidido actuar, deben respetarse todas las garantías del debido proceso, y el o la menor podrá utilizar todas las herramientas que la ley pone a su alcance para la presentación de la mejor forma posible de su pretensión.

Le corresponde a la persona juzgadora, como juez o jueza de garantías, velar por el equilibrio procesal, y ante una eventual desigualdad, debe disponer las medidas afirmativas que sean necesarias para garantizar la efectividad del derecho a la parte más vulnerable, lo cual indudablemente es la PME.

El abogado del niño

Esta es una figura jurídica que se regula en la Ley argentina 26 061. Se trata de un abogado que actúa como patrocinante del niño, quien se ubica en el grupo etáreo entre los 14 y los 21 años. Se parte del supuesto de hecho de que de acuerdo con su capacidad progresiva, el niño cuenta con el grado de madurez necesario para decidir por sí mismo. Este profesional va a defender la tesis del menor y sus intereses en el proceso, partiendo de que la persona menor de edad tiene un juicio claro y madurez para formular una pretensión. (Famá, M y Herrera, M, 2008).

La propuesta de España

En España, a partir de la Constitución Española de 1978, se revaloriza a la persona menor de edad en su calidad de persona, y desde la Constitución Política, ascienden al plano jurídico nuevos valores ideológicos y ético-sociales. Así la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, la protección integral de los hijos y la afirmación de que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 C.E) han hecho que se deban desarrollar estos valores y principios en la legislación interna. (Rivero, Francisco, 2007, p. 38).

Se ha creado la figura del defensor del menor, por medio de la Ley 5 de 1996, del 8 de julio, la cual se crea con funciones y competencias similares a las que les corresponden a los defensores del pueblo, solo que circunscritas a la tutela y garantía no jurisdiccional de los derechos fundamentales de los menores. (Alaéz, Benito, 2003, p. 318).

Esta figura procesal se crea para los menores mientras carezcan de capacidad procesal plena.

La experiencia de Canadá

Canadá tiene una fuerte tradición en lo que respecta al derecho del niño de expresar sus opiniones en los procedimientos judiciales que lo afecten y el derecho a la representación por un abogado. Particularmente interesante es el caso de Québec.

Basta con que la persona menor de edad tenga madurez suficiente y el deseo de participar por sí misma en un proceso para que se le permita hacerlo. Para ello debe dársele todas las garantías del debido proceso, incluido un profesional en Derecho que defienda el punto de vista de la persona menor de edad.

Un niño que esté suficientemente dotado de discernimiento como para ejercer un derecho de acción independiente tiene el derecho a la representación por un abogado de la misma manera que un adulto. Un extracto de un reciente fallo de la Corte de Apelaciones merece ser citado:

Si un niño es suficientemente maduro para expresarse sobre un tema de vital importancia como la custodia o el acceso de sus padres, entonces él tiene el derecho a ser oído en esta cuestión y su derecho fundamental debe respetársele. Este papel no es diferente, si el niño ha nombrado por sí mismo el abogado o la abogada o si ha sido nombrado por el tribunal, donde el niño es considerado lo suficientemente maduro. (Goubau, Dominique. 2000, pp. 417-421).

La experiencia de Francia

En Francia, la ley del 8 de enero de 1993 regula la designación de un administrador ad hoc encargado de representar al niño en todo procedimiento donde los intereses de éste « aparecen en oposición con los de sus representantes legales (artículo 388-2 C.C.) Por otra parte, en materia de asistencia educativa y, en particular, en caso de peligro, el propio niño puede consultar al juez de los niños. Puede también elegir hacerse asistir gratuitamente por un abogado, encargado de « llevar su proceso » y de apoyar sus intereses, gracias al cual puede también tener acceso al conocimiento de su expediente. El niño puede llevar en juicio los desacuerdos educativos en que se oponen sus padres. Por otra parte, la cuestión de la aplicabilidad directa del CIDE por los tribunales es fuente también de vivas divisiones en jurisprudencia y en doctrina. (Meulders, M. 2005, p. 325).

Es importante destacar que el niño o la niña puede acudir ante el juez con total naturalidad. Así debe ser en un Estado democrático y garante de los derechos humanos de las personas, especialmente de las más vulnerables, como ocurre con las PME.

La participación de las personas menores de edad en el anteproyecto de la Ley

Procesal Familiar

La importancia del anteproyecto de la Ley Procesal Familiar consiste en que promueve una visión de derechos humanos y resulta congruente con los tratados y convenios internacionales de protección

a los derechos de las PME, en cuenta la Convención Sobre los Derechos de los Niños que garantiza tanto el derecho humano de ser oído a toda persona menor de edad, en los procesos administrativos y judiciales que la afecten directamente, así como el derecho de acceso a la justicia.

La Constitución Política de Costa Rica garantiza tanto la protección de los grupos más vulnerables de la sociedad, dentro de los cuales los niños y las niñas están incluidos, así como el acceso a la justicia, en sus artículos 51 y 41. Por tanto, si se aprueba esta ley u otra similar que tenga como eje medular una visión de derechos humanos, se habrá avanzado en materia de protección a los derechos de los niños y las niñas.

En tal sentido, distinguidos profesionales entrevistados en relación con la participación que promueve el anteproyecto de la Ley Procesal Familiar para las PME manifestaron:

La relevancia de la participación de las PME, consiste en que se aplica la Convención de los Derechos de los Niños, "hace realidad el principio constitucional del acceso a la justicia del artículo 41"; [...] en la protección y actualización de sus derechos como seres humanos en desarrollo, "su rol será acorde con su edad y grado de madurez, conlleva el derecho al debido proceso y el derecho de acción".

Cuando se habla de participación desde el punto de vista que nos interesa, ciertamente la idea es la participación en todo el procedimiento con todas las garantías procesales, en forma amplia. Puede ser tanto al derecho de ser escuchado (defensa material) como en cuanto a la defensa técnica que implica que la PME le pueda dar instrucciones a su abogado para que defienda sus intereses dentro del proceso. Y se requiere para ello que la PME tenga madurez suficiente para tener un juicio propio.

En este último supuesto, se trata de la participación que tiene una persona que goza de todos sus derechos civiles, la participación en el acceso a la justicia con todas las garantías, participando activamente en todas las etapas del proceso.

Al respecto, las autoras argentinas ya citadas, nos plantean:

¿Significa necesariamente que el niño debe actuar en carácter de parte en todo proceso en que de algún modo se vean afectados sus intereses? [...] Luego señalan: "En efecto, el reconocimiento del carácter de parte a un niño o adolescente será reservado para aquellos casos en que se discutan de manera directa e inmediata cuestiones atinentes a su persona y existan intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes; así pues, en un juicio donde se cuestione su custodia o el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente u algún otro familiar, un proceso de violencia familiar en donde el niño sea víctima, un proceso de protección especial a la luz del dictado de medidas excepcionales, etc. (Famá, M y Herrera, M 2008, p.189).

Es decir, se trata de la participación de la persona menor de edad, de acuerdo con su capacidad progresiva en el proceso en forma directa, ejerciendo la titularidad del derecho en pleno, en aquellos procesos que le conciernan y cuando hay intereses contrapuestos con los de sus padres o representantes.

Capacidad y representación

Al entrar a analizar el articulado de la Ley Procesal Familiar, en el tema que es de interés, sobre la participación de la persona menor de edad en los procesos familiares, tenemos que el artículo 60 del anteproyecto regula:

En los procesos de las jurisdicciones familiares se reconoce la capacidad procesal y la capacidad para ser parte a toda persona, salvo norma en contrario. Aquellas personas que no tengan la capacidad procesal y las personas jurídicas actuarán por medio de representante, salvo motivos de imposibilidad en cuyo caso mediante el / la representante nombrado (a) a tal efecto.

De la norma anterior se extrae que según lo previsto en este proyecto de ley procesal, toda persona física tiene en principio capacidad para ser parte en un proceso, salvo norma en contrario, si es la limitación, tendría que ser impuesta por ley. Y aquellas que no cuenten con capacidad procesal actuarán por medio de representante.

De igual forma, el artículo 61 regula la representación de las personas menores de edad y las personas con discapacidad y dispone:

Se reconoce a todas las personas menores de edad el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, conforme a la ley y bajo la apreciación del (a) juzgador (a); teniendo derecho de acudir personalmente ante un tribunal y a que se les atienda en forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo todos (as) los (as) funcionarios (as) de los juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia, Violencia Doméstica y Pensiones Alimentarias, u otros de la materia familiar velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad.

En otras palabras, en el anteproyecto, se otorga a todas las personas menores de edad la posibilidad de accionar como parte en un proceso judicial, conforme a su capacidad progresiva, para el ejercicio de sus derechos. Lo anterior implica que en principio a todas las personas menores de edad se les reconoce el derecho de accionar por sí mismas en un proceso judicial, solamente que lo pueden hacer cuando cuenten con la madurez suficiente conforme a su capacidad progresiva. A *contrario sensu*, mientras no cuenten con esta madurez, serán sus representantes legales, ya sean sus progenitores o encargados, quienes los representen.

En una forma más específica, se regula en el artículo 62:

Todas las personas mayores de doce años tienen plena capacidad procesal, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otros (as) representantes actúen en su nombre.

Tratándose de personas menores de doce años de edad, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la autoridad parental o bien, en su caso, al (a) que asigne el Patronato Nacional de la infancia y, si este (a) último (a) no se encontrare disponible en ese momento, podrá nombrarse uno (a) provisionalmente hasta tanto el ente mencionado apersona al (a) representante; pero sin perjuicio de que la persona menor de edad ejerza el derecho a ser oída y participar activamente.

Excepcionalmente, las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el /la Juez (a) deberá contar con un informe psicológico que acredite que la persona menor de edad tiene capacidad para ejercer dicha acción.

En ambos casos el Estado garantizará la asistencia y representación judicial gratuita a los (as) y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes.

Este artículo pone de manifiesto cómo se reconoce la capacidad procesal a todas las personas menores de edad; pero mayores de doce años, quienes podrán actuar por sí mismas en los procesos o por medio de representante. Y tratándose de menores de doce años, se deberá contar con un informe psicológico que acredite que la PME tiene capacidad para el ejercicio de esa acción por sí misma.

En relación con la norma anterior, se estima que el parámetro para permitir la participación de las personas menores de edad en los procesos familiares debe ser únicamente el grado de madurez que estas tengan. El parámetro de doce años como edad para dar titularidad a las PME para que ejerzan por sí mismas su derecho de accionar judicialmente no debería existir, pues doce años no equivalen a madurez o no en todos los casos, si se mantiene esta norma, podría dejar en indefensión a las personas de más de doce años que no tienen madurez suficiente para ese acto, por cuanto, así como hay PME que maduran anticipadamente, hay otras que no.

Al establecer esta edad, si se dispone que para las personas menores de esa edad el límite es un dictamen psicológico que determine que cuenta con la madurez suficiente para tener un criterio propio y ser parte procesal sería abrir un portillo muy peligroso, pues es un aspecto que en principio corresponde decidir al juzgador o a la juzgadora, y por otra parte, podría propiciarse que se abuse de esa posibilidad y se intente definir siempre mediante un dictamen psicológico.

Lo único que debería ser tomado en cuenta para definir el tipo de participación que una PME puede tener es la capacidad progresiva, y la persona juzgadora debe valorarla en el caso concreto, mediante una entrevista con la persona menor de edad y, solo en caso de duda, debe solicitar el peritaje psicológico por la vía de la excepción.

La Convención sobre los Derechos de los Niños no establece una edad específica para que se escuche al menor, sino que únicamente apunta que el menor debe tener "suficiente juicio", pero para autores como Sancho Rebullida dicha expresión provoca inseguridad jurídica, pues la considera de difícil apreciación. Al respecto comenta Ortega Llorca que "suficiencia de juicio" al no decir el legislador lo que debe entenderse por tal debe quedar al arbitrio judicial y que razonablemente se

podrá aplicar al hijo que, habiendo alcanzado la madurez necesaria para conocer la realidad, sea capaz de opinar sobre la situación familiar y transmitir su criterio sobre lo que él entienda que le conviene [...]. (Picado, A., 2002).

La doctrina de las capacidades evolutivas de la persona menor de edad hace innecesario fijar una edad en la cual deba dárseles participación directa a las personas menores de edad, a quienes les afecte una decisión judicial, puesto que no todas las personas son iguales ni tienen el mismo grado de madurez.

Por ser un proceso dinámico y diferente para cada persona, le corresponde a la persona juzgadora determinar de qué forma le da participación en el proceso a la PME, en el caso concreto y conforme a criterios de razonabilidad, en aplicación a las normas de la sana crítica y conforme a todas las circunstancias que los autos suministren, según lo que el artículo 8 del Código de Familia regula.

Picado, Ana María, citando a Salanova Villanueva, señala sobre la participación del menor:

los deseos y sentimientos del mismo deben ser tenidos en cuenta siempre que sea capaz de expresarlos, valorándose su razonabilidad en función no solo de su edad y madurez, sino del conjunto de circunstancias que lo rodean; no siendo la edad un factor decisivo en todos los casos. (Picado, A., 2002).

En términos generales, podría señalarse que conforme la persona menor de edad va adquiriendo mayor autonomía, la potestad o autoridad de los padres es cada vez menor. Lo anterior implica que cuanto más madurez o autonomía tenga una persona, menos se van a ejercer en ella los atributos de la autoridad parental. Les corresponde a los padres o encargados preparar a sus hijos e hijas para el ejercicio de su autonomía con responsabilidad. Por consiguiente, cuanto más maduro es un joven o adolescente, su opinión debe ser tomada en cuenta y se debe darle validez.

Por otra parte, el artículo 63 del anteproyecto de la Ley Procesal Familiar regula las garantías Mínimas del Procedimiento, contempladas en la Constitución Política, la Convención Sobre los Derechos de los Niños y demás tratados internacionales, y respeta *especialmente los siguientes derechos y garantías:*

- 1.- A ser oído (a) ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la persona menor de edad.*
- 2.- A que su opinión sea valorada para tomar una decisión en el asunto.*
- 3.- A ser asistido (a) por un (a) letrado (a) preferentemente especializado (a) en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo, incluso cuando se trata de representación por parte del Patronato Nacional de la Infancia. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un (a) letrado (a) especializado (a) que lo (a) patrocine.*
- 4.- A participar activamente en el procedimiento.*
- 5.- A recurrir en los casos que proceda según este Código u otras leyes de la materia.-*

Esta norma regula las garantías mínimas y específicas del procedimiento en el que se discute un asunto donde está presente el interés de una persona menor de edad. Se destaca la obligación del Estado de facilitar el patrocinio letrado, lo contrario sería limitar el acceso a la justicia.

La participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales es la forma en que verdaderamente se pondría en práctica la doctrina de la protección integral, pues es aquí donde se puede corroborar que se le tiene como sujeto de derechos y obligaciones, y que conforme a su capacidad progresiva, se le reconoce la titularidad para ejercerlos cuando la persona menor de edad así lo quiera.

A partir de los cambios que se han introducido con la doctrina de los derechos humanos:

se debe adecuar el acceso a la justicia para las personas menores de edad, acorde con la doctrina de la protección integral, que desarrolla la Convención sobre los Derechos del Niño, dotándoles de capacidad procesal en los actos relativos a derechos de la personalidad [...] siempre y cuando haya alcanzado el grado de madurez suficiente que les permita desenvolverse en un proceso judicial. (Chacón M, 2008, p. 255).

El anteproyecto de la Ley Procesal Familiar propone la defensa y el acceso a la justicia de una persona menor de edad mediante dos posibilidades: por medio del Ministerio Fiscal o del defensor de la persona menor. La autoridad jurisdiccional nombra al defensor, y en cuanto al Ministerio Fiscal, por ley le corresponde intervenir, si se trata de personas vulnerables. Es justo que estas personas se visibilicen, sean oídas y puedan así ser partícipes y constructoras de su propia historia, al fin y al cabo, son sus derechos los que están en juego.

Conclusiones

Las PME son titulares de derechos y obligaciones, merecen un trato digno a su condición de personas en desarrollo, tienen derecho de ser oídas en los procesos judiciales que las afecten y poder acceder a la justicia, cuando deseen hacerlo por sí mismas y no solo por medio de sus representantes. Correlativamente, el Estado tiene el deber de suministrar a una abogada o un abogado especializado en niñez y adolescencia para que las asista, como garantía del ejercicio pleno de su derecho.

El interés superior de la PME es el eje central que mueve toda la normativa en materia de niñez y, ligado a ese principio fundamental, se halla el de la capacidad progresiva de la persona, como eje rector que faculta la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales como titulares del derecho.

Los cambios que la Convención de los Derechos de los Niños promueve comienzan a implementarse en Costa Rica, ya entrados los años noventa, y estos cambios aún están en proceso, pues por persistir aún una visión adulto-céntrica que considera a las PME incapaces de ese ejercicio, no siempre se aplica la premisa básica que la CDN promueve, en su artículo 12, al señalar que las PME son titulares de derechos y obligaciones, y tienen el derecho de ser oídas por la autoridad que va a tomar una decisión que las afecte, cuando tengan la madurez suficiente, o de ejercer personalmente ese derecho mediante el ejercicio de la acción procesal.

Si se parte de que el acceso a la justicia es la garantía esencial para hacer valer un derecho, y si la protección de los derechos de la niñez es uno de los compromisos contraídos por el Estado costarricense al suscribir la Convención Sobre los Derechos de los Niños, debe comenzarse por salvaguardar la garantía, es decir, hacer una realidad el acceso a la justicia para las personas menores de edad, pues de ello depende que se pueda hacer valer el resto de sus derechos.

El patrocinio letrado para las PME, en forma gratuita, asumida por el Estado, sería una medida afirmativa para equilibrar la diferencia existente entre las PME y los adultos.

El Estado costarricense está en deuda con las personas menores de edad, pues si contrajo las obligaciones que la Convención sobre los Derechos de los Niños contempla, y si además el artículo 7 del Código de Familia establece que el Estado suministrará el patrocinio letrado gratuito a las personas que no estén en condiciones de pagar un abogado, no hay excusa para no otorgar esta garantía a las PME, en aras de que se respeten sus derechos.

La aplicación de la doctrina de la protección integral que introduce la Convención Sobre los Derechos de los Niños implica que deben hacerse cambios en la legislación interna para garantizar la efectividad del cumplimiento de los derechos de los niños y las niñas, estando entre ellos el acceso a la justicia que conlleva las garantías del debido proceso y el patrocinio letrado gratuito para las PME.

Bibliografía

Baratta, Alessandro. (2001). Infancia y democracia. Citado por Gil Domínguez Andrés y otros. (2006). **Derecho Constitucional de Familia**. Tomo I. Argentina: Ediar.

Benavides, Santos Diego. (2002). Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño. En **Código de la Niñez y Adolescencia**. San José, C.R.: Editorial Juritexto.

Camacho Vargas, Robert. (2008). **La obligatoriedad del Estado de proporcionar patrocinio letrado gratuito para acceder a la Jurisdicción de Familia**. En Derecho Procesal de Familia. San José. C.R.: Editorial Jurídica Continental.

Cillero Bruñol, Miguel. (2001). **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. En: Antología de Derechos de la Niñez y Adolescencia. C.R.: CONAMAJ, Escuela Judicial, Unicef.

Chacón Jiménez Mauricio. (2008). **La capacidad procesal en el proceso de familia**. En: Revista de Derecho Procesal de Familia, tras la Premisa de su teoría general. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Famá Ma Victoria y Herrera Marisa. (2008). **Participación de los niños y adolescentes en el derecho procesal de familia**. En: Derecho procesal de familia, tras las premisas de su teoría general. C.R.: Editorial Jurídica continental.

García Méndez, Emilio. (2001). **Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias**. En: Derechos de la niñez y la adolescencia, Antología. San José, Costa Rica: Conamaj, Escuela Judicial, Unicef.

Goubau, Dominique. 2000. **Question de Droit Judiciare en matiers familiares au Canada**. En www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/21.pdf

Grosman, Cecilia. (2006). **Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño**. Buenos Aires, Argentina.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. (1994). **Derecho privado en la reforma constitucional**. El derecho constitucional del menor a ser oído. Argentina: Rubinzababul Culzoni Editores.

Meulders, Marie terréese. **Les Procedures Familiales en pays de "civil law"**. En www.bibliojuridica.org/libros/4/1652/19.pdf. Material utilizado en el Taller de Derecho Procesal de Familia I, profesor Diego Benavides.

O' Doncel, Daniel. (2001). **La Convención de los Derechos del Niño: estructura y contenido**. En: Derecho a tener derecho: infancia, derecho y políticas públicas en América Latina. Caracas.

Picado Brenes, Ana María. (2002). **Capacidad procesal y garantías procesales de las personas menores de edad**. Ponencia en el Congreso de Familia, Cuba, 2002. Antología de derecho de familia, curso de la U.C.R.

Rivero Hernández, Francisco. (2007). **El interés superior del menor**. Madrid: Dykinson.

Redes sociales y el despido sanción

Dra. Ma. del Rocío Carro Hernández
Lic. Gabriel Espinoza C.

1. Delimitación temática

2. Antecedentes

- a. Caso Kimberley Swann.
- b. Caso Virgin Atlantic.

3. Derecho comparado

- a. Estados Unidos de América.
 - I. Caso Dawnmarie Souza.
 - II. Caso Ortiz vs. Hispanics United Of Buffalo, Inc. Resolución n.º 3-CA-27872
- b. Canadá.
- c. España
 - I. Sentencia 3636/2007 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social.
 - II. Sentencia 2300/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social.

4. Sobre el derecho a la privacidad

- a. ¿Qué es privado y qué no es privado?
- b. Situación actual de Costa Rica en cuanto a la intimidad de la persona trabajadora.

5. Causal de despido y principio de proporcionalidad

6. Conclusiones

Para nadie es un secreto que las redes sociales han entrado a la vida de las personas de todo el mundo y lo han hecho para quedarse. En la medida en que estos medios de socialización masiva se introducen en las rutinas diarias de la gente, se han incorporado, no solo en el ámbito privado de cada persona, sino también en las relaciones jurídicas que se desarrollan a lo largo de nuestras vidas. Herramientas tales como los blogs, Facebook, Twitter, entre muchas otras, nos afectan, directa e indirectamente, de ahí que su estudio resulta elemental.

En el este artículo, presentamos nuestras sugerencias sobre el tratamiento que debería dársele al uso de estas redes en nuestro país, en un ámbito específico del mundo del derecho, el ámbito de las relaciones de trabajo y, más aún, en el campo del poder disciplinario patronal.

Aun cuando parece sencillo a *prima facie*, el tema del uso de las redes sociales se ve rodeado de una serie de aristas que complican la forma en que debe manejarse, pues deben tenerse en cuenta desde derechos constitucionales como el de privacidad o de libertad de expresión, hasta el principio de proporcionalidad en las sanciones laborales.

1. Delimitación Temática

Como el lector y la lectora se podrán imaginar, desde el punto de vista laboral, este tema resulta de gran importancia. Estas herramientas son utilizadas mayoritariamente por las personas usuarias como parte de actividades de recreación y ocio que le permiten a la persona en el fondo la

formación y sostenimiento de relaciones –de cualquier naturaleza– con sus semejantes, de forma sorprendentemente exitosa. La persona trabajadora, como ser humano, no deja de lado el uso de estos espacios virtuales.

Debe tenerse claro que el presente artículo no tiene por objetivo estudiar la sanción establecida para el abandono de trabajo, en caso de que una persona trabajadora decida utilizar en sus horas laborales este tipo de redes, dejando de lado sus obligaciones contractuales.

El debate que la presente investigación quiere enfocar representa aquel que se genera cuando, por medio las redes sociales, se constata que un empleado o una empleada ha cometido una falta que amerite una sanción disciplinaria. Este supuesto trae consigo por lo menos estas tres interrogantes de gran trascendencia:

- ¿Puede el patrono utilizar como justa causa de despido hechos conocidos a través de las redes sociales?
- ¿Resulta esto una violación a la privacidad y/o a la libertad de expresión de la persona trabajadora?
- ¿Qué causal debe utilizarse para proceder al despido en estos casos?

2. Antecedentes

A modo de ilustración, decidimos enumerar dos de los casos más comentados en los medios de comunicación internacionales, los cuales representan de forma precisa el tipo de falta que este artículo estudiará en sus próximas líneas.

a) Caso Kimberley Swann

Esta joven, originaria del Reino Unido, de 16 años de edad, expresó en la página Facebook sus impresiones sobre su nuevo trabajo. “¡Qué aburrido!”, en un principio, y días más tarde anunció en la red social, “todo lo que hago es desmenuzar y escanear papel”, y añadió, “estoy totalmente aburrida”.

Estos comentarios le costaron a la joven su puesto de trabajo, puesto que sirvieron de base para su despido.

b) Caso Virgin Atlantic

Virgin Atlantic Airways Ltd., una compañía de viajes aéreos, despidió a trece tripulantes de cabina debido a comentarios inapropiados en Facebook.

Las trece personas participaron en un debate en Facebook donde se hicieron referencia a los motores de las aeronaves, a la higiene en los aviones, así como a insultos proferidos contra algunos pasajeros, lo que llevó a la empresa a despedirlas con base en el descrédito causado a la compañía.

3. Derecho comparado

Lo inédito del tema nos lleva a un callejón de difícil salida. La existencia tanto de doctrina como de jurisprudencia es escasa. La mayoría de casos no llegan a las Cortes, y si han llegado, la morosidad de los tribunales generalizada en varios países del mundo hace sumamente difícil el establecimiento actual de líneas jurisprudenciales. No obstante, el desarrollo del tema a nivel internacional, aun cuando es exiguo, ha proporcionado una guía interesante para su posible trato en el derecho laboral costarricense.

a) Estados Unidos de América

Debido a que la aparición de una de las redes sociales de mayor impacto fue en Estados Unidos (Facebook), es lógico suponer que este país hubiera sido el primero en ofrecer alguna perspectiva sobre este tema. Sin embargo, y como se mencionó líneas arriba, el bajo número de casos de este tipo ha impedido, hasta el momento, la creación de jurisprudencia judicial norteamericana al respecto.

A pesar de esto, existen casos recientes, a nivel administrativo, mediante el cual se puede empezar a notar la toma de posiciones en este singular debate.

I. Caso Dawnmarie Souza

Como ejemplo de esto, el primer caso que llamó la atención de los abogados, litigantes y prensa de este país fue el apodado “Facebook Firing Case”. Este, sin duda alguna, generó una gran cantidad de expectativas respecto al tema de los comentarios realizados en Internet.

Como causal de despido, el empleador de Dawnmarie Souza, American Medical Response of Connecticut Inc., utilizó una serie de comentarios negativos que la trabajadora realizó, sobre un supervisor, en su página de Facebook. Como confrontación a tal actuación, se planteó una queja ante la Junta Nacional de Relaciones Laborales¹ por medio del sindicato representante de la señora Souza.

La Junta decidió iniciar un proceso con base en la posible existencia de prácticas laborales desleales, debido a que se alegó que el empleador había violado los derechos de la trabajadora con la promulgación de políticas a nivel interno demasiado amplias en relación con la Internet y la publicación de blogs, y debido al despedimento de su empleada por menospreciar a un supervisor mediante Facebook².

A pesar de lo anterior, el caso no llegó a tener una decisión final, debido al arreglo al cual llegaron las partes del proceso.

1 La Junta Nacional de Relaciones Laborales es una agencia federal independiente facultada para salvaguardar los derechos de las personas trabajadoras y determinar la existencia de prácticas laborales injustas.

2 <http://www.nlrb.gov/news/settlement-reached-case-involving-discharge-facebook-comments>

I. CASO ORTIZ VS. HISPANICS UNITED OF BUFFALO, INC. RESOLUCIÓN N.º 3-CA-27872

Al igual que en el caso anterior, *Hispanics United of Buffalo, Inc. (HUB)*, despidió a cinco trabajadores debido a comentarios negativos sobre una compañera de trabajo, publicados en su página de Facebook. En este asunto, tales comentarios negativos surgieron a raíz de críticas que realizó la trabajadora posteriormente atacada, en cuanto a la eficiencia de la prestación del servicio de varios de sus compañeros de trabajo.

Para la empresa patronal, era irrelevante que los comentarios se hicieran en esta red social o *alrededor del dispensador de agua*, ya que los resultados eran los mismos. Asimismo, argumentó que este tipo de comentarios no deberían encontrarse protegidos por la ley, debido a que al ser publicados, cualquier persona podía verlos.

Esta vez, la Junta Nacional de Relaciones Laborales situada en Buffalo, N.Y., bajo la redacción del juez administrativo Arthur J. Amchan, analizó la naturaleza de los comentarios y decidió que, bajo la legislación estadounidense, los trabajadores tenían derecho a comentar sobre sus condiciones de trabajo. Así, el juez Amchan señaló puntualmente:

Concluyo que las comunicaciones de uno con el otro en Facebook, como reacción a las críticas de una compañera de trabajo sobre la manera en que empleados de HUB prestan sus servicios está protegida³.

Asimismo, se expresó en la resolución:

Los empleados tienen el derecho a discutir entre ellos los asuntos que afecten su empleo⁴.

Cabe destacar que la resolución administrativa ordenó la reinstalación de los empleados despedidos, junto con el pago de los salarios y otras ganancias dejados de percibir durante la terminación de la relación laboral.

No omitimos mencionar que, si bien se decidió este caso tomando como base las leyes norteamericanas de protección al trabajador (las cuales guardan gran distancia con las costarricenses), la singularidad del hecho que fue utilizado como causal de despido aporta significativamente al estudio que realizamos con este ensayo.

b) Canadá

En términos de organización a su homólogo estadounidense, la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica⁵ muy similar emitió una determinación de grandes repercusiones para el derecho laboral canadiense al sentar un precedente en este tipo de casos.

3 “I conclude that their Facebook communications with each other, in reaction to a co-worker’s criticisms of the manner in which HUB employees performed their jobs, are protected”.

4 Employees have a protected right to discuss matters affecting their employment amongst themselves”.

5 La Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica es un tribunal independiente, administrativo, con el mandato para mediar y solucionar las cuestiones relacionadas con los asuntos laborales, y trabajo en los lugares de trabajo sindicalizados.

En el caso **Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union**, la empresa decidió despedir a dos de sus empleados por diversos comentarios insultantes, agresivos y ofensivos en sus páginas de Facebook. Por esta situación, su sindicato planteó una queja ante la Junta antes mencionada.

Parte de las argumentaciones esgrimidas por la parte trabajadora fue la de la violación a la privacidad de los empleados, debido a la naturaleza íntima que para ellos Facebook tenía.

Como parte del razonamiento expuesto en la decisión final, la Junta determinó:

Los comentarios formulados por los reclamantes en Facebook fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador [...]. Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en Leduc v. Romana, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios web de Facebook y por lo tanto los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador⁶.

Del estudio de las resoluciones norteamericanas (Estados Unidos y Canadá), se extraen guías importantes, el derecho de los trabajadores de comentar sobre sus condiciones laborales y el derecho a la privacidad, las cuales no son ajenas al derecho laboral costarricense, y las analizaremos líneas adelante.

c) España

Si bien es cierto el estudio de casos en el Common Law resulta de gran ayuda para la formulación de tesis y opiniones, es importante también analizar los casos que se lleven dentro de un sistema legal similar al de Costa Rica.

De acuerdo con lo anterior, dos antecedentes resultan ser fundamentales para este artículo, los cuales se dieron en la región de Cataluña, España, emitidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

I. SENTENCIA 3636/2007 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA. SALA DE LO SOCIAL

En el primero de ellos, la sentencia 3636/2007, se discutió la procedencia del despido de una trabajadora, con base en sus comentarios en su blog personal.

Mucho se discutió entre las partes sobre la libertad de expresión y sobre sus límites con respecto a otros derechos, situación por la cual el tribunal destacó:

La Sala está de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que a través de un blog informático personal un trabajador, también desde su domicilio, puede incurrir en faltas disciplinarias laborales si, a través de esta forma escrita,

6. Carro, C. (1992). *Las justas causas del Despido en el Código de Trabajo y Jurisprudencia*. San José: Editorial Juritexto.

pública y abierta, insulta y trata de forma vejatoria, clara y explícita, directivos o compañeros de trabajo o su empresa empleadora. Efectivamente el derecho fundamental a la libertad de expresión no es absoluto y queda limitado por el ejercicio de otros derechos fundamentales, también en el ámbito de la empresa⁷.

Asimismo, se discutió brevemente el aspecto de la privacidad del trabajador, y el tribunal se refirió al respecto:

Estamos de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente de que la utilización de un medio accesible y abierto como es el blog, al que puede acceder cualquier persona ajena, implica la voluntad de difundir o publicar su contenido por parte de quien lo promueve o utiliza. La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido.⁸

No obstante, una situación volcó el juicio a favor del trabajador. La falta de comentarios de forma directa en contra de la empresa o sus representantes, o en contra de compañeros de trabajo, indujo al tribunal a fallar a favor del empleado:

Los escritos imputados como vejatorio e insultantes no se refieren de forma clara a ningún directivo ni trabajador o compañero, ni siquiera se cita el nombre de la empresa recurrente. Las expresiones descalificadoras son escritas de forma general y por tanto no podemos entender que constituyan ofensas e insultos dirigidos de forma concreta a la empresa, los directivos o los trabajadores, tal como requiere la tipificación de la falta disciplinaria contemplada en el artículo núm. 54 del Estatuto de los Trabajadores (RD. Legislativo 1 / 1995), aunque la recurrente se considere razonablemente al aludida como empleadora del trabajador cuando trata temas laborales en la forma transcrita⁹.

I. SENTENCIA 2300/2010 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA. SALA DE LO SOCIAL

El siguiente fallo n.º 2300/2010, también del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, analiza de forma más profunda el derecho a la libertad de expresión establecido en la Constitución española, versus las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo y de la relación laboral. En este caso concreto, el tribunal estableció:

7. La Sala està d'acord amb els arguments de l'empresa recurrent de què a través d'un blog informàtic personal un treballador, també des del seu domicili, pot incórrer en faltes disciplinàries laborals si, a través d'aquesta forma escrita, pública i oberta, insulta i tracta de forma vexatòria, clara i explícita, directius o companys de treball o la seva empresa ocupadora. Efectivament el dret fonamental a la llibertat d'expressió no és absolut i queda limitat per l'exercici d'altres drets fonamentals, també en l'àmbit de l'empresa.
8. Estem d'acord amb els arguments de l'empresa recurrent de què la utilització d'un mitjà accessible i obert com és el blog, al qual pot accedir qualsevol persona aliena, implica la voluntat de difondre o publicar el seu contingut per part de qui el promou o utilitza. La Web-blog no va dirigida a cap persona en concret i comporta que qualsevol persona hi tingui accés, perquè és un espai obert, de manera que es renuncia a la privacitat del seu contingut.
9. "Els escrits imputats com a vexatòris i insultants no es refereixen de forma clara a cap directiu ni treballador o company, ni tan sols es cita el nom de l'empresa recurrent. Les expressions desqualificadores són escrites de forma general i per tant no podem entendre que constitueixin ofenses i insults dirigits de forma concreta a l'empresa, els directius o els treballadors, tal com requereix la tipificació de la falta disciplinària contemplada en l'article núm. 54 de l'Estatut dels Treballadors (RD. Legislatiu 1/1995), encara que la recurrent es consideri raonablement al ludida com a ocupadora del treballador quan tracta temes laborals en la forma transcrita".

Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE no esté sometido a límites derivados de la propia relación laboral, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de Derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo, necesariamente en el ámbito de dicha relación, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (TCSS 120/1985, 6/1988, 126/1990 y 4/1996), aunque ello no supone, ciertamente, la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial (TCSS 120/1983, 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 134/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996 y 186/1996). En este sentido, es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial (TCS 99/1994, antes citada)». En este caso ya se ha dicho que el trabajador vinculado laboralmente con el Ayuntamiento demandado publicó una serie de opiniones e imputaciones dirigidas al consistorio que si bien pueden tener un trasfondo político exceden sin duda de lo constitucionalmente permisible.

El tribunal estimó procedente el despido del trabajador, revirtiendo la sentencia de primera instancia, con base en los comentarios que él mismo publicó en su blog personal:

Lo expuesto y razonado supone pues la estimación del recurso exclusivamente por la actuación señalada en relación con el **blog** personal a que venimos aludiendo y ello comporta la declaración de procedencia del despido del actor acordado por el Ayuntamiento demandado.

4. Sobre el Derecho a la Privacidad

Actualmente en Costa Rica no existe jurisprudencia sobre casos similares a estos, y de los cuales se pueda obtener una línea de pensamiento, como sí la hay en otros países.

Sin embargo, a partir de criterios de la Sala Constitucional y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, podemos ir formando una idea que ilumina el camino. Por un lado, la Sala Constitucional ha desarrollado su pensamiento en relación con el derecho a la intimidad del ser humano en general. Por otra parte, la Sala Segunda ha profundizado en el concepto de la intimidad del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales. Ambos criterios, precisamente, nos permiten forjar una idea de cómo tratar situaciones donde un colaborador expresa opiniones, comentarios o hechos en alguna red social que podrían ser tomados como una causal de despido.

a) ¿Qué es privado y qué no es privado?

Además del derecho a comentar sobre las condiciones laborales, uno de los puntos fundamentales del tema acá estudiado resulta ser qué puede considerarse como parte del ámbito privado de la vida de la persona trabajadora, y qué no debe considerarse como privado.

Si bien es cierto, muchas de las redes sociales tienen niveles de privacidad, permitiendo a sus usuarios y usuarias controlar quién puede o no leer lo que se publica en ellas, lo cierto del caso es que también estas redes contienen en sus formatos, aplicaciones que permiten la comunicación entre las personas usuarias de manera absolutamente privada.

Esto quiere decir que, dentro de las comunicaciones que pueden realizarse, la persona usuaria puede escoger que el mensaje sea observado por la totalidad de sus “amigos” virtuales o que el mensaje sea leído solo por una o varias personas determinadas que no estén relacionadas del todo con su ambiente laboral.

El derecho a la intimidad tiene como pilar fundamental el deseo de que la información de esa persona no sea divulgada, y cuando esta es publicada para que una cantidad de personas la vean, se está renunciando en realidad a este derecho, y las consecuencias legales de tales manifestaciones pueden ser negativas para su remitente.

En este sentido, en el voto n.º **2008-017086** de las diez horas y once minutos del catorce de noviembre de dos mil ocho, la Sala Constitucional señaló concretamente:

*El derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos, tal y como lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia esta Sala. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, **a menos que esa misma persona asiente a ese conocimiento**. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también pueda ser lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados en ese ámbito. (El énfasis es suplido).*

De este modo, y desde nuestro punto de vista, considerando que al realizar manifestaciones o “publicaciones” en una red social, estas tienen un carácter de cierta publicidad, **lo ahí exteriorizado o publicado no puede verse cobijado por el derecho a la intimidad y podría estar sujeto a sanciones disciplinarias.**

a) SITUACIÓN ACTUAL DE COSTA RICA EN CUANTO A LA INTIMIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA

En su voto **2011-000172** de las once horas cinco minutos del dieciocho de febrero de dos mil once, la Sala Segunda reafirma un claro límite entre el poder de dirección que un empleador puede tener y los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad que la persona trabajadora tiene. Así, establece que debe ejercerse este poder patronal de manera afín a las garantías fundamentales de la persona trabajadora.

No obstante, resulta fundamental observar cómo la misma Sala establece un portillo donde es válido el control patronal sobre la esfera privada de la persona trabajadora, y citando un voto precedente (**voto 2010-0124 de las 10:00 horas del 22 de enero de 2010**), este tribunal estableció:

*En este orden de ideas, el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un óbice para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador a abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. **Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas.** (El énfasis es suplido).*

Como es posible observar del extracto resaltado, la Sala Segunda ha dejado muy claro lo siguiente: cuando la conducta del trabajador choque frontalmente con sus labores, aun cuando se encuentre dentro de los límites de su privacidad, su patrono puede tomar las medidas que considere pertinentes.

5. Causal de Despido y Principio de Proporcionalidad

Ahora bien, una vez que hemos establecido la posibilidad de que este comportamiento justifique una sanción disciplinaria, debemos analizar si es posible establecer una sanción como el despido, en este tipo de casos.

Como uno de los límites al poder disciplinario, el llamado principio de proporcionalidad se levanta. Tal principio establece un necesario *equilibrium*¹⁰, entre la sanción aplicada y el hecho que generó esta sanción. El despido sanción o despido sin responsabilidad patronal ha sido denominado la *ultima ratio* en el derecho laboral, motivo por el cual su aplicación nunca debe darse a la ligera, y de proceder con este, debe hacerse porque así la conducta de la persona trabajadora lo ameritó.

Desde nuestro punto de vista, los incisos c), e), f) y l) nos presentan hipótesis que permiten el despido sanción en estas situaciones, según las determinadas circunstancias del caso. Pero por motivos de precisión, se analizarán las hipótesis de los incisos c) y l).

Estos incisos indican respectivamente:

Artículo 81.- *Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:*

c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;

l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

10. Carro, C. (1992). Las justas causas del Despido en el Código de Trabajo y Jurisprudencia. San José: Editorial Juritexto.

Con base en estas causales, es necesario entender que debe realizarse el justo despido tomando en cuenta las particularidades que las redes sociales otorgan. Por lo tanto, una serie de elementos entran a esta balanza, en aras de determinar la proporcionalidad del despido:

1) Vinculación directa entre lo publicado y su autor

No escapa a la redacción de este artículo el hecho de que siempre podrá existir como argumentación de defensa que los comentarios publicados no fueron realizados por la persona trabajadora.

Es criterio de quienes escriben que en el mundo actual donde vivimos, en el cual todo lo que nos rodea tiene su lado tecnológico, los seres humanos nos hemos acostumbrado a vivir con la existencia de claves o *passwords* de seguridad que nos dan la posibilidad de manejar de forma individual y absoluta –si se decide de esta manera– ciertos aspectos de nuestras vidas (por ejemplo: cuentas bancarias, correos electrónicos, inclusive el acceso a nuestros teléfonos celulares).

El inicio de sesiones de las redes sociales funciona con este sistema de claves, ya que uno de los objetivos de estas es que las comunicaciones que se publican en ellas sean manifestaciones directas de quien ostenta la única clave que permite el ingreso a la cuenta, es decir, su usuario.

Desde nuestro punto de vista, en virtud de esta presunción, el *onus probandi* de la persona trabajadora será desvirtuar su autoría en cuanto a la publicación de comentarios en su red social.

2) El número de gente que se puede haber enterado de los comentarios por publicidad en la red social

De la lectura, tanto del inciso c) como en el inciso l), es fácil discernir que la causal no establece si mucha o poca gente se enteró de los comentarios realizados. No obstante, tomando como base lo planteado en el caso ***Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union*** supra citado, debemos realizar una aproximación de fondo.

Si bien es cierto, las redes sociales son espacios mediante los cuales la información puede circular de forma pública, nuestra opinión es que existe la necesidad también de tomar en cuenta la cantidad de personas, quienes podrían haberse enterado de los comentarios realizados.

Cabe destacar que tanto las características de la red social, las configuraciones de privacidad y la cantidad de “amigos” virtuales que el autor o la autora de los comentarios mantenga son aspectos esenciales, en vista de realizar un análisis de la proporcionalidad del hecho con la sanción.

En síntesis, no será lo mismo que dos personas se enteren de comentarios realizados por la persona trabajadora, a que cien personas usuarias de la red social lo hagan, claro, tomando en consideración los aspectos casuísticos de la situación.

3) Veracidad y magnitud de lo publicado

Debemos tomar en cuenta, dependiendo de las circunstancias del caso, que aun cuando se realicen divulgaciones de cierta índole a nivel público, con base en el voto 2010-1031 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la veracidad de los comentarios emitidos debería ser analizada. Esta cámara expresó, en un estudio de la manifestación de un trabajador de ciertos hechos a un diario de circulación nacional, como causal de despido:

No cabe duda que lo denunciado por el trabajador [...] ante el periódico La Extra en cuanto a los rebajos del salario no era un hecho falso, sino que en realidad, la empresa accionada procedía de manera ilegal. En la contestación de la demanda, la empresa alegó que el actuar del recurrente violentó el principio de buena fe presente en el contrato de trabajo, pues se apersonó a un centro noticioso y mintió, pero, lo cierto del caso es que los hechos denunciados estaban ocurriendo. Cabe mencionar que los mecanismos normales y legalmente autorizados por el ordenamiento jurídico para el reclamo de los derechos laborales lo constituyen la instancia administrativa, a través de la respectiva denuncia ante la Inspección General de Trabajo; o bien, directamente la judicial. Sin embargo, debido al hecho público y notorio de la morosidad que enfrentan los procesos judiciales, es razonable entender que los trabajadores o trabajadoras, ante una violación flagrante de un derecho fundamental como es el salario, tal y como sucedía en este caso, recurra a otros mecanismos también legales que a manera de un medio de presión, le permitan acceder al reconocimiento de ese derecho. Esa fue la finalidad inserta en la noticia periodística del 17 de junio de 2005 publicada por el diario La Extra (folio 107).

Por otro lado, la magnitud o gravedad de los comentarios también debería ser analizada, puesto que dependerá de estos y del impacto que causen, la determinación de la pérdida de armonía y convivencia, necesaria en toda relación laboral que se menciona en el inciso c).

Asimismo, a nuestro juicio, y según la jurisprudencia de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional, la magnitud de los comentarios debe analizarse en aras de establecer si el daño causado tendrá como efecto la imposibilidad de continuidad de la relación laboral que se necesita para la aplicación del inciso l).

4) Que los comentarios sean dirigidos de manera absoluta al patrono o compañeros de trabajo.

Tomando en consideración los fallos de la Sala de lo Social de la región de **Cataluña, España, es importante comprobar que los comentarios publicados sean a su vez dirigidos (directa o indirectamente) al patrono o compañeros de trabajo, y no por el contrario, que sean comentarios realizados de forma general o correspondientes a circunstancias que no atañen al ámbito laboral de ninguna forma.**

Si en alguno de estos casos, no es posible relacionar los comentarios con el patrono o compañeros de trabajo, la justa causa se verá diluida y se podría incurrir en un despido sin justificación.

6. Conclusiones

Como bien el lector o la lectora podrá haber analizado, el despido como la sanción a establecer por publicaciones realizadas en las redes sociales no es un procedimiento que sea de sencilla aplicación. En ella una gran diversidad de factores juegan y, sin duda alguna, deben ser tomados en cuenta, antes de tomar cualquier determinación al respecto. Lo cierto del caso es que el derecho laboral no puede quedarse atrás de los avances tecnológicos y debe ir de forma paralela a estos.

El análisis realizado en este artículo pretende iluminar el camino, tanto para los operadores jurídicos en el ámbito privado, como el judicial. No obstante, se entiende que queda mucho camino por recorrer, en cuanto a la vida de las redes sociales y su vínculo con las relaciones obrero-patronales, y las demás relaciones jurídicas en general.

Esperamos ansiosamente que las resoluciones judiciales se realicen en este sentido, no solo a nivel internacional, sino también **a nivel interno, en aras de construir una línea jurisprudencial concreta, estable y en consonancia con los principios del Código de Trabajo y la realidad tecnológica actual en la que vivimos.**

Innovación y formación judicial

Marvin Carvajal Pérez¹

Justicia y legitimidad

La legitimidad del Estado, así como de las instituciones públicas que lo conforman, constituye un tema permanente de atención por parte de las propias agencias oficiales, así como de quienes estudian los fenómenos sociales desde el punto de vista jurídico, sociológico o político.

La pérdida de legitimidad de una institución puede llevar a su decadencia e, incluso, a su desaparición. Si nos encontramos ante un instituto de corte autoritario o que de alguna forma desfavorece la seguridad y bienestar de los y las habitantes, esa exclusión será beneficiosa, pues abrirá la posibilidad de evolucionar hacia modelos asociativos más inclusivos y comprometidos con las personas. En cambio, si la organización en cuestión es esencial para la vida democrática, está destinada a proteger a la persona frente a la arbitrariedad y a impedir el uso de la violencia social. Entonces su supresión importará el riesgo de que sea sustituida por alternativas menos afines al sistema político republicano y moderado.

Tal es el caso de la justicia, función creada para asegurar a las personas el disfrute de todos sus derechos fundamentales, la defensa de sus intereses frente al Estado y frente a otras personas. En un Estado de derecho, la función jurisdiccional atenúa la arbitrariedad de quienes detentan el poder, coadyuva en forma relevante a la armoniosa convivencia social y evita que se utilicen medios violentos de solución de los conflictos interpersonales.

La pérdida de legitimación de la justicia acarrea riesgos de gran envergadura. Fomenta el empleo de medios poco adecuados de solución de controversias, incrementa el poder político real de las agencias públicas y de las grandes corporaciones privadas y afecta el clima de seguridad y estabilidad. En fin, abre paso a la configuración de un orden social autoritario, excluyente e inseguro. Desaparece la más importante garantía creada para la defensa de la dignidad e integridad de la persona humana: el proceso jurisdiccional, tal y como hoy lo conocemos.

Crisis de legitimidad

Las sociedades actuales enfrentan una aguda crisis de legitimidad en la Administración de Justicia. Este fenómeno es común en diversos Estados, caracterizados por diferentes niveles de riqueza y desarrollo humano, distintos grados de institucionalidad, diferentes modelos de construcción y aplicación del derecho, entre otros.

¹ Director de la Escuela Judicial Licenciado Édgar Cervantes Villalta de Costa Rica

Las personas se cuestionan cada vez más el papel de la justicia y su utilidad como herramientas para su protección y la de sus derechos e intereses. Esta visión crítica de la justicia no es un mal en sí misma; puede incluso reflejar un determinado grado de madurez política en las sociedades. No obstante, las consecuencias de no actuar frente a tales demandas ciudadanas pueden ser devastadoras para el Estado democrático de derecho.

Las posibles causas de este fenómeno son varias. Por un lado, el Estado como tal y sus instituciones han perdido mucho de su prestigio. Los parlamentos, los gobiernos centrales y locales, entre otros, han sido fuertemente afectados en su legitimidad por diversas razones. La falta de eficacia, la burocratización excesiva de los procesos, los casos de corrupción en todos los niveles jerárquicos, partidos políticos meramente fisiológicos y unidos a grupos privados de presión, la desatención de las demandas de las personas y la falta de transparencia son algunos de los factores que han incidido para que el cuerpo social haya perdido mucha de su fe en las instituciones democráticas.

Lo anterior ha incluso favorecido el resurgimiento de gobiernos fuertes en diversas regiones, normalmente ubicados en los extremos del pensamiento político y con un interés cada vez menor en garantizar en forma plena el disfrute de los derechos fundamentales de las personas.

En el campo de la justicia, las personas reclaman por la existencia de servicios lentos y deficientes, de órganos jurisdiccionales mal organizados, de jueces y juezas con una deficiente preparación y divorciados de la realidad nacional. En buena medida, las personas estiman que la justicia no atiende sus necesidades o que al menos lo hace de forma muy deficiente.

Si bien en toda sociedad pueden existir grupos o personas interesados en deteriorar la imagen de la justicia, coyuntural o estructuralmente, lo cierto es que la situación actual de desprestigio de la justicia obliga al órgano a hacer un detenido y honesto autoexamen, de modo que sea posible determinar en cuáles aspectos los clamores populares encierran una realidad de falta de efectividad, de probidad o de pertinencia de los servicios que la Administración de Justicia presta.

“Autismo” judicial frente a la crisis

Muy al contrario de lo que se acaba de proponer, la reacción normal de los órganos jurisdiccionales frente a la pérdida de legitimidad sufrida ha sido el encierro en sí mismos, el establecimiento de una “barrera protectora” que evite el contacto con los reclamos y las reivindicaciones populares. Es lo que en algunos medios se ha denominado el “autismo” de la justicia, una brecha artificial que separa a la justicia de los ciudadanos y las ciudadanas, la cual impide crear ambientes adecuados de transparencia y control.

Con frecuencia, los jueces y las juezas (en todos sus niveles, incluidas las Cortes Supremas) han apostado por la artificiosa y arrogante presunción de que la “sentencia se defiende por sí misma”, eludiendo así el deber del Estado, en cualquiera de sus agencias, de responder ante el soberano (el pueblo) acerca de la gestión que este le ha encomendado realizar.

De mantenerse esta situación, la justicia pierde una valiosa oportunidad de renovarse y mejorar, al tiempo que condena a las personas a tener que admitir (o soportar) que los servicios públicos que reciben en este campo son deficitarios y no llenan las expectativas del cuerpo social.

Respuesta a la crisis. Formación judicial

La atención de los problemas que en una sociedad generan esta crisis de legitimidad en la justicia implica una amplia variedad de acciones. La simplificación en los procesos jurisdiccionales, el mejoramiento de las estrategias idóneas de administración, los sistemas de gestión de calidad, el perfeccionamiento de los modelos de selección y el ascenso de los jueces y las juezas, el establecimiento de formas adecuadas de evaluación del desempeño, el uso máximo de las tecnologías de la información y comunicación, entre otros, pueden generar cambios de gran relevancia en la calidad del servicio que se presta, lo que en principio debería repercutir en mejoras en la percepción ciudadana y el consecuente incremento de la legitimidad.

En adición a las estrategias mencionadas, existe otro grupo de ellas con potencial de generar un impacto significativo y duradero en la calidad del servicio, así como en la legitimidad del sistema. Se trata del campo de la formación y capacitación judiciales que debe evolucionar –de una vez por todas– de los tradicionales métodos academicistas hacia vías adecuadas y sostenibles para el desarrollo e incremento de las competencias profesionales necesarias para el ejercicio de la judicatura.

La acción de las Escuelas Judiciales en este campo consiste en generar procesos de formación y capacitación capaces de desarrollar (o mejorar) las aptitudes de los individuos que conforman el colegio, en aquellos campos considerados prioritarios para el ejercicio adecuado, eficaz y democrático de la función jurisdiccional. La formación debe estar destinada a lograr que la persona mejore sustancialmente sus conocimientos, habilidades, destrezas, valores y actitudes frente a la alta función que desempeña o desempeñará.

Si en una sociedad existe un déficit en la formación jurídica universitaria, la Escuela Judicial no es el órgano llamado a suplir tales deficiencias. Los procesos de selección deberían discriminar adecuadamente en tales aspectos. Lo que la formación judicial debe propiciar es que las personas mejoren en aquellos aspectos que directamente atañen a su función. Se requieren mejoras relacionadas con la capacidad para dictar resoluciones de calidad y en plazos oportunos, para gestionar adecuadamente sus despachos, para lograr que la atención que las personas usuarias reciben sea humana y justa, con el fin de que los valores éticos que inspiran a la corporación se vean reflejados en todas y cada una de sus actuaciones.

Conciencia del papel político de la justicia

La justicia no es una función neutra, encargada simplemente de hacer cumplir ciegamente el mandato del legislador. Muy al contrario, se trata de una actividad creadora del derecho, transformadora de la realidad jurídica y con alta incidencia en las esferas social, económica y política.

Desde esa perspectiva, la formación judicial, tanto la de ingreso como la continuada, debe partir de dicha realidad y considerarla en sus planes de estudio, metodologías didácticas y estrategias de aprendizaje.

El juez y la jueza deben comprender con claridad que la acción de la justicia tiene una incidencia directa en la realidad del Estado, de la comunidad, de la familia. Las decisiones jurisdiccionales juegan un papel protagónico en la conformación de la realidad social, de la cual se nutren. Se les debe formar, por ende, potenciando el conocimiento real de los alcances de su función, así como entrenando técnicas para la previsión estratégica.

En su formación, las y los aspirantes a la Judicatura deben ser sometidos a situaciones de estrés controlado, las cuales les permitan desarrollar las competencias necesarias para actuar en forma eficaz en sus nuevos papeles de jueza y juez transformadores de la realidad, de jueza y juez defensores del Estado de derecho y garantes de la seguridad y la libertad de todas las personas.

Transparencia en la actuación jurisdiccional

La legitimidad de la justicia pasa, en buena medida, por su transparencia y apertura al escrutinio ciudadano. Además de las medidas que los órganos jerárquicos deben adoptar para difundir al máximo los procedimientos y resultados de la actuación de la Judicatura, ahora fuertemente respaldados por los medios tecnológicos a su alcance, las Escuelas Judiciales deben trabajar intensamente para desarrollar y consolidar, en las juezas, los jueces y las personas aspirantes a la Carrera Judicial, un estilo de trabajo plenamente acorde con la apertura y la rendición de cuentas.

Desde la formación inicial, las personas deben ser concienciadas acerca de su deber como detentadoras de una potestad delegada por el pueblo soberano, para dar razón de sus actuaciones y mantener una sana y constructiva comunicación con las personas usuarias de sus servicios, los medios de comunicación y la sociedad civil.

La sentencia no se debe defender por sí misma. La persona juzgadora debe estar en la capacidad de discernir adecuadamente acerca de los alcances de este deber de comunicación y transparencia. En su formación, especialmente en aquella de ingreso a la Judicatura, se debe motivar fuertemente al y a la aspirante para permitir un amplio acceso ciudadano a sus decisiones y actuaciones. Asimismo, se les debe preparar para la comunicación efectiva y asertiva con las personas usuarias del sistema, con los demás órganos del Estado y con los medios periodísticos.

El Poder Judicial no puede evitar que la prensa difunda una noticia acerca de un grave error jurisdiccional. Es evidente que lo primero que debe hacer es evitar que se cometa ese tipo de errores en perjuicio de la justicia. No es menos importante que la institución se asegure de que la información a la que los medios masivos tendrán acceso sea veraz, exacta, y de que la corporación, a través de sus principales agentes (los jueces y las juezas) pueda dar las explicaciones requeridas para solventar malos entendidos y demostrar la validez de sus actuaciones o bien reconocer sus errores e informar acerca de las medidas adoptadas para solventar los problemas detectados.

Formación para la mejora del servicio público

El tercer elemento que se desea resaltar es el que atañe a la noción de justicia como un servicio público y no como un poder del Estado, visión tradicional heredada de la Revolución Francesa y de gran utilidad para asegurar independencia y majestad al Poder Judicial; pero que ha generado la idea de una función que está por encima de sus usuarios y usuarias y no de una actividad que por entero se debe a estos y estas.

En una visión de justicia como servicio público, es claro que la figura principal, la razón de ser de dicha función, es la persona usuaria de sus servicios. Aspectos tales como la organización del despacho, la disposición de la infraestructura e, incluso, la forma como se resuelve varían fuertemente si se considera a las personas como centro de la actividad jurisdiccional.

En sus procesos de formación, las Escuelas Judiciales deben propiciar estrategias de enseñanza/aprendizaje que creen en los jueces y las juezas una convicción clara (incluso desde el punto de vista ideológico) acerca de la necesidad de tener siempre a la persona como centro y base del servicio jurisdiccional. Se debe acentuar la adquisición de conocimientos acerca de las necesidades especiales de ciertos grupos (personas portadoras de discapacidad, menores, etc.), así como el desarrollo de habilidades destinadas a garantizar a las personas un trato humano, eficiente y horizontal. Finalmente, se deben potenciar las actitudes y valores tendientes a generar una justicia democrática e inclusiva.

Para el logro de estos objetivos, las estrategias pedagógicas deben enfrentar a las personas aspirantes con una variedad de necesidades e intereses de diferentes personas o grupos, así como establecer formas de encontrar soluciones adecuadas a estas, en un marco de respeto. El uso de recursos audiovisuales es altamente recomendado, pues permite recrear situaciones similares a las que la persona puede enfrentar en el desempeño diario de su función, y que importan la toma de decisiones a favor de una justicia horizontal, accesible e inclusiva.

La relación de este acápite con el de la ética en el ejercicio de la función jurisdiccional es innegable. La preparación del juez y la jueza para el enfrentamiento a diversos dilemas éticos incide directamente en otro aspecto de su legitimidad, como es la probidad, el cual deriva en una forma más de respeto a la dignidad de las personas que intervienen en el proceso jurisdiccional.

Papel de la ética en la formación judicial

La formación de quienes aspiran a la Judicatura y de quienes pertenecen a ella debe estar dirigida a desarrollar actitudes y valores coincidentes con los basamentos axiológicos de una justicia proba y comprometida con la persona. Si bien el campo de la ética es el de la libertad de decidir y actuar con base en dicha decisión, no cabe duda de que la convivencia humana genera determinados valores comunes que, en el campo de la actuación jurisdiccional, se reflejan en convicciones compartidas, cuya atención es esencial por parte de todo juez y toda jueza.

La simple impartición de cursos específicos en los Poderes Judiciales relativos a temas éticos ha demostrado una efectividad muy limitada. En cambio, la transversalización de los componentes axiológicos en todos los procesos de formación y capacitación tiene un alto potencial transformador

de la conducta de las personas y, lo que es más importante, de la forma de pensar de estas frente al dilema ético.

Los objetivos pedagógicos y las estrategias metodológicas deben estar vinculados directamente al reforzamiento de una cultura apegada a los valores institucionales, nacionales y universales. Se busca que el Poder Judicial lleve a cabo una gestión ética de su elevada función, caracterizada por la asunción de responsabilidades en cada uno de los componentes de la organización, con respecto a sus deberes éticos para con el grupo y, más especialmente, con la sociedad.

Para el adecuado desarrollo de estas consecuencias, se recomienda el uso del método de casos, así como del enfoque constructivista, tendientes a lograr un auto empoderamiento por parte de la persona discente. También los ejercicios colaborativos, así como el uso de simulaciones en formato audiovisual resultan de gran utilidad, los cuales, enfrentan a la persona a diversas situaciones límite y le permitan decidir libremente acerca de las más acordes con el fundamento axiológico institucional.

Formación por competencias

Las múltiples transformaciones que han tenido lugar en el mundo a lo largo de las últimas décadas han provocado cambios fundamentales en las condiciones de vida de las sociedades. Las modificaciones en la esfera de la producción, el desarrollo científico y tecnológico, la globalización y el valor del conocimiento expresan procesos sumamente complejos que generan tendencias diversas. La educación y la capacitación profesional no han sido la excepción, ya que también están experimentando cambios importantes.

Entre los factores que han producido este ambiente de cambio, se incluyen la toma de conciencia de los retos que implica una economía globalizada y la competencia internacional. Entre los requisitos para lograr una economía que responda a las exigencias mundiales, se incluye una fuerza laboral calificada y flexible que se caracteriza por una gran productividad y por la capacidad de satisfacer las necesidades de un mercado en proceso de cambio.

De este modo, se presenta la necesidad de “relacionar de una manera más efectiva la educación con el mundo del trabajo, lo que conduce al sector oficial a promover la implementación de las opciones educativas basadas en los denominados modelos por competencias”, por lo que se plantea como de mayor relevancia poseer competencias para la solución de problemas específicos que tener una preparación en lo abstracto, sin la posibilidad de contar con expectativas para solucionarlos.

Existen diferentes aproximaciones conceptuales respecto al tema de las competencias. Un concepto generalmente aceptado la define como una capacidad efectiva para llevar a cabo exitosamente una actividad plenamente identificada, y debe tener claro que la competencia no es una probabilidad de éxito en la ejecución de un trabajo, sino que es una capacidad real y demostrada en la ejecución de ese trabajo. La competencia profesional permite a la persona funcionaria del Poder Judicial enfrentar diversas situaciones propias de su campo laboral y lograr un desempeño idóneo. Para lo cual, es clave que pueda coordinar las habilidades y destrezas buscando recombinarlas, así como las actitudes y conocimientos previos, los cuales la llevan a desaprender para reaprender y, de esta forma, tratar con situaciones nuevas.

Este enfoque de competencias profesionales en el ámbito educativo se presenta con el propósito de optimizar la preparación profesional en distintas disciplinas, para que la incorporación al ambiente laboral sea consecuente con las necesidades que se presentan. Estas se detectan mediante estudios e investigaciones, considerando así que la competencia se refiere a las funciones, tareas y roles de un o una profesional, las cuales le permiten desarrollar de forma idónea su puesto de trabajo y son resultado y objeto de un proceso de capacitación y cualificación que señala que la persona “es capaz de” o “está capacitada para”.

De las capacidades disponibles de la persona, sean cognitivas, procedimentales o actitudinales, en una acción combinada de ellas, puede obtener, gracias a la flexibilidad y adaptabilidad, la solución o respuesta apropiada para la situación a la que se enfrenta, lo que conduce a la noción de competencia relacional que reúne factores de las habilidades de las personas y las tareas que tienen en determinadas situaciones. Estos aspectos conforman el enfoque holístico, por cuanto integran y relacionan atributos y tareas, lo que permite que ocurran varias acciones simultáneamente y toma en cuenta el contexto y la cultura del lugar de trabajo donde ocurre la acción, así como los valores y actitudes de quien actúa, relacionando el accionar con el desempeño real.

El análisis funcional es la base para la elaboración de las normas de competencia. “Una norma de competencia es una expectativa de desempeño en el lugar de trabajo, contra la cual es posible comparar un comportamiento observado”. De esta forma, se puede afirmar que la norma es un modelo que permite establecer si un o una profesional es competente o no, constituye un lenguaje común para vincular la capacitación y el perfil que se tiene como objetivo, y permite además la integración de las diversas formas de aprendizaje. Se trata de un sistema objetivo, independiente y universalmente aplicable, ya que provee un estándar uniforme que permite evaluar las competencias obtenidas por las personas.

De esta manera, la integración de una norma de competencia en sus diferentes componentes –las unidades de competencia, los elementos, las evidencias de desempeño, los criterios de desempeño, el campo de aplicación, las evidencias de conocimiento y las guías para la evaluación– es, a su vez, la base para la elaboración de los currículos de formación basados en competencias, donde los componentes son los elementos que constituyen y dan expresión a la competencia, y se precisan en términos de la calidad con que deben lograrse, las evidencias de que fueron obtenidos, el campo de aplicación y los conocimientos requeridos.

Se trata, por tanto, de tres grandes dominios a demostrar:

1. Dominio cognoscitivo que se refiere al aprender a conocer, aprender a aprender, ejercitando la atención, la memoria y el pensamiento.
2. Dominio procedimental que se dirige hacia el aprender a hacer a fin de adquirir no solo una calificación profesional, sino también, más generalmente, una competencia que capacite al individuo para hacer frente a gran número de situaciones y trabajar en equipo aplicando los conocimientos.

3. Dominio actitudinal referido al aprender a convivir, a ser, desarrollando la comprensión hacia la otra persona y la percepción de las formas de interdependencia donde se respetan los valores de pluralismo, la comprensión mutua y la paz.

Al lado de estos dominios, se encuentran el ámbito de desempeño así como los criterios de desempeño, aspectos que conforman igualmente los componentes de las competencias y se refieren a la actuación de la persona dentro de un puesto laboral determinado.

Formación por competencias en la Escuela Judicial de Costa Rica

La Escuela Judicial Licenciado Édgar Cervantes Villalta es la institución encargada, en Costa Rica, de la formación y capacitación de quienes ejercen la función jurisdiccional. Desde hace más de tres décadas, dirige los procesos académicos tendientes a mejorar la calidad de la justicia en Costa Rica, además lidera diversos procesos regionales en el ámbito centroamericano e iberoamericano en el campo de la formación judicial.

Desde hace algunos años, la Escuela Judicial ha adoptado el enfoque por competencias como base esencial de su metodología de enseñanza. Para ello, ha puesto en práctica diversas estrategias tendientes a asegurar el paso hacia este nuevo paradigma formativo, entre ellas las que se mencionan a continuación.

A) Selección y formación del cuerpo docente

Para lograr un giro copernicano como el que se pretende en el funcionamiento de la justicia, es necesario contar con facilitadoras y facilitadores capaces de llevar adelante un proyecto formativo no tradicional. Para ello, se ha optado por seleccionar un cuerpo docente a partir del cumplimiento de un determinado perfil. Quien enseñe en la Escuela Judicial a los jueces y las juezas a actuar en forma eficiente y proba debe haber demostrado tales cualidades en la diaria función. Debe contar con habilidades para la docencia de personas adultas, en especial para el desarrollo de metodologías innovadoras de poco uso en los centros universitarios, donde probablemente radica su mayor experiencia en el campo de la enseñanza.

Una vez seleccionadas las personas que conformarán su nómina docente, la Escuela Judicial se encarga de capacitarlas en cuatro aspectos esenciales: formación por competencias, ética y valores, igualdad de género e inteligencia emocional. Su desempeño es evaluado periódicamente, con la intención de determinar si en los módulos a su cargo, se utilizan efectivamente el enfoque por competencias y las políticas institucionales en materias de no discriminación, justicia democrática, entre otros.

a) Diagnóstico de necesidades formativas

Para desarrollar sus programas de amplio espectro, la Escuela Judicial lleva a cabo diagnósticos de necesidades de formación donde participan diversos actores, tales como los y las integrantes de la Suprema Corte, los jueces y las juezas, así como los y las representantes de los sectores del litigio privado, la academia y las personas usuarias de los servicios judiciales.

Tales diagnósticos parten del análisis de las actuaciones judiciales y sus problemas más frecuentes, de los estudios de opinión acerca de la calidad de la justicia, de las opiniones de especialistas y actores del sistema acerca de las principales debilidades que se observan en la función jurisdiccional. Se analizan, asimismo, las experiencias exitosas en otras latitudes en el campo de la formación judicial.

Con la información recabada, se determinan cuáles son las principales áreas de acción de la Escuela Judicial para la atención de los problemas encontrados y se elabora un macrodiseño.

b) Macrodiseño por competencias

La información arrojada por el diagnóstico permite determinar un “mapa funcional” del cargo, el cual nos ilustrará con claridad en qué consiste, concretamente, la función acerca de la que se pretende formar. El mapa permite determinar cuáles son las grandes áreas de desempeño del juez o de la jueza, así como las unidades y elementos de competencia que requerirá para llevar adelante dicha función en forma eficaz. De ahí se pueden determinar cuáles conocimientos (saberes), destrezas y habilidades (saberes hacer), valores y actitudes (saberes ser) debe tener la persona juzgadora para desarrollar su función con calidad y en apego al Estado de derecho.

Esta información conduce a la determinación de las competencias que en forma prioritaria deberán ser desarrolladas, lo que permite determinar los grandes objetivos que la formación tendrá, así como las áreas temáticas en las que se centrará. Esta malla curricular deberá reflejar una alta dosis de integración entre sus diferentes componentes; las competencias se superponen, pues no son sino rutas que conducen a un objetivo común: la excelencia en la Administración de Justicia.

c) Microdiseño por competencias

Una vez que la Escuela Judicial haya determinado los objetivos esenciales del proceso formativo, se basa en dicha información para diseñar los diferentes módulos o talleres que conformarán sus programas. De los objetivos se derivarán los contenidos temáticos a tratar, las estrategias metodológicas a ser empleadas, los recursos escritos, audiovisuales y tecnológicos que se emplearán, las formas de evaluación y, finalmente, las evidencias de desempeño que permitan demostrar la efectividad del proceso formativo.

Se da énfasis al trabajo colaborativo, a la propia construcción de los conocimientos, al empleo del método de casos y del método clínico, al saber interdisciplinario y a la visión de una justicia comprometida con la democracia. Las tecnologías de la información y la comunicación son esenciales para el logro de esta meta, pues permiten formas novedosas y originales de trabajo colaborativo, por medio de recursos tales como los foros virtuales, las videoconferencias y los *wikis*, entre otros.

d) Evaluación del impacto de la formación

Finalmente, se analiza el impacto real que la formación ha tenido en el desarrollo de las competencias pretendidas. Las evidencias de desempeño finales deben demostrar si el proceso formativo ha cumplido su función en el campo del saber, del saber hacer y del saber ser. Con la información recabada, se toman decisiones para el mejoramiento de los procesos formativos. Estos datos, a su vez, pueden ser de gran utilidad para la toma de decisiones en el campo de la política judicial y legislativa.

En síntesis, una formación exitosa es solamente aquella que redunde en un cambio cualitativo en la Administración de Justicia que acerque dicha función de su papel principal como garante de los derechos de las personas; en otras palabras, una justicia más eficaz y legítima.

Conclusión

Si bien la incorporación de un enfoque por competencias en los procesos de formación y capacitación judiciales genera grandes responsabilidades para las Escuelas Judiciales (es mucho más sencillo seguir formando al estilo tradicional), ciertamente potencia las posibilidades reales de impactar, a través de la formación, en la calidad de la Administración de Justicia.

Un servicio público de mayor calidad, más humano y comprometido con el modelo democrático, incrementa la legitimidad del sistema, al tiempo que propicia un más efectivo clima de control y rendición de cuentas. No busca eliminar las opiniones negativas acerca de la actuación de los tribunales en la opinión pública y los medios de prensa, pues estas son generadas por una pluralidad de factores; pero pretende disminuir sustancialmente los casos en que tales opiniones obedecen a faltas reales o errores concretos de parte de las juezas y los jueces.

La justicia no debe ser nunca más un reducto inalcanzable para el promedio de los ciudadanos y las ciudadanas, una cápsula cerrada inmune a la crítica y a la opinión. La formación que la Escuela Judicial lleva a cabo puede favorecer decididamente a que este objetivo sea una realidad y que se fortalezca así la legitimidad de una de las instituciones más importantes para el sostenimiento del modelo asociativo democrático que debe orientar la actuación de los Estados en el mundo contemporáneo.

La reproducción del analfabetismo afectivo en los procesos de interrelación familiar

Mauricio Chacón Jiménez

Sumario: I Introducción. II. II. Afectividad: Definición e importancia. III. La afectividad positiva como derecho fundamental. IV. La interrelación familiar como derecho y deber recíproco. V. Tres cuestiones relevantes: El conflicto entre los progenitores, el síndrome de alienación parental y la pobreza. VI. Información relevante obtenida en el trabajo de campo. VII. ¿Qué puede y qué NO puede hacer el derecho? a) Confrontación con la realidad. b) Comprobación del fundamento de las críticas al sistema procesal. c) Propuestas de cambio 1. Simplificación de los procesos de interrelación familiar. 2. Creación de puntos de encuentro familiar. VIII. Conclusiones

I. Introducción

La doctrina de la protección integral de las personas menores de edad ha significado un cambio paradigmático en el tratamiento legal de la niñez como categoría jurídica. Ahora se entiende claramente que los niños, las niñas y los y las adolescentes son sujetos de derecho y no objetos que solo merecen tutela del Estado cuando se encuentran en una situación irregular.

Al mismo tiempo, los últimos años han sido testigos de profundos cambios en las costumbres sociales, donde la mujer ha reivindicado muchos de sus derechos y ahora tiene una participación más directa en la sociedad y en la familia. No solo ha tenido mayor acceso a la educación y se ha incorporado al mercado laboral, sino también ha comenzado a reclamar su derecho de no llevar sola sobre sus hombros las responsabilidades inherentes a la crianza de sus hijos e hijas.

Como acertadamente González Contró señala (2005), ahora “es posible hablar de derechos fundamentales en la familia y no de la familia, lo cual entraña una diferencia que parece sutil pero que tiene enormes implicaciones sobre todo en lo que respecta a la dignidad y autonomía de cada uno de sus miembros”.

Las personas menores de edad tienen derecho de crecer y desarrollarse al lado de sus progenitores y, en caso de que estos se encuentren separados, también tienen derecho de compartir con ambos de modo regular. La excepción se presenta cuando tal relación resulta nociva para su mejor interés, objetivamente determinado.

El contacto o la relación no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para que los hijos y las hijas reciban de sus padres y madres una formación adecuada en todos los ámbitos. El ejercicio de la autoridad parental ha dejado de ser visto desde una perspectiva adultocentrista y pasa a convertirse en una responsabilidad de los progenitores de satisfacer adecuadamente las necesidades de sus descendientes de primer grado.

La posición del Estado también ha variado, pues en tiempos pasados se le consideraba inhibido para ingresar a la esfera familiar –la cual estaba reservada al dominio del padre–, mientras que ahora tiene una doble obligación: respetar la vida privada y familiar, pero también adoptar acciones positivas para reconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes. El Poder Judicial y, con ello, cada juez y cada jueza de la República tienen la obligación entonces de hacer respetar esos derechos fundamentales.

En términos sencillos, la afectividad es una necesidad que tenemos todos y todas de establecer lazos con otras personas. Sin embargo, por muy humana que parezca, no es algo inherente sino que debe ser construida. En este desarrollo de la afectividad, juega un papel trascendente la forma en que los padres y las madres, como primeros agentes de socialización, transmitan a sus hijos e hijas el apoyo afectivo. Si lo hacen de manera correcta, coadyuvarán en aspectos sumamente relevantes de la vida de sus hijos e hijas, pues les permitirá construir la personalidad, gozar de buena salud emocional, desarrollar la inteligencia y hasta reconocer los valores democráticos. Si lo realizan inadecuadamente o si no lo realizan del todo, las consecuencias podrían ser nefastas para esa persona en formación.

Llegar a entender el valor de la vida familiar y hacer efectivo el derecho humano que esta representa no ha sido una labor fácil en Costa Rica ni en otros lugares. Por decirlo así, la trascendencia de este derecho no ha sido totalmente introyectado en los diversos escenarios. Es interesante conocer, por ejemplo, que en la Unión Europea se ha hecho valer este derecho para los extranjeros no comunitarios únicamente cuando la reunión familiar implica un resultado económico favorable para los Estados.

Sobre este particular, conviene apuntar que La Spina recientemente ha criticado la posición que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido, pues señala que si se trata de extranjeros comunitarios, el derecho a la vida familiar sí se respeta, “mientras que las familias de nacionales de terceros países ven subordinada tal protección en el ámbito comunitario a la existencia o no de un interés económico comunitario o como apunta Sanz (2006, p. 352) si reporta algún beneficio al mercado interior”.

El objetivo que persigo en esta investigación es llegar a determinar si, en Costa Rica, los procesos de interrelación familiar reproducen el analfabetismo afectivo. Ha sido importante explorar otras áreas del conocimiento, pues la construcción del concepto de la afectividad y la trascendencia que esta tiene para las personas no son un tema que competa al derecho, sino que la labor de este es tutelarla, protegerla y hacerla posible en todos los casos que así se estime procedente.

La metodología que utilicé fue la siguiente: primero construí un marco teórico de referencia, para lo cual tuve que transcribir conceptos y opiniones expresados por profesionales de otras áreas, como lo son la psicología y la pedagogía –principalmente de la primera–.

Considero que lo adecuado es reproducir la opinión vertida por profesionales en esos campos y no consignar lo que yo podría interpretar de ellos. Como recién señalé, la afectividad, el apego, el síndrome de alienación parental, etcétera, son conceptos que han sido desarrollados en otras ramas, y lo que resulta procedente, para poder administrar justicia correctamente, es apropiarse de su contenido y aplicarlo en lo que resulte pertinente.

Posteriormente, revisé los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos para poder detectar si los elementos que componían la afectividad estaban incluidos en la categoría de derechos fundamentales. Luego analicé varios aspectos doctrinales que se relacionaban con el tema y que consideré fundamentales para el correcto abordaje jurídico.

Establecido el marco teórico, realicé el trabajo de campo que consistió en realizar veinte entrevistas, algunas de ellas con más de una persona. Estimé pertinente conseguir la opinión de dos grandes bloques: público particular y profesionales que tuvieran relación con los procesos de interrelación familiar.

Entrevisté a las y los particulares los días veintidós y veintitrés de enero de 2008, en las áreas comunes de la Universidad Nacional y en distintos parques de la provincia de Heredia, concretamente en Heredia centro, San Rafael, San Isidro y Barva, así como en la comunidad de Guararí. Del total de personas entrevistadas, ninguna manifestó que tenía proceso judicial o que hubiera acudido a la sede administrativa para resolver conflictos de interrelación familiar. Por mi condición de juez, tampoco me pareció prudente acudir a algún juzgado para entrevistar a personas que tuvieran procesos en trámite.

Las entrevistas fueron a manera de conversación, sin un cuestionario preelaborado, en los cuales pretendí abarcar los siguientes aspectos:

1. Si las personas consideran que la afectividad es importante, por cuanto las relaciones sociales han variado en los últimos tiempos: las familias son cada vez más pequeñas; no existe gran comunicación entre vecinos; Internet, i-pods, televisión las 24 horas, etc. limitan los espacios de conversación, entre otros.
2. Si existe diferencia en la forma en que los padres y las madres manifiestan el afecto a sus hijos e hijas. Esto se basa en la creencia arraigada de que los hombres, en general, tenemos mayor dificultad para dar y para recibir el afecto. Como el tema de investigación se refiere a los procesos de interrelación familiar, no se profundizó sobre la manifestación de afecto en otros escenarios, como el trabajo, el colegio y similares.
3. Disposición personal para dar y recibir afecto, para determinar si la afectividad es una utopía o una realidad.
4. Reacciones y sensaciones que se producen como consecuencia de dar y/o recibir el afecto.

En esos mismos días, entrevisté a profesionales que tenían relación con los procesos de interrelación familiar. De esta forma, conversé con una abogada litigante, con una trabajadora social, un psicólogo y una psicóloga de la Oficina Local de Heredia Norte del Patronato Nacional de la Infancia, y con una trabajadora social del Poder Judicial. Con él y con ellas me interesó explorar varios aspectos:

Si los casos que se conocen en sede administrativa y judicial tienen, por lo general, por antecedente un conflicto entre padres y madres.

1. Si en los procesos de interrelación familiar, tiende a prevalecer los intereses de los adultos, en lugar de los de las personas menores de edad.
2. Cómo se aborda el conflicto en los distintos escenarios: oficina particular, oficina administrativa, oficina judicial.
3. Pautas y patrones que hayan detectado en las personas que utilizan sus servicios.
4. Dificultades o ventajas que hayan detectado en la tramitación de los procesos de interrelación familiar.

Una vez confrontado el marco teórico con los resultados de las entrevistas, mi interés se centró en determinar qué puede hacerse para mejorar la Administración de Justicia en el campo de la interrelación familiar, y concluir entonces con la formulación de dos propuestas concretas: simplificación del proceso judicial y creación de redes de apoyo, sin que sea indispensable que estén a cargo del Poder Judicial.

II. Afectividad: definición e importancia

De acuerdo con la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española (2001), la afectividad se define así:

afectividad.

(De *afectivo*).

1. f. Cualidad de afectivo.
2. f. *Psicol.* Desarrollo de la propensión a querer.
3. f. *Psicol.* Conjunto de sentimientos, emociones y pasiones de una persona.
4. f. *Psicol.* Tendencia a la reacción emotiva o sentimental¹.

Es posible apreciar que la lingüística acude al área de la psicología para definir el concepto, por lo que resulta oportuno entonces conocer la definición que le brindan algunos psicólogos. Así, Silva García la define, en términos sencillos, como “la necesidad que tenemos los seres humanos de establecer lazos con otras personas”².

Quizás de una forma más técnica, Vallejo Ruiloba y otros entienden que la vida afectiva es el conjunto de estados y tendencias que el individuo vive de forma propia e inmediata (subjetividad), que influyen en toda su personalidad y conducta (trascendencia), especialmente en su expresión (comunicatividad), y que por lo general se distribuyen en términos duales, como placer-dolor, alegría-tristeza, agradable-desagradable, atracción-repulsión, etc. (polaridad)³.

1 http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=afectividad

2 http://www.bayard-revistas.com/info/familia/relaciones_06.php

3 Vallejo Ruiloba J y otros. “Introducción a la psicopatología y la psiquiatría. Masson, Barcelona, 1999, 4ª edición, p. 222. Así citado en <http://www.espaciologopedico.com/recursos/glosariodet.php?Id=136>

Estos aportes nos permiten entender que la afectividad es una necesidad subjetiva; es decir, la necesidad que tenemos cada una y cada uno de nosotros de establecer vínculos con otras personas que nos ayuden en la supervivencia y nos proporcionen estabilidad emocional y seguridad.

Una afectividad positiva es la primera garantía de estabilidad emocional y seguridad, tanto en uno mismo como en los demás, y para que un niño o una niña la desarrolle, es determinante la actitud del padre y de la madre. En consecuencia, para el desarrollo de una afectividad positiva, resulta imprescindible que la persona reciba, desde su más tierna infancia, el apoyo afectivo de sus progenitores.

Sobre este particular, Aguirre Dávila (sin fecha) explica que

El apoyo afectivo es un tema central en la crianza de los niños. Se relaciona con la expresión de afecto de los padres hacia sus hijos y el apoyo que brindan éstos para que los niños puedan expresar libremente sus emociones. A través de esta acción los adultos pueden brindar soporte social y alentar la independencia y el control personal en las generaciones más jóvenes. Pero cuando se presenta alguna dificultad para la expresión del afecto, la influencia sobre el comportamiento de los niños se torna negativa, generando retraimiento, limitaciones en la confianza sobre los demás y dificultando la relación con las otras personas.

En el apoyo afectivo la práctica propiamente dicha se expresa, generalmente, a través de la proximidad física, como por ejemplo en las caricias, en los juegos de contacto físico o en la gesticulación voluntaria, así como también por medio de verbalizaciones, tales como palabras cariñosas o expresiones monosilábicas de aprobación.

Para que se pueda brindar y recibir apoyo afectivo, es necesario que existan comunicación y contacto entre las personas relacionadas. Dependiendo de la forma en que esa comunicación y contacto entre las personas relacionadas se produzcan, así será el apego que se genere entre ellas. Con relación a este punto, se explica que existen diferentes estilos de apego –seguro, ansioso ambivalente y evitativo– y dependiendo de cuál se adopte y de su calidad, el grado de seguridad del niño variará, tanto con respecto a él mismo (en términos de autoestima) como con los demás (en términos de confianza). Gracias al apego, el niño aprenderá a querer, a besar, a acariciar, a reconocer sus sentimientos y los de los demás, a expresarlos, a superar los fracasos sin que ello afecte a su estabilidad emocional; en resumen: a vivir de forma positiva⁴.

En el estilo *seguro* de apego, la niña o el niño no se muestra especialmente alterado por la separación de la persona objeto del apego y, al volverse a reunir, se siente bien junto a ella; en el estilo *ansioso ambivalente*, después de la separación, el niño o la niña muestra reacciones de rechazo y aproximación hacia la persona objeto de apego; y en el estilo *evitativo*, tras la separación del objeto de apego, el niño o la niña evita a dicha persona y parece sentirse mejor con otras menos próximas.

Con más frecuencia que la que se podría desear, es común que los padres y las madres argumenten que “nadie les enseñó a ser padres”. Esta excusa resulta cada vez menos aceptable, pues a partir

4 Op. cit. (2).

del momento en que universalmente se ha reconocido que las niñas y los niños son sujetos de derechos, sus padres y sus madres están en la obligación de aprender a ejercer correctamente la función parental.

Dejando establecido lo anterior, hay que señalar que la psicología considera que el estilo de apego seguro es el más adecuado para el desarrollo de la afectividad positiva, y que este implica siete actitudes básicas:

- Dar **autonomía** al niño o a la niña poco a poco. No hay que sobreprotegerlo/a, pues entonces podría establecer una actitud insegura y temerosa ante el mundo, con lo que en el futuro tenderá a ser introvertido/a, con una autoestima más baja y tal vez extremadamente dependiente de otras personas. Tampoco es recomendable darle demasiada autonomía antes de tiempo, porque podría sentirse abandonado/a, y esto facilitará su falta de confianza en las demás personas y hará que tienda a mantenerse distante en las relaciones.
- Enseñarle a **reconocer** sus emociones y sentimientos. Para ello, es importante ser paciente y tratar de no anticiparnos a lo que él o ella pueda estar sintiendo. Si antes de que el niño o la niña muestre cualquier emoción, como alegría o dolor, nos anticipamos y ponemos remedio, estaremos limitando su capacidad de aprender a diferenciar la gama de emociones y sentimientos. Es preciso mantener la calma y, antes de actuar, se debe esperar a que él o ella sea quien exprese sus deseos.
- Enseñarle a **manifestar** las emociones y sentimientos de manera adecuada. En la primera infancia, el niño o la niña aprenderá a mostrar la afectividad a través de las caricias, el contacto visual, la cercanía, la adaptación del lenguaje y la modulación de la voz. Según vaya creciendo, estas pautas disminuirán, y la comunicación verbal tomará el protagonismo. El padre y la madre deben ir modificando y adaptando todas las formas de expresión de afecto a la edad del niño o de la niña; pero no deben dejar de utilizar aquellas que fueron fundamentales en la primera infancia, puesto que son importantes para que él o ella sepa también comunicarse de manera no verbal.
- Enseñarle a **controlar** la expresión de afectos y mostrarle **estrategias eficaces** para el logro de sus deseos. El padre y la madre deben reforzar aquellas conductas que sean adecuadas, a través de mensajes verbales como “muy bien, hijo/a” y expresiones no verbales de afecto como besos, abrazos o caricias. Si el niño o la niña adopta una conducta inadecuada y sus progenitores desean modificarla o eliminarla, deben tratar de no acceder a sus peticiones ni focalizar su atención en él o ella, pues entonces reforzarán que en el futuro siga utilizando la estrategia inadecuada que, seguramente, no le funcionará con otras personas, lo que le hará sentirse mal. El padre y la madre tienen que mantenerse tranquilos y esperar a que su hijo o hija se relaje para explicarle cómo podría haberlo logrado, de modo que vaya incorporando nuevas estrategias sin necesidad de que su autoestima baje. No debemos olvidar expresarle afecto para que, a pesar de que no haya sabido actuar de manera eficaz, siga sintiendo estabilidad emocional.
- Enseñarle a **superar la frustración**. Si el padre y la madre no consideran oportuno ceder a las peticiones de su hijo o hija, no tienen que sentirse culpables, ni tener miedo a “crearle un trauma”. Muy al contrario, le estarán dando la oportunidad de aprender a superar los fracasos. A lo largo de su

vida, tendrá que enfrentarse a numerosas frustraciones y, si desde niño o niña incorpora estrategias para superarlas, lo hará sin que ello afecte su estabilidad emocional. Pero tampoco hay que ser demasiado duro. Si el niño o la niña nunca recibe nada de lo que solicita, aunque la estrategia sea adecuada, reforzará su desconfianza y se sentirá culpable o indefenso/a ante sus fracasos.

- El **juego** y el **deporte** son actividades que, además de proporcionar placer, alegría, satisfacción y desarrollar la imaginación, permiten descargar tensiones y aprender estrategias para garantizar el equilibrio emocional. Disfrazándose, jugando con marionetas o recreando situaciones de la vida adulta, el niño o la niña aprenderá a configurar su propia identidad, a distinguir sus emociones, pasiones, sentimientos y a mostrarlos a las demás personas.
- Actuar de **modelo** para los hijos y las hijas. El padre y la madre deben recordar que el aprendizaje por observación es una herramienta muy potente y que el niño o la niña incorporará con mayor facilidad las estrategias que se utilicen en la familia. Padre y madre han de expresar sus emociones, sean positivas o negativas, de manera adecuada y controlada y deben mantener la calma en situaciones de tensión. Hay que propiciar en casa momentos de reflexión y de comunicación, en los que el niño o la niña se pueda expresar y recibir tanto afecto como nueva información que le permitan ir creando nuevas pautas más eficaces. No olvidemos ponernos en su lugar. Si el niño o la niña vive en un ambiente en el que se respira afectividad día a día, en cada situación cotidiana, lo interiorizará sin apenas darse cuenta⁵.

Como una primera conclusión, podríamos afirmar que la afectividad positiva no es inherente a la condición humana de las personas, sino que es algo que se aprende y, que para aprenderla, resulta particularmente importante que los padres y las madres brinden de una forma adecuada el apoyo afectivo a sus hijos e hijas desde su más tierna infancia.

Hay que poner énfasis en la importancia que tiene el hecho de que el apoyo afectivo debe brindarse de una manera adecuada, pues si se hace de otra forma, las repercusiones que puede generar en el desarrollo del niño o de la niña más bien podrían ser negativas. Sin que signifique una lista taxativa, la psicología considera que el desarrollo de la afectividad en cada persona tiene influencia directa en cuatro aspectos relevantes: la construcción de la personalidad, la salud, el desarrollo de la inteligencia y la construcción o consolidación de la democracia.

Por la trascendencia que tiene desarrollar una afectividad positiva, considero oportuno presentar una breve referencia a cada uno de ellas, con cita de lo que algún autor o institución ha señalado al respecto.

a) Construcción de la personalidad

Aunque la personalidad es una característica que tiende a irse moldeando a lo largo de la vida de cada persona, la psicología ha concluido que las bases se construyen en los primeros años de vida, y estima que la forma en que el niño o la niña reciba las muestras de afecto por parte de su padre y de su madre repercutirá directamente en la personalidad que desarrolle.

Torres Hernández (2004) señala que

⁵ Ídem

Las experiencias durante este vulnerable período temprano de la vida, son críticas en el moldeado de la capacidad de formar relaciones íntimas y emocionalmente saludables. La empatía, el cariño, el compartir, el inhibirse de agredir, la capacidad de amar, y un sinnúmero de otras características de las personas saludables, contentas y productivas, se asocian con las capacidades medulares de apego que se forman en la infancia y en la niñez temprana.

b) Salud

La salud no debe verse de una forma tan limitada como “ausencia de enfermedad”, pues esta última tiende a relacionarse con aspectos eminentemente físicos. La salud incluye el aspecto mental y el aspecto emocional. Incluso en los tiempos modernos se ha profundizado sobre este último, al reconocerse que el malestar emocional repercute físicamente. Todas las personas hemos experimentado que el dolor emocional “se siente” en el cuerpo. Es por esta razón que una afectividad positiva significa salud emocional para la persona, y como muy apropiadamente Montagu apunta (1983):

La salud es la capacidad para amar, para trabajar, para jugar y para usar la propia inteligencia como una herramienta de precisión. Los humanos han nacido para vivir, como si vivir y amar fueran una misma cosa. Para amar hay que aprender a amar y sólo se aprende a hacerlo cuando se es amado. El afecto es una necesidad fundamental. Es la necesidad que nos hace humanos. De ahí que una persona que no haya sido así humanizada durante los seis primeros años de su vida padezca un proceso de deshumanización que les lleva hacia comportamientos destructivos, aprendidos en un intento desordenado y equivocado de adaptarse a un mundo también desordenado y provocador de tensiones. De estos desórdenes surgen toda la agresividad y los enfrentamientos violentos, tanto a escala individual como colectiva.

Muchos profetas apasionados han predicado largamente las virtudes del amor, pero pocos han señalado por sí mismos el camino. El significado de una palabra radica en los actos en que se manifiesta; al amor se le ha atribuido una significación ritual pero casi nunca ha expresado su significado real como compromiso en el sentido de algo que se practica, de algo que es parte de nuestro comportamiento diario. Recordemos siempre que la humanidad no es algo que se hereda, sino que nuestra verdadera herencia reside en nuestra capacidad para hacernos y rehacernos a nosotros mismos. Que no somos criaturas, sino creadores de nuestro destino.

La salud no es apreciada solamente en su ámbito individual y desde la perspectiva médica, sino también implica una necesidad social, y así ha sido reconocido por los organismos internacionales. Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas en un informe reciente que realizó sobre Desarrollo Humano en República Dominicana, expresó que

La buena salud familiar es un elemento esencial para la correcta formación y socialización del individuo. El futuro del desarrollo humano depende, en cierto grado, de la estabilidad tanto afectiva como emocional de la persona, lo que hace que éste pueda tomar sus decisiones es un ambiente más propicio. Lo anterior aumentaría las posibilidades de que, ante un conjunto posible de opciones, el individuo pueda elegir la mejor entre todas. Los cambios económicos y sociales, provocan a su vez cambios al interior de las familias y del individuo. Es necesario prestar especial atención al impacto que están teniendo estos cambios sobre las relaciones familiares y sobre los valores.

c) Desarrollo de la inteligencia

El desarrollo psíquico que caracteriza a los seres humanos se puede encontrar en tres áreas: la inteligencia, la afectividad y la socialización. La afectividad repercute directamente en el desarrollo de la inteligencia, pues proporciona a la persona un estado de mayor receptividad y le permite apropiarse del conocimiento de una manera más adecuada.

En el área de la pedagogía, son innumerables los documentos que se han escrito reconociendo la importancia de la afectividad en la enseñanza, al indicar, por ejemplo, que para la enseñanza de la matemática, es indispensable que el docente y el alumno desarrollen una afectividad positiva, pues siendo una materia que de por sí se puede considerar difícil, en muchas ocasiones cuando el alumno rechaza la matemática, en realidad lo que está rechazando es al profesor que le imparte la materia.

Evidentemente, en el área de la pedagogía, el énfasis que se da es la afectividad que se desarrolla entre el o la docente y el alumno o la alumna; pero se estima que esta es más fácil de construir cuando el segundo ha recibido un adecuado apoyo afectivo. Así lo explica Jares:

La dimensión afectiva, de una u otra forma, está siempre presente en toda relación educativa, dejando su huella, en mayor o menor medida, en las posibilidades del aprendizaje. Incluso en aquellas aulas en las que la afectividad y la ternura han sido desterradas aparece una determinada relación afectiva que en muchos casos puede ser de rechazo, temor u odio. Por ello, la alfabetización de la afectividad y la ternura debe ser un objetivo en todo proceso educativo, en tanto en cuanto forma parte del proceso vital y madurativo de las personas, y, en segundo lugar, por su inequívoca relación con la convivencia. En relación a lo primero, la afectividad es una necesidad de todos los seres humanos y requiere de su desarrollo para una construcción equilibrada de la personalidad. [...] En relación a lo segundo, la incidencia de la afectividad en la convivencia, el profesorado que lleva años ejerciendo la profesión habrá detectado en numerosas ocasiones como ciertos problemas de convivencia tienen su origen en una falta o deficiente desarrollo de la afectividad. En este sentido, un aspecto que debemos cuidar es la posible distorsión de la variable género en la concepción de la afectividad, especialmente en ellos.

Más que una atribución de género, la ternura es un paradigma de convivencia que debe ser ganado en el terreno de lo amoroso, lo productivo y lo político, arrebatando, palmo a palmo, territorios en que dominan desde hace siglos los valores de la vindicta, el sometimiento y la conquista. (Restrepo, 1999, p.17).

d) Construcción y/o consolidación de la democracia

Trayendo a colación la máxima enunciada por Benito Juárez "El respeto al derecho ajeno es la paz", el sistema democrático requiere que cada ciudadano y cada ciudadana reconozcan tanto su propio valor como el valor de las demás personas.

Si la persona desarrolla una afectividad positiva, estará preparada, por un lado, para reconocer su propio valor (autoestima) y entonces resistirse a imposiciones arbitrarias de cualquier índole, y por el otro, para reconocer que las demás personas también tienen derechos, inhibiéndose entonces del uso abusivo del poder. Con cita de otros autores, Aguirre Dávila (sin fecha) expresa que

El contacto físico facilita la aparición de la confianza en sí mismo y permite que la expresión de afecto de los niños sea muy espontánea, más aún, como lo expresan Restrepo (1995) y Maturana (1997), Manzi y Rosas (1997), este comportamiento es una condición fundamental para la democracia, dado que el afecto es la emoción que permite el reconocimiento y la aceptación del otro, fundamento en la conformación de lo social. En otras palabras, nos dice Maturana (1997), la tarea de crear una democracia comienza en el espacio de la emoción, con la seducción mutua para crear un mundo en el cual continuamente surja de nuestras acciones la legitimidad del otro en la convivencia, sin discriminación ni abuso sistemático.

III. La afectividad positiva como derecho fundamental

Hernández Valle (2002) explica que los derechos humanos se refieren a “[...] todas aquellas exigencias relacionadas con las necesidades de la vida humana y que, por diversas razones, no se encuentran positivizadas en los diferentes ordenamientos jurídicos [...]”. Atendiendo a esta definición, se puede comprender por qué *la felicidad* es un derecho humano, pero al no estar positivizado en el ordenamiento jurídico, quizás no se le pueda incluir en la categoría de derecho fundamental.

La diferencia básica de los derechos humanos con los derechos fundamentales es que estos últimos se encuentran positivizados en los distintos ordenamientos jurídicos, mientras que los derechos humanos tienen una connotación más moral y axiológica, pues a pesar de que al igual que los derechos fundamentales tutelan aspectos relacionados con las necesidades de la vida humana, por diversos motivos no se encuentran presentes en el derecho positivo.

Expuesta esta diferencia conceptual, mi opinión es que los derechos fundamentales no se restringen a aquellos que están expresamente contenidos en normas jurídicas, sino que, si los elementos que lo componen sí están positivizados, entonces también será derecho fundamental aquel que no ha sido específicamente reconocido como tal.

Me parece necesario consignar mi posición sobre este particular para explicar por qué considero que el derecho a desarrollar una afectividad positiva es un derecho fundamental.

En el capítulo anterior, se expusieron diferentes definiciones de “afectividad” y la trascendencia que esta implica para la persona humana. Se ha explicado que es una necesidad subjetiva, pero que no es inherente al ser humano por su condición de tal, sino que esta debe ser desarrollada, y que para que este desarrollo sea positivo, resulta fundamental que el apoyo afectivo sea brindado de una manera correcta por los padres y las madres a sus hijos e hijas.

Diferentes instrumentos internacionales reconocen el derecho que ambos progenitores tienen de relacionarse con sus hijos e hijas menores de edad, estableciendo como límite a ese derecho la circunstancia de que tal contacto responda al mejor interés del niño o de la niña. En consecuencia, el derecho al contacto entre el hijo o la hija con sus progenitores no es irrestricto, sino que tiene por fin la satisfacción de las necesidades de la persona menor de edad. En mi opinión, estas necesidades son las afectivas, pues las de tipo económico podrían ser satisfechas, aunque no exista contacto.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, si el contacto personal significa, objetivamente, la satisfacción de las necesidades emocionales del niño o de la niña, entonces esta persona desarrollará una afectividad positiva que le permitirá construir adecuadamente su personalidad, desarrollar su inteligencia, gozar de buena salud emocional y reconocer el valor de la democracia. Entendido así, el derecho al contacto entre hijos o hijas y sus progenitores no es un fin, sino un medio para desarrollar una afectividad positiva, constituyéndose esta, según mi criterio, en el fin último tutelado por el derecho.

Desde esta perspectiva, el tema de la afectividad sí es trascendente para el derecho y, particularmente, en el ámbito de los derechos fundamentales. Sin hacer una enunciación cerrada, podemos encontrar la protección a este derecho en las siguientes normas:

Toda persona tiene derecho que se respete su integridad física, psíquica y moral. (Artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (Art. 11.2 Convención Americana de Derechos Humanos).

Al hacer mención a esta norma en particular, siempre considero oportuno hacer la comparación con lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual dispone así:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Me parece conveniente la comparación porque esta norma pone énfasis en el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y como consecuencia de ello, al derecho de no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas. En mi concepto, es más precisa la disposición europea que la americana, y ello permite que los Estados adquieran una noción más clara acerca de las acciones positivas que deben adoptar. Por ejemplo, tal como se verá más adelante, el Reino de España ha creado Puntos de Encuentro Familiar, y eso ha hecho posible que muchos de sus ciudadanos y ciudadanas disfruten del derecho a la vida familiar.

Continuando con otras disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, se pueden citar las siguientes:

Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. (Art. 10.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales).

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Art. 5 Convención sobre los Derechos del Niño).

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (Art. 7.1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. (Art. 8.1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". (Art. 9.3 Convención sobre los Derechos del Niño).

IV. La interrelación familiar como derecho y deber recíproco

El tema que pretendo desarrollar es "la reproducción del analfabetismo afectivo en los procesos de interrelación familiar". Este tipo de procesos se presenta generalmente cuando alguno de los progenitores -o ambos- están separados de sus hijos e hijas. Desde esta perspectiva, el objeto de investigación se restringe a esos casos y no al problema que se podría presentar con una inadecuada forma en que padres y madres puedan expresar el afecto a sus hijos e hijas en los hogares que permanecen unidos.

El tema sugiere que ciertamente existe analfabetismo afectivo, pues de otra manera, no podría entenderse que este "se reproduzca". Como primer punto entonces, me parece válido cuestionar esa afirmación. Existe una prenoción de que las madres sí saben dar afecto, pues ellas tienen una predisposición especial hacia el cariño y están acostumbradas a expresarlo a través del contacto físico con mimos, besos, abrazos, palabras dulces, etcétera; y que, en contraposición, los hombres tienen dificultad para exteriorizar sus sentimientos, pues crecen con el mandato de que deben ser rudos y fuertes y que, por esa misma razón, van creando frenos inhibitorios que les impiden expresar el afecto.

Aguado Martínez, Guerra, Oliveros Aguilar (2004), de la Torre (2005) y Moncher (2006), entre muchos otros, sostienen que en la actualidad esos patrones se han ido modificando. Entienden que los cambios sociales son una realidad que han afectado y afectan a todas las sociedades y en todas la épocas, y que en los últimos diez o quince años, la sociedad ha dado un giro radical, de un esquema de relación patriarcal autoritario a otro excesivamente centrado en el niño, sin límites. Consideran

que muchos padres y madres tienden más bien a crear una atmósfera en la que el niño y la niña se sienten más libres, pues su forma de relacionarse con ellos es cada vez más amistosa –quieren ser amigos/as de sus hijos/as- y que entonces el problema que ahora se presenta es con la imposición de límites. Afirman que la familia se ha hecho más permisiva y que ha perdido elementos de contención que deben estar en la vida de los niños. De esta forma, el niño se convierte en el que marca las pautas en su relación familiar, y su comportamiento se extiende al centro educativo y afecta a los profesionales con los que se relaciona.

También señalan que la familia era la pionera en la socialización primaria, los vínculos afectivos, el comportamiento con uno mismo y con los demás. Ahora las situaciones son muy diversas por los motivos más variados: con la incorporación de la mujer al mercado laboral, los niños y las niñas deben ser acogidos en instituciones de educación infantil desde edades muy tempranas; la separación de parejas -unidas en matrimonio o no- es cada vez más frecuente; existen familias partidas por causa de la inmigración, familias que dedican más tiempo al desarrollo personal y profesional que a la educación de sus hijos, etcétera. Esa modificación de costumbres ha generado una noción más igualitaria entre los progenitores, y ahora todos, padres y madres, lo que pretenden es disfrutar al máximo el poco tiempo que comparten con sus hijos e hijas. Guerra (sin fecha) resume así lo que él considera que son las tendencias actuales:

Tomando además como fuente de información algunas expresiones sociales tales como, cine, televisión, propagandas, etc, observamos como va instaurándose una tendencia de lo que de un padre (y madre) se espera:

- que sea amigo de su hijo, borrando las diferencias generacionales.
- que no tenga una actitud directriz, ni directamente dominante, siendo el niño el que muchas veces “dirige” su desarrollo.
- que se aleje lo más posible de la imagen de un padre autoritario.
- que a veces anteponga los deseos del niño a sus propios deseos, para evitarle sufrimientos o traumas en su desarrollo.
- que delegue precozmente en otros técnicos parte de la educación del hijo, y no en las experiencias de sus mayores (abuelos), ni de sí mismos como padres.

Esta modificación en los patrones de comportamiento de padres y madres no puede considerarse nociva. Si acaso requiere algunos ajustes para que se introyecte la idea de que, como responsables de sus hijos e hijas, también tienen la obligación de corregirlos, imponiendo límites razonablemente. Lo positivo ahora es que el padre tiene menos frenos inhibitorios y puede expresar el afecto de una manera más abierta, sin recibir rechazo por ello. Al mismo tiempo, las madres han visto lo positivo de esta relación y ahora la aceptan con mayor convencimiento, lo cual puede llegar a generar una distribución más equitativa en la crianza de hijos e hijas. Sin embargo, la vieja prenoción parece mantenerse en las clases menos favorecidas económicamente, aspecto del que se hará mención más adelante.

Por ahora, digamos que en Costa Rica la situación no es muy distinta a la que describen los autores citados. Concentrándonos en el tema del tipo de familias donde se produce el nacimiento de niños y niñas, no hay duda de que la mayoría no se produce en el contexto de una familia nuclear fundada en el matrimonio.

El periódico La Nación informa en su edición del 27 de enero de 2008:

la mayoría de bebés nacidos el año pasado son de mamás que convivían con su pareja sin haberse casado. Según datos preliminares del INEC, en el 2007 nacieron 26.705 niños cuyas madres estaban “juntadas”. Las mamás casadas tuvieron 513 niños menos que las que estaban en uniones informales. Estas categorías representan, cada una, un 37% del total de niños nacidos en el 2007. Asimismo, los niños de mamás solteras disminuyeron casi en 10 puntos porcentuales, durante el mismo período. Hace seis años, un 34% de los bebés nacidos eran de solteras, mientras el año pasado estos nacimientos disminuyeron a un 24%.

Conocer esta realidad costarricense resulta vital para el adecuado abordaje de los procesos de interrelación familiar, ya que debe rescatarse lo positivo, pues ahora los niños y las niñas parecen tener, en términos reales, mayores posibilidades de recibir el apoyo afectivo tanto de sus padres como de sus madres. Para poder hacer efectivo este derecho, hay que comenzar por modificar algunas concepciones arraigadas en el componente político cultural de las normas jurídicas y quizás también en el estructural; pero que definitivamente no son las correctas. Uno de estos cambios consiste en entender que la interrelación de los padres y las madres con sus hijos e hijas es tanto un derecho como un deber recíprocos que solo encuentran como límite el hecho de que la visita responda al mejor interés de la persona menor de edad, objetivamente determinado.

En nuestro país, algún sector considera que “el derecho de visita” únicamente corresponde al hijo o a la hija, lo que podría fundamentarse en el hecho de que el artículo 35 del Código de Niñez y Adolescencia señala que

Las personas menores de edad que no vivan con su familia tienen derecho a tener contacto con su círculo familiar y afectivo, tomando en cuenta su interés personal en esta decisión. Su negativa a recibir una visita deberá ser considerada y obligará a quien tenga su custodia a solicitar, a la Oficina Local del Patronato Nacional de la Infancia, que investigue la situación. La suspensión de este derecho deberá discutirse en la sede judicial.

Sin embargo, en mi criterio, la interrelación de padres y madres con sus hijos e hijas menores de edad debe ser vista no solo como un derecho recíproco, sino también como un deber.

Desde la óptica del derecho, la norma transcrita contempla el derecho de los hijos e hijas; pero la “visita” también está contemplada como un derecho del padre o de la madre que no convive cotidianamente con ellos. Dos convenciones internacionales que regulan el tema de la sustracción internacional de personas menores de edad lo reconocen así:

- a) *el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;*
- b) *el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual. (Artículo 5 de la*

Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores)

Desde la perspectiva del deber, conviene recordar que la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estipula en su artículo 16 que

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

Sería irresponsable ignorar que, en la mayoría de los casos, cuando los progenitores se separan, los hijos y las hijas menores de edad quedan bajo la custodia de las madres. Si continuamos pensando que la crianza de los hijos e hijas incumbe únicamente a las madres, incurriremos en una indiscutible violación a los derechos de ella, como mujer. Sin lugar a dudas, el padre también está en la obligación de satisfacer las necesidades afectivas de sus hijos e hijas y puede efectuar únicamente este deber, si se relaciona con ellos y es su obligación hacerlo de buena manera.

Ahora bien, desde la posición del hijo o de la hija, también se puede considerar que la relación con el progenitor con quien no convive es un deber, pues de acuerdo con el numeral 35 del Código de Niñez y Adolescencia, “su negativa a recibir una visita deberá ser considerada”.

Para reforzar la idea de que la interrelación entre padres y madres con sus hijos e hijas es un derecho y un deber recíprocos, conviene conocer qué se dispone al respecto en otras legislaciones. Una disposición muy clara se encuentra en el Código Civil de Chile, cuyo artículo 229 establece:

El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente. (Art 229 C.C.)

En España, también existe norma expresa. El artículo 94 del Código Civil señala:

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar

o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

V. Tres cuestiones relevantes: El conflicto entre los progenitores, el síndrome de alienación parental y la pobreza

a) El conflicto entre los progenitores

Cuando los progenitores se separan, con alguna frecuencia sucede que la separación de la pareja se produce en momentos de alta tensión y, lamentablemente, sin la prudencia de no involucrar a los hijos y las hijas en el conflicto. En otras ocasiones, la hija o el hijo ha sido procreado sin que exista convivencia del padre y la madre, y ya sea durante el embarazo o después del nacimiento, estos se distancian por actitudes propias o por la influencia que familiares, amistades y otras personas ejercen sobre ellos. En cualquiera de esos casos, los grandes perdedores son los hijos y las hijas, pues sus progenitores están en una situación donde, por lo agudo del conflicto, ellos tienden a colocar sus propios intereses por encima de las necesidades de sus descendientes. Incluso en situaciones donde la separación se produce de una manera “pacífica”, el estado emocional de los hijos y las hijas se altera.

Según afirma De la Torre (2005), los niños y las niñas tienden a adaptarse a la crisis a corto plazo, pero esa adaptación a esta situación variará según sean sus capacidades emocionales y las aportaciones del padre y de la madre para hacer frente a la nueva situación.

Para nadie es un secreto que la realidad actual no es pacífica. El mundo moderno genera situaciones estresantes y de alta tensión emocional. Esto se introduce a los hogares, y hoy en día no es extraño conocer constantes casos donde se presenta la violencia intrafamiliar, algunos de ellos con resultados fatales. Sin embargo, esta proliferación de la violencia no puede servir de fundamento para asegurar que en todos los casos, los hijos y las hijas tengan necesariamente que dejar de relacionarse con el padre o la madre con quien no conviven. La falta de relación, lejos de beneficiar a los hijos y a las hijas, más bien los coloca en un peligroso estado de vulnerabilidad. En un trabajo realizado en Colombia, Parra (2007) apunta que

En la actualidad, el conflicto marital se ha convertido en una de las mayores problemáticas de la sociedad, en los Estados Unidos conlleva al 50% de divorcio (Epstein, Baucom 2002) en donde uno de cada ocho esposos han incurrido en agresión física contra su esposo y más de 2 millones de mujeres, son severamente golpeadas por su compañero masculino y el 30% de los matrimonios experimentan en algún momento de la relación una manifestación agresiva físicamente (Munroe, Meehan, Rehman y Marshall 2002). En Colombia, según el Estudio de Salud Mental del 2003, el 3.5% de los hombres y 3.4% de mujeres, presentan ansiedad por separación. (Ministerio de Protección Social, 2003).

Los índices anteriores muestran la importancia de analizar el conflicto marital, ya que éste puede más adelante afectar el desarrollo, formación y consolidación de la familia como lo señala Hawkins y cols., (1992), y afectar a los hijos, los cuales tendrán una alta probabilidad de presentar dificultades en su socialización, afectividad, emocionalidad, aprendizaje y cogniciones, que se ven reflejados en los problemas de violencia intrafamiliar, adicciones, abandono temprano del hogar por parte de los hijos, depresión, trastornos alimentarios, rendimiento académico, embarazos tempranos asociados con madresolterismo y altos índices de suicidio (Robins, 1980); así mismo puede predecir algunos factores de riesgo, para desarrollar problemáticas como delincuencia y abuso de drogas (Penning y Barnes, 1982; Robins, 1980; Farrington, Gallagher, Morley, Ledger y West, 1985; McCord, 1979; Rutter y Giller, 1983). Rutter y Giller también anotaron que el conflicto parental está asociado con conducta antisocial en los niños incluso cuando el hogar está roto. Simcha-Fagan, Gersten, y Langner (1986), encontraron que el uso de SPA está fuertemente asociado con conflicto marital y parental.

b) El Síndrome de Alienación Parental

Es claro que los dos progenitores tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones en la crianza de los hijos y las hijas. Cuando una pareja procrea un hijo o una hija sin haber convivido nunca, o si se separa por motivos que solo les incumben a ellos, la situación debe ser manejada por ambos de manera responsable, y por tal se entiende que los dos se reconozcan recíprocamente como progenitores del hijo o de la hija y, en tal virtud, se comprometan a facilitar una buena relación con ellos. Esta forma de conducirse se conoce como una conducta de “**no interferencia**”.

Sin embargo, también puede presentarse el caso de que los progenitores interfieran con el derecho de sus hijos e hijas, y tal interferencia puede llegar a niveles tales que llegan a constituir una forma de maltrato infantil. Esta interferencia aguda se conoce como el Síndrome de Alienación Parental. Segura, Gil & Sepúlveda (2006) lo explican así:

Conducta de no interferencia: En este caso el niño no siente la pérdida de ninguno de sus padres, ya que el progenitor con el que convive anima al hijo y al padre a que se relacionen con frecuencia y se involucren mutuamente en sus vidas. La situación de no interferencia suele acompañar a un régimen de custodia que funcionalmente conlleva la toma de decisiones conjunta de los padres a favor de los hijos. Los niños suelen visitar con frecuencia al padre, lo llaman por teléfono cuando quieren o lo necesitan y disfrutan de los beneficios de la implicación de los padres en el colegio, en actividades extraescolares y de cualquier otro tipo. La interferencia sería el caso contrario que comienza con una obstaculización leve de la relación del hijo o hija con el progenitor no custodio y puede llegar a ser de tal tipo que nos encontramos ante una verdadera obstaculización a la relación del/la menor con el progenitor no custodio de tal magnitud que constituye un tipo de maltrato infantil cuyas estrategias sutiles, su apoyo en creencias socialmente aceptadas y su desarrollo en la intimidad del hogar hacen difícil su descubrimiento y abordaje. Estos niños, de adultos, tienen una gran probabilidad de ser inválidos emocionales e intelectualmente rígidos.

La primera definición que se realiza sobre esta realidad, es de Richard Gardner en 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.

Otros autores como Aguilar lo definen como un trastorno caracterizado por un conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor.

Al señalarse claramente que el derecho de interrelación es recíproco, pero limitado a la circunstancia de que el contacto resulte en el mejor interés de la persona menor de edad, resulta clara la trascendencia que tiene llegar a determinar si el progenitor o la progenitora que se opone a la visita del otro o de la otra cuenta efectivamente con argumentos razonables, o si, por el contrario, es solo su propio interés lo que lo o la motiva para interferir en la relación del otro progenitor o de la otra progenitora con los hijos y las hijas comunes.

c) La pobreza

A lo largo de este trabajo, he venido insistiendo en que el padre y la madre tienen el deber de satisfacer las necesidades emocionales de sus hijos e hijas, y que el medio idóneo para lograrlo es a través de un correcto apoyo afectivo. Entendiendo que la práctica de este apoyo se expresa generalmente a través de la proximidad física (caricias, gesticulación, contacto físico), algunos estudios han encontrado que las personas en situación de pobreza presentan mayor dificultad para dar y recibir esas muestras de afecto.

Aguirre Dávila estudió la relación que existía en Bogotá entre las prácticas de crianza y la pobreza y arribó a unos resultados que bien pueden trasladarse a la realidad costarricense. El referido psicólogo comenta:

La pobreza es uno de los factores que más perturba esta relación, dado que las familias que enfrentan condiciones de extrema dificultad económica o que se ven avocados a una repentina crisis en la economía familiar, ya sea por el desempleo o por el desplazamiento forzado, genera en los adultos tensión e inestabilidad emocional, lo que los conduce a reaccionar, frente al comportamiento de los niños, manifestando conductas violentas y poco reflexionadas, o con desinterés y distanciamiento de la realidad cotidiana de los niños.

Más aún, este tipo de comportamiento se ve favorecido por el hacinamiento y la permanencia continua de los diferentes miembros del grupo dentro del espacio familiar. Bajo estas circunstancias, aunque las pautas, las normas que rigen el cuidado de los niños, y las creencias, las explicaciones sobre el sentido de la crianza, no se ven del todo afectadas, sí es muy probable que las prácticas se transformen negativamente; las caricias se cambian por golpizas, las expresiones verbales de cariño se tornan insultos, en fin se produce una metamorfosis en el actuar de los padres.

Cuando las familias siempre han permanecido bajo el nivel de pobreza, se observa que ésta es la forma “normal” de actuar, lo cual se debe principalmente a la repetición de patrones de crianza aprendidos en “carne propia” y a la imposibilidad de modificarlos por falta de acceso a la educación y con ello a un capital cultural más sensible a las características del desarrollo infantil.

En otras palabras, si en condiciones normales el apoyo afectivo da origen a relaciones de poder más equilibradas entre los adultos y los niños, además, genera confianza en sí mismo y en los demás, y facilita la participación activa en las redes sociales que rodean a la familia, bajo condiciones de pobreza, la inestabilidad psicoafectiva de los padres, creada por esta circunstancia, da origen al aislamiento y a la inseguridad de los niños, a una pobre comunicación de las vivencias internas y a un estado de permanente intolerancia respecto a algunas manifestaciones comportamentales de sus hijos.

VI. Información relevante obtenida en el trabajo de campo

Los temas desarrollados en los capítulos precedentes podrían considerarse como el marco teórico para el presente trabajo de investigación. Con los conocimientos adquiridos y con el fin de contrastar la teoría con la realidad social, realicé una serie de entrevistas a diferentes personas. Esperando la mayor sinceridad en las respuestas de las personas entrevistadas, les manifesté que no me indicaran sus nombres, aunque sí sus edades, pues me pareció importante indagar si existía diferencia en la percepción, dependiendo de la edad y del sexo.

Las respuestas recibidas en algunos casos fueron las que esperaba, pero en otras resulté sorprendido. A grandes rasgos y reconociendo lo limitado y la falta de rigor científico de las entrevistas, pude apreciar lo siguiente:

1. En la vida cotidiana de las familias no separadas y sin mayores apuros económicos, parece que se está produciendo un cambio de paradigma con relación a las formas de manifestar el afecto, ya que existe un cambio en la percepción de la importancia de la afectividad para el desarrollo saludable de hijos e hijas.

En general, las personas entrevistadas indicaron que reconocían la importancia que tenían el dar y el recibir muestras de afecto. Las personas señalaron que se sentían bien en ambos extremos y expresaron que, desde la posición de hijos e hijas, les brindaba una sensación de pertenencia y seguridad; y que, desde la posición de padres y madres, les resultaba altamente gratificante construir estos lazos afectivos. Las personas adultas mayores manifestaron, en su mayoría, que sus padres y madres “no eran de dar cariño”, aunque sabían y sentían que fueron queridas por ellos. Las personas de edad madura, las y los jóvenes adultos, los y las adolescentes y los niños y las niñas coincidieron en que estaban dispuestos a brindar muestras físicas de afecto y no mostraron recelo en recibirlo. A manera de ejemplo, un joven de diecinueve años comentó que su padre era cuarenta años mayor que él y que nunca le expresó físicamente el afecto. Señaló que lo entendía “por la edad que tenía”, pero que definitivamente sí le hubiera gustado recibirlo.

Por su parte, una joven de veintiún años, embarazada, explicó que estaba dispuesta a que el padre de su hija se relacionara frecuentemente con ella, y no vio problema en el contacto físico afectivo.

Todas las personas fueron entrevistadas al azar, y esto me permitió apreciar que los apuntes de Aguado Martínez, Guerra, Oliveros Aguilar (2004), de la Torre (2005) y Moncher (2006), entre muchos otros, ciertamente no se encontraban equivocados.

2. Los hombres están más convencidos de la bondad de manifestar abiertamente el afecto, tanto en la forma de darlo como de recibirlo.

Con la salvedad que se dirá, los hombres entrevistados expresaron abiertamente su convencimiento de que el afecto debe manifestarse abiertamente. Las mujeres no vieron con malos ojos estas muestras afectivas entre hombres y más bien indicaron que se sentían a gusto con esas prácticas.

A manera de ejemplo, dos hombres adolescentes entrevistados simultáneamente reconocieron que ambos recibían el cariño de sus padres y que estaban en la mejor disposición de dárselo a sus hijos, llegado el momento. Al consultárseles, queriendo buscar empatía con el lenguaje utilizado, “si no les daba color” que les manifestaran el cariño en público, dijeron que ciertamente que sí, pero que era soportable, pues peor sería que no los quisieran.

3. Los hombres con menos recursos económicos encuentran más dificultad para manifestar el afecto.

En distintos parques de la provincia de Heredia, se entrevistó a personas que aparentaban que no tenían mayores apuros económicos. Ese fue el motivo por el que me trasladé a Guararí, una localidad marginal. Aquí sí encontré resistencia para dar y recibir afecto. Entrevisté a cuatro personas, dos hombres y dos mujeres, y todos manifestaron rechazo. Una de las mujeres incluso expresó que “eso es de playos”.

En ese contexto, parece entonces que los hombres encuentran mayores barreras para dar y recibir muestras físicas de afecto a sus hijos e hijas. Indiscutiblemente, sería conveniente profundizar sobre este tema desde una perspectiva sociológica; pero con prenociones legas, se podría justificar esta circunstancia en el hecho de que el estado de angustia que genera la carencia de medios económicos dificulta grandemente –si no es que impide– estar en condiciones emocionales apropiadas para dar muestras físicas de afecto. La sabiduría popular bien señala: “Panza llena, corazón contento” y “El dinero no es la felicidad... ¡pero cómo ayuda!”.

Aunque muy reducida, la muestra también refleja la variable que Aguirre Dávila señala en su estudio. Como parte de la investigación, también entrevisté a profesionales que tenían relación directa con los procesos de interrelación familiar, tanto en la sede judicial como en la sede administrativa. Así, conversé con la licenciada Giselle Solórzano Guillén, abogada litigante de quien conozco su especial virtud para atender procesos familiares; con la licenciada Flora Marín, trabajadora social de la Oficina Local de Heredia Norte del Patronato Nacional de la Infancia; con la licenciada María Sell Hidalgo y el licenciado Luis Eduardo Aguilar, psicólogos de la misma institución, y con la licenciada Roxana Barrantes Cambroneró, trabajadora social del Juzgado de Familia de Heredia.

El psicólogo y las demás profesionales entrevistadas tienen en común que abordan estos conflictos precisamente cuando son tales; es decir, cuando ya se ha presentado alguna dificultad para que la relación se produzca de manera “natural”. Todos coincidieron en señalar que, en la mayoría de los casos, lo que prevalecía era el conflicto entre los adultos, es decir, que eran sus propias diferencias las que dificultaban o entorpecían la interrelación del padre o de la madre con el hijo o la hija con quien no convivían. El abordaje interdisciplinario entonces se enfoca en ese aspecto, sin dejar de lado, por supuesto, la enseñanza de las formas correctas para manifestar el afecto. Otra opinión generalizada era que la educación de las personas les facilitaba la comprensión de la importancia de la interrelación familiar.

La conversación con la abogada fue particularmente importante, pues, por un lado, fue clara al señalar que desde su campo profesional, ella percibía un cambio en las actitudes de los progenitores, pues cada vez eran más los padres quienes se interesaban por afianzar los lazos emocionales con sus hijos e hijas. Agregó que aunque en algunos casos se observó que lo que había detrás era un deseo de molestar al otro progenitor, lo más usual era que ese interés por afianzar la relación paterno o materno filial era auténtica. Hizo otra observación interesante cuando refirió que ella ocasionalmente brindaba asesoría profesional a personas de escasos recursos económicos y que, en estos casos, la visión era distinta, pues se consideraba que la crianza de los hijos correspondía a la madre, y que el deber del padre se restringía a su rol de proveedor.

En el plano procesal, la licenciada Solórzano realizó críticas bastante concretas, indicando que el excesivo ritualismo y la formalidad procesal entorpecían y demoraban –muchas veces de forma exagerada– la posibilidad de establecer o de restaurar la relación familiar. Expuso su malestar con la forma en que algunos funcionarios y algunas funcionarias atendían este tipo de conflictos, pues señaló que sentían una invasión a la intimidad más allá de lo estrictamente necesario, y señaló que se sentía algo defraudada, pues, en algunas ocasiones, era prácticamente imposible ejecutar lo resuelto.

De las entrevistas a las personas que atienden profesionalmente los asuntos de interrelación familiar, extraje dos conclusiones importantes:

1. Los conflictos DE LAS PERSONAS ADULTAS provocan que no se produzca o que deje de producirse el contacto afectivo entre padres o madres y sus hijos e hijas.
2. Cuando el conflicto se traslada a la sede judicial y/o administrativa, la respuesta institucional es insuficiente e insatisfactoria.

VII. ¿Qué puede y qué NO puede hacer el derecho?

a) Confrontación con la realidad

Lo que ha sido expuesto hasta el momento me permite afirmar que la afectividad positiva es una necesidad de toda persona y que, para lograr desarrollarla, se requiere que ambos progenitores brinden un adecuado apoyo afectivo a sus hijos e hijas desde su más tierna infancia.

El derecho ha reconocido la trascendencia que tiene el contacto adecuado entre el padre y la madre con los hijos e hijas y, en consecuencia, la regla es que la relación se produzca. La excepción es la interrupción o suspensión de ese derecho, únicamente en aquellos casos en que el contacto no satisfaga el mejor interés de las personas menores de edad.

El proceso de interrelación familiar es el medio por el cual resulta posible resolver el conflicto y, en razón de que la formación de la personalidad, la salud emocional y el desarrollo de la inteligencia de niños y niñas están en juego, es necesario un abordaje adecuado, pero sin que la decisión demore más allá de lo estrictamente necesario.

Me parece importante hacer mención específica de que ya existen pronunciamientos judiciales donde se reconoce la importancia del desarrollo de la afectividad a través del establecimiento judicial de regímenes de visita, teniendo siempre como parámetro que la visita resulte como el mejor interés del niño y de la niña.

Así, por ejemplo, Puig Bordas y Verdaguer de Lorenzo mencionan que se determina, en la sentencia número 432/2001, pronunciada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Castellón:

que debe cuidarse el establecimiento de un sistema que permita al menor el mantenimiento de un grado de relación con sus progenitores, incluso con aquel que no conserve su custodia. Establece que con ello se debe garantizar en la medida de lo posible, el mayor grado de estabilidad y afectividad del menor, que a su vez coadyuve al máximo desarrollo del potencial del mismo. Pero el incumplimiento de los deberes impuestos puede conllevar, siempre en interés del menor, la limitación o suspensión del derecho de visitar, comunicar y tener en su compañía al hijo menor el progenitor que no convive con él. Debe justificarse con razones más que suficientes, despreocupándose de la menor, como no visitándola ni llamándola por teléfono, y oyendo a la menor.

Si el proceso cumple los fines para los que ha sido diseñado, entonces a través del derecho, se puede lograr que la relación del padre o de la madre con sus hijos e hijas se haga efectiva, incluso con utilización de medios coercitivos. Lo que el derecho NO puede lograr es que un padre o una madre cumpla satisfactoriamente con su deber de brindar afecto a sus hijos e hijas. En este particular, por encima de cualquier norma jurídica, la EDUCACIÓN resulta indispensable.

b) Comprobación del fundamento de las críticas al sistema procesal

Según se expuso en el capítulo precedente, la abogada entrevistada formuló tres críticas concretas al proceso de interrelación familiar:

1. El ritualismo y la formalidad procesal hacen que la solución del conflicto tarde demasiado. Parafraseando a la licenciada Solórzano, "se tramitan como sumarios, pero se convierten en algo peor que un ordinario".

2. La forma en que los funcionarios y las funcionarias abordan el conflicto no siempre es adecuada, pues en algunas ocasiones, existe intromisión innecesaria en la vida privada.
3. En algunos casos, resulta casi imposible ejecutar lo resuelto.

Dos sentencias emitidas por el Tribunal de Familia permiten comprobar que las críticas son fundamentadas. Por tanto, las transcribiré en lo que considero atinente, subrayando aquellos conceptos más relevantes y, posteriormente, consignaré por qué la crítica al sistema merece ser escuchada.

a) Sentencia 1709-06

13:50 horas del 24 de octubre de 2006

Expediente 03-002202-0165-FA

CONSIDERANDO: [...]“No existe en autos pericia alguna de orden técnico medica que determine la inidoneidad de la madre, en el ejercicio de su rol de tal. De modo que nada justifica la conducta imprudente del padre, quien en un afán de lograr acomodar su vida del mejor modo y a sus circunstancias actuales, deja de lado a su menor hija, obviando que esta tiene su propio proyecto de vida a desarrollar y que los niños son una estructura de sentimientos y emociones fácilmente vulnerables, y que la trascendencia en su formación del adulto que será mañana la constituyen las especies positivas o negativas que les haya pasado vivir en cada etapa de su existencia.

En autos ha quedado demostrado la débil relación afectiva existente entre la madre y su hija a raíz no solo del desarraigo sino además de una desvinculación procurada, pero no se demostró ni la inidoneidad de la madre en ejercicio de su papel de tal, ni que esta le sometiese a situaciones de riesgo o abandonado.(sic) Si bien la madre otrora no realizó sus mejores esfuerzos como madre, o no puede calificarse de la mejor manera en el desempeño de los múltiples roles, proveedora, cocinera, guardadora, etc en relación a la totalidad de su prole por tratarse de una mujer sola, eso puede sustanciarse a través de una mejor administración de su vida y del aprendizaje, por lo que se ordena a la madre concurrir al curso de escuela para padres del hospital de niños, ello con el fin de que venza, los obstáculos a enfrentar como madre a futuro. La atribución de la guarda, crianza y educación de un menor no puede ni debe hacerse con un carácter sancionador sino como líneas atrás se apuntó en atención al interés superior del menor. Principio que de igual manera rige para establecer un régimen de visitas como ya se enuncia al principio de la sentencia por lo que consecuentemente se procede revocando parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar se fija el siguiente régimen de visitas un día por semana una hora con supervisión del despacho a cargo. Sin perjuicio que el mismo se acreciente una vez que se produzca la vinculación requerida.

b) Sentencia 1118-05

8:10 horas del 3 de agosto de 2005

Expediente 02-401629-0186-FA

Resultando:[...] 3. El Licenciado R.E.Q., Juez Primero de Familia de San José, por sentencia dictada al ser las diez horas del veinte de abril del dos mil cinco, resolvió: “POR TANTO: Con base en lo expuesto, se falla: Se declara con lugar la demanda en la forma en que se dirá: Se le ordena a la señora M.C.S. que deberá presentar a la menor K. a la oficina de psicología de este juzgado, todos los días viernes, a las quince horas treinta minutos, el acercamiento entre el padre y la menor, sin la presencia de otros familiares, será dirigido por la psicóloga del despacho durante una hora, este horario se mantendrá durante seis meses, salvo recomendación expresa de esa profesional. En el evento de que la madre no pueda acompañar a la menor a las visitas programadas podría delegar esta obligación en cualquier otro familiar o persona de su confianza. Se le advierte a la señora M.C.S., en forma clara y precisa que en caso de que no cumpla con lo ordenado en esta sentencia, se le podrá seguir causa por el delito de desobediencia a la autoridad, y se ejercerán todos los medios que la ley pone a disposición del despacho para hacer cumplir el régimen establecido, incluyendo como último recurso el auxilio de la fuerza pública, porque las sentencias se dictan para ser cumplidas. El régimen aquí establecido entrará en vigencia una vez que el fallo queda firme, antes no, pues todas las partes tienen derecho a impugnarlo ante el Superior Jerárquico, quien dictaría la decisión definitiva. Sin sanción en costas procesales y personales.”

Considerando[...] III. La progenitora, sustenta su inconformidad en lo difícil que resulta para ella el poder acudir con su hija a la visita supervisada que se ordenara, con la finalidad de provocar el acercamiento paulatino entre padre e hija. ...

IV. La decisión recurrida, propone una solución al conflicto planteado en relación a los derechos de la niña K. de compartir con su padre H.C.A., en tanto no existen elementos probatorios para disponer en contrario y ello apunta también a que debe haber apoyo por parte de la madre para cumplir con lo establecido, además de la supervisión técnica, que por lo demás permitirá evaluar en su momento qué tanto se requiere de esta compañía profesional y el plazo para tal propósito.

V. Así entonces, se infiere de los alegatos de la madre en esta sede, que el posible inconveniente se refiere a aspectos de orden humano, entendibles, mas no admisibles para modificar la resolución recurrida, de tal suerte que serán ambos progenitores con el apoyo de sus familiares cercanos, los que tendrán que cooperar activamente para que el régimen de interrelación ordenado debidamente por el juzgado de primera instancia, se cumpla a cabalidad. Consecuencia de lo expuesto es que procede confirmar en lo apelado, la resolución recurrida.

En mi opinión, estas sentencias permiten comprobar que existe una excesiva demora para la resolución del conflicto. Obsérvese que, en ambos casos, las decisiones tardaron aproximadamente tres años. En el primer ejemplo, el proceso se interpuso en el 2003, y la sentencia de segunda instancia, que fue la que concedió el régimen de visita, se emitió el 24 de octubre de 2006; en el segundo, el proceso fue iniciado en el 2002, y la sentencia de segunda instancia, que confirmó la de primera instancia, fue emitida el 3 de agosto de 2005. Es difícil de comprender que, en este segundo caso, el señor

juez de primera instancia consignó que su sentencia no sería ejecutable, sino hasta que existiera pronunciamiento del superior, en caso de que fuera apelada.

Cuando la decisión ha demorado tanto, parece imposible evitar el desapego de la persona menor de edad hacia su progenitor(a) y, al mismo tiempo, se cohonestan la labor impeditiva del (de la) progenitor(a) que ostenta la custodia. Si es cierto, tal como las encuestas realizadas a particulares lo reflejaron, que se ha venido produciendo un cambio de paradigma y, que por eso mismo, ahora existe mayor compromiso de padres y madres en expresar el afecto a sus hijos e hijas, la demora en la resolución de los procesos de interrelación familiar significa no una reproducción del analfabetismo afectivo, sino que la afectividad no se desarrolle del todo o, cuando menos, que no se siga produciendo aquella que en algún momento se había iniciado.

Las sentencias también muestran un tratamiento inadecuado al tema de género y una injustificada intromisión en aspectos de la vida íntima. En la primera de ellas, se consignó que no existían motivos para impedir a la madre que se relacionara con su hija; aun así, se le indicó que ella debía administrar mejor su vida y hasta fue remitida a un programa de escuela para padres. Aquí la sentencia es contradictoria o es irrespetuosa. Si no hay motivos para impedir que la madre visite a la hija, ¿por qué se le cuestiona la forma en que administra su vida?

En lo que respecta al tema de género, la redacción de la primera sentencia es desafortunada, pues sin mayor justificación, da a entender que la madre sola (victimización) por ser mujer es la que debe cocinar y guardar a sus hijos. En el segundo caso, el tribunal en realidad nunca valoró el motivo de la apelación y, con ello, ignoró la necesidad de la mujer. La madre argumentó que se encontraba imposibilitada de cumplir con su obligación de presentar a la niña a la hora y fecha que le fueron impuestas.

Sin pretender introducir elementos sorpresivos, no es fácil adivinar que se trata de una imposibilidad por motivos laborales (viernes, 3:30 p.m.). La sentencia de segunda instancia simplemente ignora el motivo argumentado (ginopia), confirma la sentencia e indica que la madre tiene el deber de cooperar para que la visita se realice.

En este tópico, es posible apreciar un elemento adicional: las condiciones impuestas para la ejecución se ajustan a las necesidades de la Administración Pública, pero no a las necesidades de las personas.

La tercera crítica, relacionada con la dificultad de la ejecución, no se desprende de las sentencias, pero ciertamente es así. Es posible advertir al progenitor incumpliente que si no obedece la orden del órgano jurisdiccional, podría incurrir en responsabilidad penal. Es más, podría ser procesado y condenado en dicha sede, y el contacto efectivo del niño o de la niña con su otro progenitor podría no suceder nunca.

Por otro lado, no resulta extraño que mediante formulación de “incidentes”, el progenitor incumpliente procure evadir lo dispuesto en una sentencia. Hay que reconocer que, en algunos casos, pueden surgir nuevos motivos y que, en esas circunstancias, resulta oportuno revisar lo resuelto; pero en muchos otros, lo único que se persigue con estas gestiones es volver a someter los mismos argumentos que ya fueron valorados en la sentencia, para procurar una modificación de lo resuelto.

c) Propuestas de cambio

1. Simplificación de los procesos de interrelación familiar

Las juezas y los jueces de familia tenemos la obligación de resolver los conflictos jurídicos sometidos a nuestro conocimiento de la manera más justa posible, teniendo en cuenta el hecho de que la justicia tardía es, por sí misma, injusta. En el tema de la interrelación familiar, tenemos que apropiarnos de los conceptos psicológicos de afectividad y apego –entre muchos otros– y su incidencia en la salud, en la construcción de la personalidad, en el desarrollo de la inteligencia y hasta en la consolidación de la democracia. Una vez que hayamos introyectado esa trascendencia, comprenderemos que los procesos en donde se dirimen estas pretensiones deben ser resueltos rápidamente; es decir, su duración debe ser la estrictamente necesaria, y sin que esto signifique que se emitan decisiones atolondradas.

Yo considero que el ordenamiento jurídico costarricense ya contiene un mecanismo para que estas pretensiones para la interrelación familiar sean tramitadas de una manera más ágil que la que contiene el proceso sumario. Esa vía es la que el artículo 151 del Código de Familia prevé, esto es, “sin necesidad de las formalidades del proceso y sin que las partes requieran el patrocinio de un profesional en Derecho”. Las razones por las que considero posible no tramitarlas mediante proceso sumario son, básicamente, las siguientes:

La Ley 7130, que es el Código Procesal Civil, se publicó el tres de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y entró a regir seis meses después de la publicación, es decir, el tres de mayo de mil novecientos noventa. El inciso 10) del artículo 432 del referido Código señala que en proceso sumario se tramitan

las autorizaciones o aprobaciones que exige el Código de Familia, así como la resolución sumaria de conflictos surgidos en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de familia, en las que se requiera la intervención de los tribunales. Se exceptúan los asuntos que se indican en el artículo 420 y los que en otras disposiciones de este Código o en otras leyes tengan un procedimiento especial.

En esa misma Ley 7130, se modificó el artículo 9 del Código de Familia, el cual pasó a indicar lo siguiente: “Las autorizaciones o aprobaciones de los tribunales que este Código exige en determinados casos, se extenderán mediante el proceso sumario señalado en el Código Procesal Civil, cuando no esté establecido otro procedimiento”.

En aquel tiempo, el párrafo primero del artículo 138 del Código de Familia, que luego pasaría a ser el número 151, disponía lo siguiente:

El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la patria potestad sobre los hijos nacidos en el matrimonio. En caso de conflicto, predominará lo que decida el padre, mientras el Tribunal, en procedimiento sumario, no resuelva cosa distinta, tomando en cuenta el interés del menor.

Resultaba congruente entonces que cualquier conflicto que se originara con ocasión del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes parentales sería dirimido mediante trámite sumario. Como se aprecia, era absolutamente congruente la vía procesal que los artículos 432 del Código Procesal Civil, 9 y 138 del Código de Familia señalaban.

De aquel momento histórico al actual, ha existido una gran evolución normativa, doctrinaria y jurisprudencial, tanto en aspectos sustanciales como en aspectos formales en el derecho de familia. En el tema que aquí se intenta explicar, los cambios normativos más relevantes se produjeron con la ratificación costarricense de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 7184; la promulgación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Ley 7142, y del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739; la aprobación de la adhesión al Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley 7746, y la aprobación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Ley 8032.

Tal como señalé en capítulos precedentes, *grosso modo*, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se reconoce expresamente el derecho que las personas menores de edad tienen no solo a saber quiénes son sus padres, en la medida de lo posible, sino también el derecho que tienen los niños, las niñas y los y las adolescentes de crecer y desarrollarse al lado de ambos progenitores.

En el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, se reconoce que ese derecho va en dos sentidos, pues aquel progenitor que no conviva con sus hijos tiene derecho de relacionarse periódicamente con ellos. La doctrina, no solo jurídica, sino de otras ramas del saber humano como la psicología y la sociología, también ha desarrollado conceptos que favorecen el contacto frecuente entre padres e hijos.

Jurisprudencialmente, la Sala Constitucional ha venido evolucionando en sus conceptos y ha llegado a establecer una igualdad absoluta entre progenitores, independientemente del hecho de que los hijos y las hijas hayan nacido dentro del matrimonio o fuera de él.

Así, muy sucintamente, se puede apreciar que en el voto 1975-1994, la Sala indicó que si un progenitor reconocía al hijo extramatrimonial voluntariamente, y la madre consentía expresamente en el reconocimiento, el padre compartiría con la madre de pleno derecho la autoridad parental. Si no era en esas condiciones que el hijo adquiriría su filiación paterna, entonces el padre debería solicitar autorización al juez de familia para compartir la patria potestad.

Luego, en el voto 2050-2001, al evacuar la consulta legislativa de constitucionalidad del entonces proyecto de Ley de Paternidad Responsable, la Sala entendió como válido que si la negativa del padre o de la madre a reconocer a sus descendientes hacía necesaria la declaración judicial o administrativa de la filiación, entonces ellos no ejercerían la patria potestad sobre sus hijos e hijas, interpretando – desde entonces – que si un padre solicitaba que se realizara la prueba científica para probar el vínculo biológico, eso no debería considerarse como una negativa a reconocer.

Este pronunciamiento traía como consecuencia que aun en el caso de que no se hiciera el acto formal del reconocimiento y fuera necesario que la paternidad fuera declarada por parte de autoridades administrativas o judiciales, en ciertas circunstancias los dos progenitores compartirían el ejercicio de la autoridad parental.

Más recientemente, en el voto 12019-2006, la Sala resolvió que el hecho natural de la procreación implicaba que los padres y las madres debían compartir la patria potestad, pues el derecho de saber quiénes son sus padres y el derecho de crecer y desarrollarse al lado de ellos son primordialmente de los hijos, por lo que solo en algunos casos, a petición de parte y con plena garantía de que se pueda ejercer el derecho de defensa, alguno de los progenitores –o ambos– pueden ser suspendidos o privados del ejercicio de la autoridad parental.

Ahora bien, la Ley de la Promoción de la Igualdad Social de la Mujer modificó el párrafo primero del artículo 138 del Código de Familia –actualmente 151– y a partir de su entrada en vigencia, el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa, la norma señala lo siguiente:

El padre y la madre ejercen, con iguales derechos y deberes, la autoridad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio. En caso de conflicto, a petición de cualquiera de ellos, el tribunal decidirá oportunamente, aún sin las formalidades del proceso y sin necesidad de que las partes acudan con un profesional en derecho. El tribunal deberá resolver tomando en cuenta el interés del menor.

De acuerdo con las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional recién señaladas, este artículo bien puede ser aplicado también a los padres de los hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio.

El cambio procedimental que se produjo es significativo, pues al disponer que “el tribunal debe decidir oportunamente, aún sin las formalidades del proceso”, el legislador ha permitido un trámite más expedito, más informal, más ágil, para la resolución de los conflictos que se originan entre los progenitores con ocasión del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que tienen en su condición de tales.

Con ese diseño legislativo, se hacen realidad principios como el de gratuidad o costo mínimo del proceso familiar (al no exigirse la intervención de abogados) o como el de informalidad, cuando las partes y los juzgadores no tienen que atarse a un engorroso trámite judicial.

La decisión “oportuna” no significa que en todos los casos se tenga que resolver inmediatamente. Lo interesante es que la flexibilidad del diseño permite discriminar en qué casos se puede emitir una decisión de forma casi inmediata y en qué casos el asunto merece mayor atención.

Así, cuando ni siquiera se exponen motivos para oponerse a que el hijo o la hija se relacione con el progenitor con quien no convive, la decisión tiende a ser pronta. Pero si se exponen situaciones nocivas para la persona menor de edad, entonces será procedente profundizar en el caso y ordenar, por ejemplo, estudios sociales o psicológicos.

También se debe tener en cuenta que, desde hace más de nueve años, el artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia estipula que

las personas menores de edad que no vivan con su familia tiene derecho a tener contacto con su círculo familiar y afectivo, tomando en cuenta su interés personal en esta decisión. Su negativa a recibir una visita deberá ser considerada y obligará a quien tenga su custodia a solicitar, a la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, que investigue la situación. La suspensión de este derecho deberá discutirse en sede judicial.

Entonces, si se parte de que ambos progenitores tienen derecho de compartir con sus hijos e hijas menores de edad y que, recíprocamente, los hijos e hijas tienen derecho de crecer y desarrollarse al lado de ambos progenitores, entonces es válido pensar que si la relación o el contacto entre progenitores, hijos e hijas se dificulta o se impide, es porque los padres no han logrado ponerse de acuerdo, lo cual por definición es un conflicto.

Eso sí, debo ser enfático en el hecho de que si el conflicto que se presenta entre los progenitores es de tal magnitud que ya ha sido conocido en un proceso de suspensión o de pérdida de la autoridad parental, entonces las reglas procesales varían. Por tanto, si en un proceso se ha decretado la pérdida de la autoridad parental mediante sentencia firme, el tema ha quedado resuelto en forma definitiva y el progenitor que ha sido privado de ella no podrá luego solicitar un régimen que le permita relacionarse con sus hijos e hijas.

Nótese que cuando judicialmente se decreta la pérdida de la autoridad parental, los motivos que llevan a esa decisión son sumamente graves: abandono, violación, abuso deshonesto, corrupción, lesiones graves o gravísimas. (Artículo 158, incisos c) y d) del Código de Familia).

Si mediante sentencia firme se ha decretado la suspensión de la autoridad parental, entonces el progenitor que ha sido suspendido debe gestionar que se le rehabilite en todos o en algunos atributos de la autoridad parental, petición que debe realizar en el mismo proceso, por vía incidental. Este progenitor tendrá el deber jurídico de demostrar que ha superado aquellos problemas que llevaron a la autoridad jurisdiccional a suspenderlo de sus atributos parentales. Así, por ejemplo, si se le suspendió de la patria potestad por problemas de drogadicción, entonces tendrá que probar que se encuentra desintoxicado, que no existen indicios de una recaída y, por encima de todo, que la rehabilitación en el ejercicio de la autoridad parental representa lo mejor para el interés del hijo o de la hija.

A pesar de que el régimen de visitas no es absolutamente inherente al ejercicio de la autoridad parental, no considero irracional o desproporcionado que si un progenitor ha sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad, entonces deba peticionar incidentalmente dentro del mismo proceso para que se le permita relacionarse con su hijo o hija. Como recién se explicó, si hubo sentencia que lo suspendió en el ejercicio de la patria potestad, es porque hubo razones para considerar nociva la relación.

Entonces, sintetizando, yo estimo que pueden realizarse las pretensiones para la fijación de un régimen de interrelación familiar por vía del artículo 151 del Código de Familia, siempre con la obligación de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa. La tramitación de esa pretensión bien podría tener como parámetro la que está prevista para los casos de violencia doméstica, con audiencia por el plazo de tres días para que la parte demandada manifieste su posición sobre la petición formulada por la parte actora y ofrezca su prueba, y con una convocatoria a una audiencia oral y privada en un plazo razonablemente corto.

Valga señalar, a manera de comparación, que en otros sistemas también se ha flexibilizado el proceso donde se conoce este tipo de pretensiones. En Chile, por ejemplo, la Ley 19.711 reformó algunos artículos -y a adicionar otro- de la Ley 16.618, y ahora, el artículo 48 bis contiene el proceso para el conocimiento de los procesos de interrelación familiar. Es un proceso basado en el sistema de la oralidad, con demanda y contestación escritas, con emplazamiento corto (de cinco días) y la convocatoria a audiencia oral dentro de los diez días siguientes, en la que se intenta la conciliación, pero a falta de ella, se evacua la prueba. Al final de la audiencia, se emite la sentencia, a menos que se considere necesario realizar alguna pericia.

2. Creación de puntos de encuentro familiar

En mi opinión, el abordaje de la problemática familiar en general -y en particular de la interrelación familiar- no tiene por qué hacerse única y exclusivamente desde el Poder Judicial. El Estado es uno solo y es a él, a través de sus instituciones, a quien le corresponde cumplir y hacer cumplir las obligaciones que emanan de nuestra Constitución Política.

Así, cuando el artículo 51 de nuestra Carta Magna dispone que “la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado”, debe entenderse que se trata de una norma programática que para ser cumplida precisamente requiere de acciones afirmativas que la hagan efectiva.

En este particular, no solo es la familia como institución, sino también el derecho fundamental a la vida familiar el que debe ser protegido y fortalecido mediante acciones concretas del Estado costarricense. Una de estas acciones bien puede ser la creación de lo que en España recibe el nombre de “puntos de encuentro familiar”. Un punto de encuentro familiar es un espacio neutral y acogedor donde se va a facilitar el encuentro de la persona menor con el progenitor no custodio y/o la familia biológica, con el fin de cumplir el régimen de visitas, en aquellos casos donde las relaciones son conflictivas.

En Murcia, por ejemplo, este servicio es prestado por la Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia en colaboración con la Asociación para la Mediación de la Región de Murcia, estando cofinanciado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Como se aprecia, a través del órgano o poder ejecutivo, el Estado crea y administra estos centros, facilitando así las disposiciones adoptadas por el órgano jurisdiccional. El objetivo que se persigue, evidentemente, es facilitar la relación paterno o materno-filial, garantizando la seguridad y el bienestar de la persona menor en situaciones de conflicto y, según el grado de dificultad, consiste en la recogida y entrega de menores con posibilidad de permanencia en el punto de encuentro familiar, o bien, en la visita tutelada.

Lo más interesante es que estos puntos de encuentro familiar no tienen por qué limitarse al horario de trabajo de los tribunales de justicia, y bien pueden trabajar en horas y días tradicionalmente no hábiles y, por ese mismo motivo, son los espacios que mejor pueden suplir las necesidades de las personas adultas y menores de edad.

Con la creación de estos puntos de encuentro familiar, el Estado costarricense estaría garantizando el derecho a la vida familiar, priorizando las necesidades de la ciudadanía en lugar de que esta se tenga que ajustar a la necesidades de la Administración Pública.

VIII. CONCLUSIONES

Habiendo explorado la importancia de la afectividad y la trascendencia que esta representa para el desarrollo de cada persona, la investigación realizada me permite formular las siguientes conclusiones que considero fundamentales:

1. Desarrollar una afectividad positiva es un derecho de todos los seres humanos.
2. La afectividad no es inherente a la condición de ser persona humana, sino que requiere ser aprendida.
3. Para desarrollar una afectividad positiva, resulta indispensable que los padres y las madres, como primeros agentes de socialización, brinden un adecuado apoyo afectivo a sus hijos e hijas desde su más tierna infancia.
4. El analfabetismo afectivo es un problema que ha ido dejando de ser un problema de género; pero se mantiene como un problema de clase social, en sus estratos bajos.
5. En condiciones que pueden calificarse como pacíficas y sin que las familias presenten mayores dificultades económicas, se ha venido produciendo un cambio paradigmático en la forma en que los padres expresan y los hijos e hijas reciben las muestras de afecto.
6. Las madres tienen derecho de no llevar solas sobre sus hombros la carga de la crianza de sus hijos e hijas, sino que el adecuado apoyo afectivo también compete a los padres.
7. Cuando la pareja entra en conflicto, los padres y las madres tienden a proteger sus propios intereses por encima de la responsabilidad que tienen de respetar y hacer respetar los derechos de sus hijos e hijas.

8. El proceso de interrelación familiar, tal como está siendo aplicado en estos momentos en las sedes judicial y administrativa, no satisface las expectativas de la ciudadanía.
9. La demora para adoptar una decisión provoca un distanciamiento afectivo entre los hijos y las hijas y el padre o la madre con quienes no conviven cotidianamente. Al mismo tiempo, esta demora cohonesto la labor del progenitor que impide el contacto.
10. El abordaje que las y los funcionarios que administran justicia le dan al tema a veces resulta inapropiado, pues en algunos aspectos se entrometen injustificadamente en la vida íntima de las personas.
11. El derecho debe servir como herramienta para tutelar y hacer efectivo el derecho que tienen padres y madres de relacionarse con sus hijos e hijas, así como para impedir el contacto cuando este no satisface el mejor interés de las personas menores de edad.
12. No es necesario introducir reformas legales para agilizar el proceso de interrelación familiar, sino que se puede acudir a normas ya vigentes para lograr ese propósito.
13. El derecho a la vida familiar no compete exclusivamente al Poder Judicial, sino también a otros órganos del Estado.
14. Para facilitar el disfrute de ese derecho, el Estado debe tomar acciones positivas, y una de ellas es la creación de redes de apoyo. Lo que en otras latitudes recibe el nombre de puntos de encuentro familiar podría cumplir este propósito.

FUENTES ELECTRÓNICAS

AGUADO MARTÍNEZ, M. Dolores. (Sin fecha). *Inteligencia emocional ¿Prioritaria en los centros escolares?* Recuperado el 19 de enero de 2008 de http://www.apoclam.net/proyectos/pat/materiales/INTELIGENCIA_EMOCIONAL.pdf

DE LA TORRE LASO, Jesús. (2005). *Las relaciones entre padres e hijos después de las separaciones conflictivas*. Recuperado el 21 de de enero de 2008 de http://www.cop.es/delegaci/andocci/VOL.23_1_6.pdf

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. (2005) *Los derechos fundamentales del niño en el contexto de la familia*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado del 22 al 24 de noviembre de 2005 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 10 de octubre de 2007 de <http://info.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-153s.pdf>

GUERRA, Víctor. (Sin fecha). *Algunas características del niño actual y del vínculo con sus padres*. Recuperado el 20 de enero de 2008 de <http://www.psico.edu.uy/novedads/guerra02.pdf>

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. (2002). *El régimen jurídico de los Derechos Fundamentales*. 1ª Edición. Juricentro, San José, p. 27.

LA SPINA, Encarnación. (Sin fecha). *La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Recuperado el 21 de enero de 2008 de <http://www.uv.es/CEFD/14/laespina.pdf>

JARES, Xesus R. (2002). *Aprender a convivir*. Revista Interuniversitaria de Formación de Profesorado, agosto, número 044 pp. 79-92. Zaragoza. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/274/27404405.pdf> el 20 de enero de 2008. Cita a RESTREPO, L.C. (1999). *El derecho a la ternura*. Santafé de Bogotá: Arango Editores.

MONCHER, Frank J. (2006, mayo). *Maternidad y Paternidad: Los cimientos psicológicos para la seguridad y prosperidad de los niños en un mundo cada vez más complejo*. Documento presentado en el XXII Congreso de la Federación Internacional de Asociaciones Médicas Católicas: Simposio de Psicólogos Católicos "Globalidad y familia: un reto para la Psicología hoy". Barcelona. Recuperado el 21 de enero de 2008 de [http://www.fiamcbarcelona2006.org/pdf/S1.2.PsiCat_Moncher\(ESP\).pdf](http://www.fiamcbarcelona2006.org/pdf/S1.2.PsiCat_Moncher(ESP).pdf)

OLIVEROS AGUILAR, Lina Paola. (2004). *El vínculo afectivo como opción de vida en la convivencia familiar*. Tesis presentada en la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Medicina, Departamento de Pediatría, Especialización en Prevención del Maltrato Infantil. Ibagué. Recuperado el 19 de enero de 2008 de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/medicina/tesis04.pdf>

PARRA, Claudia Isabel. (2007). *Evaluación del conflicto de pareja desde la perspectiva cognoscitiva conductual*. Revista Digital de Psicología. Vol. 2, Art. 5. Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Colombia. Pp. 88-122. Recuperado el 19 de enero de 2008 de <http://moodle.fukl.edu/fukl/rdpsi/articulos/5%20Evaluacion%20del%20Conflicto%20de%20Pareja%20Claudia%20Parra.pdf>

PUIG BORDAS, Orol & VERDAGUER DE LORENZO, José. (Sin fecha). *Régimen de Visitas*. Documento en formato electrónico. Al no contar con dirección de página web, se adjunta como anexo en disco compacto.

RAMÍREZ SALGUERO, María Inmaculada & HERRERA CLAVERO, Francisco. (Sin fecha). *El desarrollo intelectual en la adolescencia*. Recuperado el 20 de enero de 2008 de <http://personal.telefonica.terra.es/web/ph/Inteligencia.doc>

SEGURA, C., GIL, M.J; SEPÚLVEDA, M.A. (2006, abril). *El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil*. SciELO España - Scientific Electronic Library Online. Biblioteca Nacional de Ciencias de la Salud. Instituto de Salud Carlos III, pp. 117 a 128. Madrid. Recuperado el 19 de enero de 2008 de: <http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/09.pdf>

TORRES HERNÁNDEZ, Jorge. (2004). *Influencia de patrones conductuales transgeneracionales familiares, en las relaciones disfuncionales de pareja*. Tesis para obtener el grado de Maestro en Ciencias, Área Psicología Aplicada. Universidad de Colima, Facultad de Psicología, Colombia. Recuperado el 20 de enero de 2008 de http://digeset.ucol.mx/tesis_posgrado/Pdf/JORGE_TORRES_HERNANDEZ.pdf.

Diccionario de la Real Academia Española. (2001). 22ª Edición. Consultado a través de la red informática en la dirección <http://www.rae.es>.

ARTÍCULOS SIN AUTOR CONOCIDO

Educación en la afectividad. Recuperado el 19 de enero de 2008 de http://www.bayard-revistas.com/info/familia/relaciones_06.php

La familia: Corazón del desarrollo humano. Recuperado el 20 de enero de 2008 de <http://portal.onu.org.do/contenidos/archivos/Cap5.pdf>

ARTÍCULOS DE PERIÓDICO

MONTAGU, Ashley. (1983, agosto, 14). *El mito de la violencia humana*. El País. Recuperado el 20 de enero de 2008 de http://www.elpais.com/articulo/opinion/mito/violencia/humana/elpepiopi/19830814elpepiopi_13/Tes

ORELLANA, Blanca. (2007, diciembre, 27). *El afecto también se aprende*. El Faro de Melilla. Recuperado el 20 de enero de 2008 de <http://www.elfaroceutamelilla.es/content/view/5346/62/>

VÁSQUEZ, Andrea. (2008, enero, 27). *Solo un 37% de los niños nacidos en el 2007 fueron de mujeres casadas*. La Nación. Recuperado el 27 de enero de 2008 de http://www.nacion.com/In_ee/2008/enero/27/pais1399669.html

ANEXO

1. Ley 16.618 de Chile, Ley de Menores

Artículos 26.1 y 48 reformados, y artículo 48 bis adicionado, por Ley 19.711 Regula el derecho a visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres. Publicada en el Diario Oficial el 18 de enero de 2001.

Art. 26. Corresponderá a los jueces de letras de menores:

- 1) Determinar a quién corresponde la tuición de los menores; establecer, en caso de desacuerdo entre los padres, la forma en que ha de ejercerse el derecho a que se refiere el artículo 229 del Código Civil, así como suspender o restringir su ejercicio, según corresponda, y declarar la suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación;

[...]

Artículo 48.- En caso de que los padres del menor vivan separados, y no hubieren acordado la forma en que el padre o madre que no tuviere el cuidado personal del hijo mantendrá con él una relación directa y regular, cualquiera de ellos podrá solicitar al juez de letras de menores que la regule. Asimismo, podrá pedir al tribunal que modifique la regulación que se haya establecido de común acuerdo o por resolución judicial, si fuere perjudicial para el bienestar del menor.

Si se sometiere a decisión judicial la determinación de la persona a quien corresponderá ejercer el cuidado personal del menor, y no se debatiere la forma en la que éste se relacionará con el padre o madre que quede privado de su cuidado personal, la resolución se pronunciará de oficio sobre este punto, con el mérito de los antecedentes que consten en el proceso.

Cuando, por razones imputables a la persona a cuyo cuidado se encuentre el menor, se frustre, retarde o entorpezca de cualquier manera la relación en los términos en que ha sido establecida, el padre o madre a quien le corresponde ejercerla podrá solicitar la recuperación del tiempo no utilizado, lo que el tribunal dispondrá prudencialmente.

En caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener la relación con el hijo dejase de cumplir, injustificadamente, la forma convenida para el ejercicio del derecho o la establecida por el tribunal, podrá ser instado a darle cumplimiento, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción, lo que no obstará a que se decreten apremios cuando procedan de conformidad al inciso tercero del artículo 66.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, la suspensión o restricción del ejercicio del derecho por el tribunal procederá cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo. Si se acompañan antecedentes graves y calificados que lo justifique, podrá accederse provisionalmente a la solicitud. La resolución del tribunal deberá ser fundada y, cuando sea necesario para su adecuado cumplimiento, podrá solicitarse que se ponga en conocimiento de los terceros que puedan resultar involucrados, como los encargados del establecimiento educacional en que estudie el menor.

El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar.

Artículo 48 bis.- Las demandas concernientes a la relación directa y regular con el menor a que se refiere el artículo precedente se tramitarán como incidente, con las siguientes modificaciones:

- a) Se dará traslado a la parte demandada por el plazo fatal de cinco días, cualquiera sea el lugar en que se encuentre al momento de ser notificada.
- b) Las notificaciones se regirán por lo dispuesto en el artículo 35.
- c) Si al evacuar el traslado el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante o no contradice en forma substancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, o vence el plazo sin que hubiere sido contestada la demanda, el tribunal resolverá de plano, con el mérito de los antecedentes, la petición del interesado.

Si, por el contrario, la parte demandada se opone a las pretensiones del demandante con argumentos que controvierten el asunto, el juez fijará la oportunidad en la cual oír al menor y citará a las partes a una audiencia de conciliación y prueba para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución.

Si no existiere regulación convencional ni judicial de la relación con el menor y en la demanda se pidiera también que sea regulada provisoriamente, el tribunal se pronunciará al momento de citar a las partes a la audiencia de conciliación y prueba, con el mérito de los antecedentes de que disponga.

- d) Cuando las partes quisieren rendir prueba testimonial, deberán presentar la lista de testigos dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que cita a la audiencia de conciliación y prueba. Los testigos podrán declarar únicamente ante el tribunal que conozca la causa y sólo serán admitidos a declarar hasta dos testigos por cada parte.

En el mismo escrito y plazo fatal deberá solicitarse la prueba pericial, la absolución de posiciones y acompañarse o solicitarse la exhibición de toda la prueba documental que no se hubiere presentado con anterioridad. La confesión judicial sólo podrá pedirse una vez por cada parte y las posiciones deberán absolverse en la audiencia de prueba. El pliego de posiciones respectivo deberá entregarse al tribunal al momento de iniciarse la audiencia. La citación de los testigos y el absolvente se notificará por cédula o carta certificada. La persona citada a absolver posiciones está obligada a concurrir personalmente, será citada por una sola vez para los efectos previstos en el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil y no tendrá aplicación lo previsto en el inciso segundo de ese precepto legal. En caso de que se solicite informe de peritos, su designación deberá efectuarse en la audiencia por el tribunal, correspondiéndole a él determinar su procedencia y los puntos sobre los cuales recaerá la pericia, correspondiendo el pago de los honorarios a la parte que solicite dicha diligencia.

El juez, si lo estima necesario, podrá decretar, de oficio o a petición de parte, la citación de los parientes a la audiencia de prueba o como medida para mejor resolver.

- e) Si no concurren todas las partes a la audiencia, ésta se celebrará con las que asistan. Al concluir la audiencia se citará a las partes a oír sentencia, entendiéndose notificadas por la sola inclusión de dicha resolución en el acta respectiva, y se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil.

LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE: APORTES DE LA PSICOLOGÍA FORENSE

Frank Harbottle Quirós¹

Resumen: En Costa Rica, para imponer una pena de prisión a una persona adulta, es necesario que en un proceso penal se demuestre que esta cometió un delito (conducta típica, antijurídica y culpable), y es esencial determinar que tenía capacidad de culpabilidad para el momento de los hechos, es decir, que era imputable. No existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia nacional en cuanto a si debe imponerse una pena de prisión o una medida de seguridad –como podría ser el internamiento en un hospital psiquiátrico– al sujeto que cometió un hecho ilícito bajo un estado de imputabilidad disminuida. En nuestro medio, esta decisión es competencia exclusiva de los jueces y las juezas, quienes en la mayor parte de los casos, se basan en dictámenes periciales elaborados por la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Poder Judicial, con el inconveniente de que los peritos y las peritas valoran a las personas acusadas dentro del proceso penal, meses o, incluso, años después del momento de la comisión del delito. Determinar que una persona actuó con capacidades disminuidas es una labor compleja, partiendo de que se está ante un estado intermedio entre la plena capacidad y la ausencia de capacidad. Es indispensable que los peritos y las peritas cuenten con los instrumentos idóneos y la preparación profesional adecuada para emitir los dictámenes, y que las personas juzgadoras tengan suficiente conocimiento en psicología forense.

1. Introducción

A través de la historia, los Estados han considerado a los sujetos “delincuentes” y “locos” como personas anormales dentro de la sociedad –fenómeno que se mantiene vigente–, lo cual ha originado que los primeros sean reclusos en centros penitenciarios (cárceles), y que los segundos sean internados en instituciones como los hospitales psiquiátricos.

Cuando en un proceso penal se concluye que una persona adulta cometió un hecho delictivo (conducta típica, antijurídica y culpable), es posible imponerle una pena de prisión. No obstante, si dentro del análisis de la culpabilidad, se determina que al momento de los hechos, el sujeto no tenía plena capacidad de comprender el carácter ilícito de estos o de adecuarse a esa comprensión, se considera que es inimputable, y, bajo estas circunstancias, resulta improcedente sancionarlo con una pena de prisión, pudiendo imponérsele una medida de seguridad como el internamiento en un centro psiquiátrico o el sometimiento a un tratamiento ambulatorio.

¹ Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Este artículo fue escrito previo a que este mismo autor publicara el libro: IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. Hacia una redefinición de la imputabilidad e inimputabilidad (con jurisprudencia), el cual se publicó en noviembre de 2012 y constituye una obra distinta e independiente al presente estudio.

En la jurisprudencia y la doctrina nacional, no existe consenso en cuanto a si debe imponérsele una pena de prisión o una medida de seguridad a la persona adulta que cometió un hecho ilícito, teniendo sus capacidades disminuidas (imputabilidad disminuida),.

El presente artículo –de índole esencialmente descriptivo– muestra lo que podríamos denominar un “estado de la cuestión”, es decir, el panorama actual sobre la imputabilidad disminuida en materia penal de adultos en Costa Rica.

En el primer apartado, se brinda una noción del concepto de imputabilidad disminuida, así como de su regulación en el ordenamiento jurídico costarricense. Posteriormente, se esbozan algunas críticas que le han realizado a esta categoría. Luego, se analiza el aporte de la psicología forense en la práctica judicial, específicamente en los casos en que los peritos y las peritas concluyen –utilizando diversos métodos– sobre la capacidad, ausencia de capacidad o capacidad disminuida de una persona al momento de la comisión de los hechos delictivos. Finalmente, se presenta una reflexión sobre la labor compleja que los jueces y las juezas penales realizan, quienes como “peritos de peritos” –sin tener mayor conocimiento en psicología forense–, deben dictar sentencias donde determinan en algunos casos que una persona actuó al momento de los hechos bajo un estado de imputabilidad disminuida.

1. Imputabilidad disminuida. Concepto y regulación en el ordenamiento jurídico de Costa Rica

De conformidad con el artículo 42 del Código Penal costarricense:

Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes.

Nuestra legislación ha optado por realizar una definición negativa del concepto de imputabilidad al disponer que es imputable quien no se encuentre en algún supuesto de inimputabilidad (enfermedad mental o grave trastorno de la conciencia). Pese a que no se establece claramente, en el derecho penal de adultos, el contenido de la imputabilidad es un estado de normalidad psíquica según criterios psiquiátricos, por lo que se parte de la presunción de que en la vida en sociedad este estado de normalidad psíquica existe, adoptándose una presunción legal *iuris tantum* (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-00957).

En la imputabilidad, se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico o de base biológica. Pero también se determina la existencia de trastornos, cuya causa no es orgánica o cuya base no es biológica o corporal (Sánchez y Rojas, 2009; Chan, 2004).

El concepto de imputabilidad en el derecho penal de adultos posee dos niveles de análisis:

- 1.- Un nivel empírico cuyo contenido está dado por criterios psiquiátricos (enfermedad mental o grave perturbación de la conciencia).
- 2.- Un nivel normativo en el que se debe valorar la incidencia de dichos fenómenos sobre la capacidad de comprensión y sobre la capacidad de acción de un sujeto, respecto de una conducta prohibida y penada por el derecho.

Conforme al numeral 43 del Código Penal, se considera que quien actúa con imputabilidad disminuida, a causa de enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia, no posee 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.

En este sentido, se ha indicado que la enfermedad mental o la grave perturbación de la conciencia puede afectar las facultades de las personas, al extremo de que no tengan la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos (aspecto cognoscitivo) o de adecuarse a esa comprensión (aspecto volitivo). Si la capacidad se excluye completamente, el sujeto es inimputable. Si la exclusión no es completa, nos encontramos ante un supuesto de imputabilidad disminuida (Camacho, J., Montero, D. y Vargas, P., 2007).

La doctrina nacional ha distinguido tres causas principales de la inimputabilidad e imputabilidad disminuida:

1. Los trastornos psíquicos que afectan el aspecto intelectual o emocional (enfermedad o causa somática).
2. Las oligofrenias o disturbios mentales provenientes de lesiones cerebrales en el claustro materno, de lesiones traumáticas durante el parto o de lesiones cerebrales en la primera infancia (idiocia, imbecilidad y debilidad mental).
3. Las anomalías psíquicas graves que implican una grave perturbación de la conciencia, debida a los efectos del licor y de las drogas o a formas graves de los afectos (miedo, cólera, odio, celos), excluyéndose de estas últimas el estado de emoción violenta en la medida en que la ley de forma expresa autoriza al juzgador a disminuir la pena (Castillo, F., 2010).

1. La imputabilidad disminuida como una categoría problemática

La imputabilidad disminuida se trata de un estado intermedio de la mente entre la salud mental y la locura, muy difícil de delimitar, aun para los psiquiatras, pues no hay forma de medir los extremos y, menos todavía, cuando ese estado de locura incompleta es transitorio o se encuentra en una fase de remisión de la enfermedad (Briceño, 1987).

De acuerdo con Arroyo & Ureña (2002), la categoría de los semi-imputables no es conveniente, ya que en la práctica resulta bastante difícil llegar a determinar quién posee una imputabilidad disminuida y quién es inimputable en forma absoluta. El sujeto se encuentra en una zona limítrofe entre capacidad total y ausencia de capacidad.

En Costa Rica no existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a si en los supuestos de imputabilidad disminuida, debe imponerse una medida de seguridad o una pena de prisión atenuada.

El tema es tan cuestionable que incluso Castillo (2010) recientemente ha sostenido que, conforme a la regulación legal vigente en nuestro país, no resulta procedente ninguna de las dos posiciones, debiendo quedar impune la persona que actúe bajo este supuesto.

En los votos de mayoría de las sentencias 2004-214 y 2005-406 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, así como en los votos minoritarios de los fallos 2005-537 y 2005-616, se sostuvo que cuando se determina que una persona actuó bajo un estado de imputabilidad disminuida para el momento de los hechos delictivos, lo procedente era el dictado de una pena de prisión atenuada (sentencia condenatoria).

Morales (2008) ha asumido este criterio al considerar que la imputabilidad disminuida solo puede entenderse, como concepto compuesto, en el sentido de imputabilidad subsistente o reducción de la capacidad de culpabilidad.

El criterio asumido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sido diverso en las sentencias 524-F-92, 1254-99, 2002-808, 2008-317, 2008-1391; el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en los fallos 2002-379, 2004-365 y 2009-296, y el Tribunal de Casación Penal de Cartago en las resoluciones 2009-234 y 2009-295. En estas sentencias, se ha estimado que ante los casos de imputabilidad disminuida, lo que procede es la imposición de una medida de seguridad y debe dictarse una sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, dependiendo de la fase en que el proceso se encuentre.

De acuerdo con Chinchilla (2010), en términos generales, la doctrina parte de que las situaciones del imputable y de quien actúa con imputabilidad disminuida no son equiparables, resultando factible la imposición de una pena facultativamente disminuida por el juez frente a este último supuesto, y no es viable su aplicación en nuestro medio, pues proceder de ese modo sería aplicar analógicamente la ley en perjuicio del acusado, ya que sería posibilitar la sanción para supuestos no previstos expresamente. En su criterio, en aras de garantizar el principio de legalidad, lo procedente es imponer una medida de seguridad para quien actúa bajo un estado de imputabilidad disminuida. Como se apuntó líneas atrás, según Castillo (2010), conforme al principio de legalidad, al imputado disminuido no se le puede imponer una pena ni una medida de seguridad, pues el único supuesto expresamente contemplado de imputabilidad disminuida es ante una tentativa de suicidio, conducta que actualmente está despenalizada.

Si bien, la Sala Constitucional ha indicado que las medidas de seguridad resultan procedentes para las personas con imputabilidad disminuida (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2009-10383), y este ha sido el criterio que impera en la actualidad, lo cierto es que la discusión en cuanto a este tema no está acabada.

2. La psicología forense y el dictamen pericial en los casos de imputabilidad disminuida

Debe reconocerse que dados el alcance y el contenido de la psicología forense, esta tiene especial relevancia en la práctica judicial.

Los dictámenes emitidos por los peritos y las peritas, sin ser vinculantes, pueden ser muy influyentes en la toma de decisiones dentro de un proceso penal.

Tal y como Bartol y Bartol (1999) lo han expuesto, el campo de acción de la psicología forense está referido a la producción y aplicación de conocimiento psicológico a los sistemas de justicia criminal y civil. La psicología forense se refleja en cualquier aplicación de métodos o conocimiento psicológico a una tarea impuesta al sistema legal (Wrightsman, 2000).

La evaluación psicológica involucra la integración de información obtenida no solamente de los protocolos de las pruebas, sino también de las respuestas a la entrevista, la observación conductual, los reportes de información colateral y documentos históricos sobre el evaluado (Weiner, 2003).

La recolección de información proveniente de terceras partes, tal como la revisión de expedientes médicos, judiciales, penitenciarios, educativos o laborales, así como la entrevista a víctimas, testigos o parientes son una característica central de la evaluación forense que la distingue de la evaluación terapéutica tradicional (Heilbrun, Warren, Rosenfeld & Collins, 1994).

De acuerdo con Castillo (2010), el peritaje es esencial para poder establecer si debe imponerse o no una medida de seguridad.

En Costa Rica, tanto la Sala Constitucional como la Sala Tercera han destacado en diversas oportunidades que no es necesario practicar el denominado “examen mental obligatorio”, en todos los casos, sino únicamente cuando de las actuaciones del proceso penal, se derive algún elemento de convicción que haga presumible o implique el surgimiento de una duda en cuanto a la capacidad de culpabilidad de un imputado.

En este sentido, el máximo órgano constitucional ha señalado que

[...] no existe infracción si la necesaria demostración de culpabilidad del acusado y en específico de su imputabilidad, más allá de toda duda razonable se realiza sin haberse llevado a cabo el examen mental establecido en el artículo 87 del Código Procesal Penal, siempre que el Tribunal fundamente de forma suficiente ese aspecto del pronunciamiento [...]. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2000-00154).

Por su parte, la Sala Tercera, atendiendo al principio de libertad probatoria, ha destacado que

[...] el examen previsto en el artículo 87 del Código Procesal Penal, tiene como fin contribuir a aclarar el nivel de culpabilidad del acusado. Pero en ningún sentido, se puede afirmar que dicha prueba resulta indispensable en todos los casos, pues la culpabilidad puede acreditarse por medio de cualquier elemento probatorio lícito, tal como lo dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. Además, la culpabilidad es algo que se presupone, siendo entonces incumbencia de quien alega causas excluyentes o atenuantes de la misma (como la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida), el demostrarlas [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2010-00202 y 2006-00419).

A contrario sensu, se tiene que en los casos cuando se alega que la persona acusada es inimputable o imputable en forma disminuida, el dictamen pericial cobra gran interés. Al respecto se ha indicado que

[...] Las pericias médicas constituyen una guía valiosa para el juez, siendo necesario que éste, por medio de un análisis detallado, proceda a determinar si con la sola presencia de una anomalía en el imputado se afectan las capacidades mentales de comprensión y determinación respecto de la ilicitud del comportamiento que realizó [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2009-00444).

Es indispensable que los peritos y las peritas cuenten con una adecuada formación técnica a efectos de que los informes que rindan cumplan con los criterios de confiabilidad y validez, pues el dictamen pericial encierra una problemática, tomando en cuenta que con frecuencia el sujeto es examinado en un período de tiempo bastante posterior a la fecha de comisión del delito, momento en que puede ser imposible decidir acerca de la imputabilidad concurrente para la época de los hechos (Mengual, 1987).

Sobre este tema, la jurisprudencia nacional ha señalado que

[...] la inimputabilidad total o disminuida para ser exculpante, debe estar presente en el momento de los hechos de conformidad a los artículos 42 y 43 del Código Penal, pero no es tan relevante que dicho estado psicológico se mantenga o se prolongue hasta el momento del juicio [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 368-F-94).

La doctrina internacional ha indicado que ante este diagnóstico retrospectivo o «a posteriori», la situación de un enfermo puede resultar muy diferente, siendo preciso recoger los recuerdos y vivencias de cuando ocurrieron los hechos, si existen déficits de memoria, si hubo ideación delirante, estados alucinatorios, si refiere consumo de alcohol u otras sustancias, datos cuya fiabilidad suele ser dudosa. Habrá ocasiones en que no se pueda contrastar la información y que la conclusión sea precisamente esa,

que no es posible determinar objetiva o científicamente si cuando ocurrieron los hechos existían circunstancias psíquicas que por su propia naturaleza o por la

intensidad de sus síntomas hubieran tenido alguna incidencia modificativa sobre las bases psicológicas de la imputabilidad. (Carrasco, 1992).

Si en el momento de cometer el delito, un sujeto es un enfermo mental o goza de salud psíquica no significa nada todavía en orden a la capacidad de culpabilidad. Esto último dependerá si, en ese momento, el agente pudo o no comprender la antijuricidad del hecho (del concreto delito cometido) y dirigir su conducta conforme a dicha comprensión. Ello abre la posibilidad de que incluso un genuino enfermo mental pueda excepcionalmente ser imputable, sea con imputabilidad plena o disminuida (Frías, J, 1993).

Otra de las cuestiones que el peritaje psiquiátrico suscita en el proceso criminal viene determinada por la existencia de dictámenes contradictorios sobre la imputabilidad de la persona inculpada, en los que distintos especialistas mantienen criterios diagnósticos diferentes, incluso antagónicos, sobre el estado de salud mental de aquella y su incidencia en la ejecución del ilícito criminal objeto de enjuiciamiento. Resulta posible que un perito o perita concluya que la persona valorada tenía plena capacidad; para otro u otra que del todo no tuviera capacidad e, incluso, que otro u otra considerara que tenía una capacidad disminuida.

Las discrepancias entre los y las profesionales pueden obedecer a la formación doctrinal, actitudes y preferencias personales del perito o de la perita, el contexto situacional en el que el sujeto es observado, la duración de la observación, el sistema de valores del sujeto valorado, el sistema de diagnóstico y la ambigüedad de los datos psiquiátricos por la inconsistencia de su percepción y la diversa importancia que a veces se concede al síntoma.

Otras veces el origen viene determinado por la dificultad de responder adecuadamente a la demanda que se solicita del perito, al que se le pide un dictamen sobre la capacidad cognoscitiva y motivacional del sujeto, en un momento dado, y el grado mayor o menor de afectación de sus facultades psíquicas, cuando no existe ningún procedimiento científico que permite calibrar, con exactitud y de forma objetiva, los fenómenos psicopatológicos, lo que motiva que, en no pocas ocasiones, el perito se vea incapacitado para aclarar los extremos requeridos, o como máximo aventure una opinión a veces no exenta de un inevitable cierto subjetivismo (Seoane, 1992).

De lo anterior se deriva la importancia de que los jueces y las juezas tengan suficientes conocimientos en psicología forense y psiquiatría para determinar si, en el momento de los hechos, una persona actuó en un estado de imputabilidad disminuida a causa de una enfermedad mental o de una perturbación de la conciencia, siendo irresponsables si asumen como algo incuestionable lo que el dictamen indica.

3. La jueza o el juez como “perito de peritos”

Cuando el dictamen del perito o de la perita está debidamente fundado y demuestra un desarrollo lógico y coherente en relación con otros elementos de prueba, resulta más difícil para la persona juzgadora apartarse de sus conclusiones.

Sin embargo, como ya se adelantó, por la complejidad de la evaluación, podrían presentarse discrepancias periciales, y el tribunal tendría libertad para inclinar su parecer a favor de uno u otro de los informes emitidos, siempre y cuando su decisión no sea arbitraria y expresamente se fundamente en argumentos que no contradigan máximas científicas. De ahí surge la importancia de que las personas juzgadoras tengan un amplio conocimiento del tema.

En este sentido, la Sala Tercera ha dispuesto que

[...] Si bien los dictámenes periciales -de la disciplina o técnica que sean- no vinculan a los jueces, para separarse de ellos deben exponerse razones de naturaleza científica o técnica según corresponda, con apoyo en otros informes, en todos aquellos casos en que el juzgador no tenga conocimientos especializados y requiera del auxilio de peritos, como ocurre con la psiquiatría y la psicología [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 368-F-94).

De acuerdo con Saborío (2005), el constructo de imputabilidad es un constructo legal que difiere significativamente de constructos psicológicos como inteligencia, psicopatología o personalidad. Es importante tener claro que las mediciones de constructos psicológicos no se traducen directamente en constructos legales, lo cual podría conducir a conclusiones inválidas. Tal es el caso de una persona que puede presentar síntomas suficientes como para ser diagnosticada con un trastorno mental severo (por ejemplo, esquizofrenia) y, al mismo tiempo, cumplir con criterios suficientes como para considerar que comprende el carácter ilícito de su comportamiento delictivo al momento de este, lo cual podría llevar a una autoridad judicial a considerarlo imputable (constructo legal).

De esta forma, no es posible establecer asociaciones mecánicas directas entre constructos de naturalezas tan diversas como los psicológicos y los legales. Lo que sí se debe garantizar es que los constructos psicológicos evaluados en una persona tengan cierta relevancia en el apoyo a la toma de decisiones sobre constructos legales.

Por lo anterior, en todos los casos, el tribunal debe efectuar una aguda labor crítica de las descripciones, operaciones, prácticas y conclusiones del dictamen, y debe apreciarlas conforme a las reglas de la sana crítica, confrontándolas con el resto de las pruebas y evidencias físicas. Además, deberá apartarse de subjetividades, suposiciones y juicios de probabilidad.

Así, surge la siguiente interrogante: ¿para decretar la imputabilidad disminuida de una persona, es necesario que el juez o la jueza tenga certeza de esta situación o puede ser suficiente que tenga una duda razonable?

Sobre este tema, la Sala Tercera refirió en el 2002:

[...] La absolutoria que con base en el principio universal del in dubio pro reo se está ordenando a favor del gestionante, obedece a la duda generada en cuanto a su eventual estado de imputabilidad disminuida al momento del hecho, pues no se está en condiciones de determinar y establecer la efectiva ausencia de culpabilidad

de aquél, precisamente por no existir elementos de prueba (nuevos o antiguos) que permitan confirmar o descartar con absoluta certeza la responsabilidad penal del mismo [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2002-808).

Posteriormente, estableció en el 2007:

[...] los alcances de la capacidad de juicio que posea el imputado no deben ser obtenidos de un estado de incertidumbre del Tribunal, sino del convencimiento absoluto resultado de análisis de los elementos probatorios, especialmente los rendidos por especialistas en Psiquiatría o Psicología, que determinen con apoyo de su ciencia el estado mental del sujeto. Si se admite que quede a la valoración del Juez, sin certeza absoluta, la existencia de inimputabilidad, cabe la posibilidad que la medida final aplicada al acusado no sea la más adecuada para el caso. Es por ello que personas entendidas en las disciplinas correspondientes son quienes deben orientar al Juzgador para definir la situación sobre la salud mental del imputado. Si bien se encuentra amparo en el principio de que el Juzgador es perito de peritos, este se debe ejercer para tener los informes forenses como ciertos o apartarse de los mismos, y tras ello dar el ente enjuiciador su fallo, sin que sea factible, si se han aportado criterios de expertos, que se presente duda razonable [...]. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2007-909).

Recientemente esta misma Sala indicó que “la culpabilidad es algo que se presupone, siendo entonces incumbencia de quien alega causas excluyentes o atenuantes de la misma (como la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida), el demostrarlas [...]”. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-472).

De lo anterior se desprende que las sentencias más recientes de la Sala Tercera parten del criterio de que la defensa es quien debe probar (certeza) que el acusado cometió un hecho punible bajo un estado de imputabilidad disminuida. Lograr dicho cometido resulta ser una labor compleja, pues la imputabilidad disminuida es un concepto jurídico que utiliza un método y criterios biológico-psicológicos y psiquiátricos.

Reflexiones finales

En este artículo, se ha abordado el estudio de la imputabilidad disminuida desde dos planos: el normativo y el judicial.

Ha quedado evidenciado que el ordenamiento jurídico costarricense no es totalmente claro en cuanto a la procedencia de una medida de seguridad en los casos de imputabilidad disminuida. Ello se ha traducido en una falta de uniformidad en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Hay quienes consideran que quien cometió un injusto penal, teniendo sus capacidades cognitivas o volitivas disminuidas al momento del hecho punible, debe ser sancionado con una pena de prisión atenuada, mientras que otros han sostenido que la persona que actuó bajo estas circunstancias debe quedar impune.

La jueza o el juez como “perito de peritos” es la autoridad competente para determinar en un proceso penal si una persona adulta actuó bajo un estado de imputabilidad disminuida en el momento de los hechos. Sin embargo, para tomar esta decisión, normalmente requiere la colaboración de psicólogos y psiquiatras, quienes elaboran dictámenes periciales –previa valoración de la persona sospechosa de haber incurrido en el hecho delictivo–, a efectos de determinar su conocimiento y voluntad para el momento en que se cometió el hecho punible.

De lo anterior se desprende una problemática a nivel pericial (elaboración de los dictámenes médicos) y otra, a nivel judicial (decisión a cargo del juez o de la jueza).

El dictamen presenta un inconveniente: es un diagnóstico retrospectivo. De ahí surge la dificultad de que haya una certeza de sus resultados. Ello conlleva a la necesidad de que las peritas y los peritos (psicólogos forenses y psiquiatras) posean una adecuada formación técnica y cuenten con los suficientes recursos, de manera tal que sus pericias se ajusten a parámetros estandarizados en cuanto a confiabilidad y validez.

Es indispensable que las juezas y los jueces conozcan los criterios que siguen los peritos y las peritas para arribar a sus conclusiones y que cuenten con el conocimiento suficiente en psicología forense para interpretar los resultados. Asimismo, es necesario que las personas juzgadoras –atendiendo al sistema de libre valoración de la prueba– lleven a cabo un análisis conjunto del material probatorio recabado a lo largo del proceso, de forma tal que el dictamen no sea visto como un medio probatorio incuestionable, pues ello conllevaría a caer en un sistema de prueba legal tasada, el cual es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico.

El tema de la imputabilidad disminuida es un vivo ejemplo de cómo la psicología forense puede colaborar con el derecho en el sistema de justicia penal.

Para un futuro artículo, se analizará si debe eliminarse o mantenerse la categoría de la imputabilidad disminuida dentro del ordenamiento jurídico costarricense. Desde ya asumo el compromiso de dar respuesta a esta inquietud.

Referencias bibliográficas

Tesis

Arroyo, G. y Ureña, M. (2002). *Necesidad de reforma al marco legal costarricense sobre exclusión total o parcial de la imputabilidad en materia penal*. Tesis de Licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Briceño, H. (1987). *Consecuencias jurídico-procesales de la inimputabilidad de mayores*. Tesis de Licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Libros

Bartol, C. R. (1999). *Criminal Behavior: A Psychosocial Approach*. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, Inc.

Camacho, J., Montero, D. y Vargas, P. (2007). *La culpabilidad, teoría y práctica*. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Mengual Lull. (1987). *Enfermedad Mental y Delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Madrid: Editorial Cívitas.

Castillo González, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Chan, G. (2004). *Observaciones críticas al concepto ideal-abstracto de culpabilidad*. San José: Diseño Editorial S. A.

Chinchilla, R. (2010). *Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.? La imputabilidad disminuida no puede dar lugar actualmente en Costa Rica a la imposición de una pena atenuada*. San José: Investigaciones Jurídicas, S. A.

Frías, J. (1993). *Imputabilidad penal: capacidad personal de reprochabilidad ético social*. Caracas: Livrosca.

Melton, G. B., Petrila, J., Poythress, N.G. y Slobogin, C. (1997). *Psychological evaluations for the courts. A handbook for mental health professionals and lawyers*. New York: The Guilford Press.

Sánchez, C. y Rojas, J. (2009). *Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos*. San José: Editorial Juriscentro, S. A.

Weiner, I. B. (2003). The assessment process. En J.R. Graham y J.A. Naglieri (editores). *Handbook of Psychology. Volume 10. Assessment Psychology*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc.

Wrightsmann, L. (2001). *Forensic Psychology*. Wadsworth/ Thomson Learning, Belmont, CA, USA.

Revistas

Carrasco, J. (1992). Trastornos psíquicos y modificaciones de la imputabilidad: diagnóstico, pronóstico y medidas de seguridad. *Cuadernos de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 17, 33-54.

Heilbrun, K., Warren, J., Rosenfeld, B. y Collins, S. (1994). The use of third party information in forensic assessments: A two-state comparison. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*. 22, 399- 406.

Morales, J. (2008). La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales. *Revista de Ciencias Penales*. 25, 125-139.

Saborío, C. (2005). Estrategias de evaluación psicológica en el ámbito forense. *Revista de Medicina Legal*. 1, 41-63.

Seoane, J. (1992). Consideraciones sobre la pericia médico psiquiátrica en determinación de la imputabilidad. *Cuadernos de derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, 17, 495-512.

Resoluciones judiciales de Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

2009-10383 de las trece horas treinta y nueve minutos del veintiséis de junio de dos mil nueve.

2000-00154 de las dieciséis horas y doce minutos del cinco de enero de dos mil.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

2010-01289 de las doce horas y treinta y cinco minutos del cuatro de noviembre de dos mil diez.

2010-00957 de las dieciséis horas y treinta minutos del catorce de setiembre de dos mil diez.

2010-00472 de las ocho horas cincuenta y cuatro minutos del veintiocho de mayo de dos mil diez.

2010-00202 de las once horas y ocho minutos del dieciocho de marzo de dos mil diez.

2009-00444 de las quince horas cuarenta y dos minutos del treinta y uno de marzo de dos mil nueve.

2008-01391 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

2008-00317 de las diez horas diez minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho.

2007-00909 de las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

2006-00419 de las once horas cuarenta minutos del cinco de mayo de dos mil seis.

2002-00808 de las nueve horas veinticinco minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

1999-01254 de las catorce horas treinta y seis minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

368-F-94 de las nueve horas cuarenta minutos del veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

524-F-92 de las nueve horas cuarenta minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

2009-00296 de las once horas cincuenta minutos del trece de marzo de dos mil nueve.

2005-00616 de las diez horas cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil cinco.

2005-00537 de las once horas del diez de junio de dos mil cinco.

2005-00406 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cinco.

2004-00365 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro.

2004-00214 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cuatro.

2002-00379 de las nueve horas treinta y cinco minutos del diecisiete de mayo de dos mil dos.

Tribunal de Casación Penal de Cartago

2009-00295 de las quince horas del veinticuatro de setiembre de dos mil nueve.

2009-00234 de las quince horas cuatro minutos del diez de agosto de dos mil nueve.

ALGUNAS REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA NUEVA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR PREJUDICIAL OBLIGATORIA EN ARGENTINA (LEY 26.589)

Jorge L. KIELMANOVICH

La Ley Nacional N.º 26.589¹ modifica el régimen de la mediación nacional obligatoria prejudicial vigente, introduciendo ya expresamente la mediación familiar² en nuestro medio, a la vez, que modifica ciertas normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación con el propósito de adecuar o ajustar este ordenamiento a dicho procedimiento.

En lo que atañe a la mediación familiar, establece el artículo 31 de la citada Ley establece, que ella aprehende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, excluidas las acciones de separación personal y divorcio, la nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estas, para lo cual el juez o la jueza deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial a la persona mediadora.

Las controversias que se encuentran comprendidas de tal suerte dentro del proceso de mediación familiar las controversias sobre se relacionan con los siguientes aspectos:

a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco³, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil determina⁴. La persona juzgadora que sea; . c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación

1 La ley comenzó a aplicarse a partir de los noventa (90) días de su publicación (6/5/2010) en el Boletín Oficial (artículo 63). Aderogó los artículos 1º a 31 de la Ley 24.573 y las Leyes 25.287 y 26.094 (artículo 62); y Además, mantiene por el término establecido en el artículo 63 de la presente ley, mantiene el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio creado por la Ley 24.573 (art. 58). Cabe destacar que conforme lo dispone el artículo 43 lo dispone, se suspende la aplicación del régimen a los juzgados federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema, en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerzan su competencia.

2 Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, organizará y administrará cuyo fin, y el Poder Ejecutivo Nacional dictará la su reglamentación para que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación exija (art. 33).

3 Damos por descontado que la ley no se refiere al deber alimentario "stricto sensu", derivado del parentesco como aparece regulado en los artículos 367 y concordantes del Código Civil, sino que emplea el término en su uso vulgar, por lo que suponemos que también están comprendidos también los alimentos derivados de la patria potestad regulados en los artículos. 265, 267 y concordantes del Código Civil.

4 Mención innecesaria o sobreabundante, pues los "provisorios" del artículo 375 son cautelares, y las medidas cautelares están excluidas de la mediación obligatoria con sujeción a lo que dispone el artículo 5, inciso f) de la Ley dispone y la salvedad de lo que el nuevo artículo 207 del Código Procesal determinadispone, lo cual el nuevo artículo 207 del Código Procesal que trataremos más adelante.

la intervención judicial⁵; . d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia.; e) Separación personal⁶ o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil⁷; . f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio,⁸ separación de bienes y nulidad de matrimonio.; g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Cabe destacar que, en lo atinente al juicio de alimentos, la Lley modifica ael artículo 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponiendo de tal suerte que la condena retrotrae sus efectos a la fecha de interposición de la mediación, en lugar de la fecha de interposición de la demanda como antes lo establecía, . omitiendo empero adecuar el artículo 650 de la ley procesal en cuanto a los efectos de la sentencia que impone el aumento de la pensión alimentaria a igual fecha.

Sin embargo, soslayando empero en cualquier caso el hecho que, como hemos sostenido antes de ahora,⁹ a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y la jerarquía constitucional con la que estadispone ,cuando los alimentos –establece –.

Así, pues la amplitud de una condena de tal naturaleza, sin duda, que puede concebirse como la solución que mejor consulta el interés superior del niño, el que como tal no puede soslayarse --invocando la existencia de normas argentinas que decidan en sentido diverso-- sin violar la Convención de Viena que precisamente impide tal invocación.

Por su parte, la citada Lley modifica al artículo 207 del Código Procesal, queel cual establece ahora que

“se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso”.

La reforma, como se ve, sustituye la carga de presentación de la demanda en causas sujetas a la mediación prejudicial obligatoria por la de carga de iniciar el procedimiento de mediación dentro de los diez (10) días (hábiles) siguientes al de su traba, la cual se impone con prescindencia de que se trate o no de obligación

5 Lo dicho indicado en nota anterior.

6 La mención de la separación personal es incorrecta, pues a la luz de lo que los artículos 5, inc. b) y 31 disponen, los arts. 5, inc. b) y 31, dicha causa no se encuentra sujeta a la mediación obligatoria familiar o no, sino sólo las cuestiones patrimoniales derivadas de ella.

7 Artículo 1.294. Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, cuando medie abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.

8 La norma omite la separación personal que, como es obvio, disuelve la sociedad conyugal (art. 1306, Cód. Civil).

9 Nuestro Derecho Pprocesal de Ffamilia, pág. 62, 3ª. Edición Abeledo Perrot.

exigible, pues a partir de lo que dispone el artículo 31 de la Ley 26 589 dispone, la mediación es también exigible cuando comprende controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, con las excepciones que allí se señalan, por lo que en caso de que esta no se inicie, se producirá la caducidad de la medida cautelar con la virtualidad que el citado artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación determina.

Vale decir, Se debe señalar que es la sujeción o no a la mediación obligatoria prejudicial la que determinará si se debe promover la demanda o se debe iniciar en cambio la mediación obligatoria dentro del referido plazo legal, aún en el caso que, como sucede en el ámbito del derecho de familia y en las controversias sujetas a mediación de tal naturaleza, no quepa proceder a hablar de “obligación exigible”.

Por otra parte, el plazo de 10 días (hábiles) para interponer la demanda, reiteramos en causas sujetas a mediación familiar, se reiniciará una vez vencido el plazo de veinte (20) días (hábiles) contados desde la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o de que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas, por lo que se regula un segundo supuesto de caducidad de las medidas cautelares en estas contiendas, en y para el caso de que la parte que obtuvo la medida cautelar no promueva la demanda dentro de los 10 días (hábiles), contados desde el vencimiento del referido plazo de 20 días (hábiles) de concluida esta.

A su turno, la Ley modifica al artículo 34, inciso 1) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponiendo así, y en lo pertinente, que

“son deberes de los jueces: 1. Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada”, y que “en el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes; mientras que el nuevo artículo 360, inciso 1) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si bien mantiene en lo sustancial dicha atribución prevé un régimen diverso de reanudación del curso del procedimiento por cuanto señala que si el juez hubiese derivado a las partes a mediación “se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes” y que “vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria”.

EL TRIBUNAL AMBIENTAL ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Daniel Montero Bustabad¹

priority@businesslaw.eu.com

www.businesslaw.eu.com

***"Lealtad² es, pues, la certeza de lo que se espera,
la convicción de lo que todavía no se ve".***
Anónimo³

Dedicado al Dr. Piza Rocafort.

I. Marco legislativo

La última década del siglo XX costarricense fue ampliamente fecunda en leyes ambientales. De este modo, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, la Ley de Protección Fitosanitaria, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, la Ley de Biodiversidad (recientemente galardonada en Japón por su calidad) y una nueva Ley Forestal⁴ vieron la luz.

Lo anterior se enmarca en un sistema jurídico donde la jurisdicción constitucional había consagrado el derecho de todos los y las habitantes de la República a un ambiente sano como derivación directa de la inviolabilidad de la vida (artículo 21 de la Constitución Política). A ello se suma la modificación en 1994 del artículo 50 de la Constitución Política⁵ para reconocer expresamente el ambiente sano como un derecho fundamental. Las leyes de dicha época no solo regulan por primera vez materias ambientales, sino también introducen principios propios del derecho ambiental contemporáneo, como la acción popular, el principio precautorio, el principio de "el que contamina paga", la responsabilidad solidaria y la inversión de la carga de la prueba. Este último principio impulsó al Tribunal Ambiental Administrativo a introducir la exigencia de responsabilidad objetiva en sus resoluciones.

De este modo, el legislador desarrolló el paradigma neoconstitucionalista, cuya máxima expresión doctrinal de halla en la obra de Luigi Ferrajoli (garantismo), siendo dicho paradigma el rasgo característico de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, lo cual explica sus rasgos peculiares y sus diferencias con la doctrina de los tribunales constitucionales de otros países⁶.

1 priority@businesslaw.eu.com
www.businesslaw.eu.com

2 En el sentido del vocablo hebreo "emunah".

3 Hebreos 11:1.

4 Más sus reglamentos respectivos.

5 "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

6 Desarrollé este tema en las dos capacitaciones que realicé en el 2010 en la Contraloría General de la República sobre neoconstitucionalismo y procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

Las leyes citadas crearon toda una serie de órganos públicos encargados de velar por el cumplimiento de las novedosas normas, precisamente como garantías de los principios ambientales. Dentro de estos se encuentra el Tribunal Ambiental Administrativo (TAA), creado por la Ley Orgánica del Ambiente:

CAPITULO XXI

TRIBUNAL AMBIENTAL ADMINISTRATIVO

ARTICULO 103.- Creación del Tribunal Ambiental Administrativo

Se crea un Tribunal Ambiental Administrativo, con sede en San José y competencia en todo el territorio nacional.

Será un órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Sus fallos agotan la vía administrativa y sus resoluciones serán de acatamiento estricto y obligatorio.

ARTICULO 104.- Integración del Tribunal

El Tribunal Ambiental Administrativo estará integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, todos de nombramiento del Consejo Nacional Ambiental, por un período de seis años. Serán juramentados por el Presidente de este Consejo.

ARTICULO 105.- Requisitos de los miembros del Tribunal

Para ser miembro del Tribunal Ambiental Administrativo, se requiere ser profesional con experiencia en materia ambiental. Un miembro propietario y su respectivo suplente, deberán ser abogados.

Los miembros deben trabajar a tiempo completo y ser personas que, en razón de sus antecedentes, títulos profesionales y reconocida competencia en la materia, sean garantía de imparcialidad y acierto en el desempeño de sus funciones. Anualmente, este Tribunal elegirá de su seno un presidente, un vicepresidente y un secretario. El reglamento interno regulará su reposición por parte de los suplentes.

ARTICULO 106.- Principios jurídicos

El Tribunal Ambiental Administrativo deberá realizar sus funciones sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediatez de la prueba. Deberá ajustar su actuación al procedimiento y las normas de funcionamiento establecidos en el presente código y, supletoriamente, a la Ley General de la Administración Pública, Libro Segundo, Capítulo "Del Procedimiento Ordinario".

ARTICULO 107.- Contenido de la denuncia

La denuncia deberá contener:

- a) El nombre y el domicilio del denunciante y del denunciado, si se conoce.
- b) Los hechos o los actos realizados contra el ambiente.
- c) Pruebas, si existen.
- d) Indicación del lugar para notificaciones.

ARTICULO 108.- Procedimiento del Tribunal

Al recibir la denuncia, el Tribunal identificará al denunciante y siempre oír a la persona a quien pueda afectar el resultado de la denuncia, salvo si la gravedad del hecho denunciado amerita tomar medidas inmediatas. Posteriormente, podrá notificar el resultado.

El Tribunal Ambiental Administrativo recabará la prueba necesaria para averiguar la verdad real de los hechos denunciados.

Las partes o sus representantes y sus abogados, tendrán acceso a las actuaciones relativas a la denuncia tramitada ante el Tribunal Ambiental Administrativo, inclusive a las actas donde consta la investigación de las infracciones. Podrán consultarlas sin más exigencia que la justificación de su identidad o personería.

ARTICULO 109.- Asesoramiento al Tribunal

El Tribunal Ambiental Administrativo tiene la obligación de asesorarse por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, cuando el caso planteado en la denuncia así lo amerite. También, puede ser asesorado por cualquier organismo, nacional e internacional o por personas físicas o jurídicas.

ARTICULO 110.- Celeridad del trámite

De oficio, el Tribunal Ambiental Administrativo deberá impulsar el procedimiento y el trámite de los asuntos de su competencia, con la rapidez requerida por la situación afectada.

El fallo deberá dictarse en un término no mayor de treinta días; en casos especiales, el plazo podrá ampliarse hasta por treinta días más. Se establece la obligación de la administración de dar respuesta pronta y cumplida.

ARTICULO 111.- Competencia del Tribunal El Tribunal Ambiental Administrativo será competente para:

- a) Conocer y resolver, en sede administrativa, las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- b) Conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a comportamientos activos y omisos que violen o amenacen violar las normas de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- c) Establecer, en vía administrativa, las indemnizaciones que puedan originarse en relación con los daños producidos por violaciones de la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales.
- d) Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo serán irrecurribles y darán por agotada la vía administrativa.
- e) Establecer las multas, en sede administrativa, por infracciones a la Ley para la gestión integral de residuos y cualquier otra ley que así lo establezca

(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 58 aparte c) de la ley para la Gestión Integral de Residuos, N° 8839 del 24 de junio de 2010)

ARTICULO 112.- Plazos para el Tribunal

El trámite ante el Tribunal Ambiental Administrativo no estará sujeto a ninguna formalidad. La denuncia podrá presentarse por cualquier medio de comunicación, incluso oral. Cuando no sea escrita, deberá ratificarse durante los siguientes ocho días naturales.

Presentada la denuncia ante una autoridad que no sea el Tribunal Ambiental Administrativo, esta deberá remitírsela al Tribunal para su atención y trámite en un término no mayor de tres días⁷.

7 El reglamento actual se publicó en el año 2008:

"Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo

N° 34136

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Y EL MINISTRO DEL AMBIENTE Y ENERGÍA,

En uso de las facultades que confieren los artículos 140 incisos 3) y 18) y 146 de la Constitución Política y los artículos 27, 28 y 83 párrafo tercero de la Ley General de Administración Pública, en relación con el Capítulo XXI de la Ley Orgánica del Ambiente N° 7554, y

Considerando:

I.—Que la Ley Orgánica del Ambiente N° 7554, en su artículo 103, crea el Tribunal Ambiental Administrativo, como órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía. II.—Que la Constitución Política en su numeral 50 establece "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimado para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes". III.—Que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos en su artículo 11 establece "Derecho a un medio ambiente sano. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". IV.—Que la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano establece: "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras". V.—Que en la Declaración de Río, literalmente se indica: "Principio 15.—Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". VI.—Que el daño al ambiente constituye un delito de carácter social, económico, cultural y ético y por lo tanto es necesario que el Ministerio del Ambiente y Energía cuente con un órgano especializado y facultado para sancionar de manera efectiva aquellas actividades u omisiones que atenten contra la legislación tutelar del ambiente y los recursos naturales. (NOTA DANI: Aquí el legislador reconoce explícitamente que, cuando en la loa y otros arts., habla de violación a la normativa ambiental, se está refiriendo en esencia al daño ambiental). Por tanto,

Decretan:

Reglamento de Procedimientos del Tribunal

Ambiental Administrativo

SECCIÓN I

Disposiciones generales

Artículo 1°—**Naturaleza jurídica y competencia.** El Tribunal Ambiental Administrativo, es un órgano del Ministerio del Ambiente y Energía con desconcentración máxima, con competencia exclusiva e independencia funcional en el desempeño de sus atribuciones. Los principios que informan los procedimientos de este Tribunal serán los de oralidad, informalidad, oficialidad, celeridad e inmediatez de la prueba. Sus fallos agotan la vía administrativa. Su sede estará en la ciudad de San José. El Tribunal tendrá competencia en todo el territorio nacional y resolverá las controversias ambientales administrativas de conformidad con lo dispuesto en los incisos a), b), c) y d) del artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente. Artículo 2°—**De su organización.** El Tribunal Ambiental Administrativo está compuesto por tres jueces propietarios y tres jueces suplentes. Artículo 3°—**Requisitos de sus miembros.** Para ser miembro del Tribunal se deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Licenciatura en el área de la especialidad

del cargo con práctica de al menos 5 años. b) Amplia experiencia en la realización de labores profesionales relacionadas con el puesto, de esa experiencia, dos años deben de ser en materia ambiental. c) Amplia experiencia en supervisión de personal. d) Incorporado al Colegio Profesional respectivo, en los casos en que exista esa entidad para la correspondiente regulación y control del ejercicio profesional. Artículo 4°—**Idoneidad, retribución, exclusividad de los miembros del Tribunal Ambiental Administrativo.** Los miembros propietarios del Tribunal Ambiental Administrativo, deberán trabajar a tiempo completo y ser personas que, en razón de sus antecedentes, títulos profesionales y reconocida competencia en la materia, sean garantía de imparcialidad y acierto en el desempeño de sus funciones. Artículo 5°—**Impedimentos, excusas y recusaciones.** Son aplicables a los miembros del Tribunal Ambiental Administrativo, las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial; asimismo les serán aplicables las disposiciones establecidas en el artículo 102 de la Ley de Administración Financiera de la República. En caso de existir motivo de excusa o recusación, los miembros del Tribunal a quienes afecte el motivo, serán sustituidos por los suplentes. Artículo 6°—**Sustitución de un juez por impedimento excusas o recusación.** Cuando un miembro del Tribunal deba separarse del conocimiento del asunto, con motivo de una recusación, impedimento o excusa, se procederá según lo establecido en los artículos 230 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública. Artículo 7°—**Integración del Tribunal Ambiental Administrativo.** El Tribunal Ambiental Administrativo estará integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, todos de nombramiento del Consejo Nacional Ambiental, por un período de seis años. El resto del personal deberá ser nombrado por la Dirección General de Servicio Civil mediante el procedimiento que dicha institución establezca al efecto. Artículo 8°—**Validez para sesionar.** Para que el Tribunal sesione válidamente, se requerirá la concurrencia de los tres miembros. Las deliberaciones del Tribunal serán privadas y la votación se recibirá en forma nominal, tomándose las decisiones por mayoría simple. La redacción de los autos y resoluciones finales, será por riguroso turno y dentro del término establecido al efecto por la Ley General de la Administración Pública. Artículo 9°—**Nombramiento del Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo.** Anualmente este Tribunal elegirá de su seno un presidente, un vicepresidente y un secretario. Artículo 10.—**Resoluciones.** Corresponderá al Presidente del Tribunal dictar las providencias, las cuales firmará en asocio con el Secretario. Las demás resoluciones serán dictadas por el Tribunal y deberán ser firmadas por todos los miembros, aun cuando exista voto salvado. Cuando exista voto salvado en la resolución de un caso, el miembro que se aparte de la decisión de mayoría deberá salvar su voto, razonando los motivos por los cuales se aparta del criterio de mayoría y en todo caso, deberá firmar conjuntamente con los demás integrantes, la sentencia correspondiente. El voto salvado deberá constar como parte integral de la sentencia, a continuación de la parte dispositiva del fallo. Artículo 11.—**Principios jurídicos.** El Tribunal Ambiental Administrativo llevará a cabo el procedimiento ordinario administrativo establecido en la Ley General de la Administración Pública y sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediatez de la prueba e informalidad y, en virtud del impulso procesal de oficio, el Tribunal está facultado para conducir su tramitación sin necesidad de gestión de parte. Artículo 12.—**Nulidades.** Cuando sea del caso, el Tribunal podrá, de oficio o a solicitud de parte, declarar nulidades y disponer la reposición de trámites, a fin de corregir irregularidades que pudieren afectar la validez del procedimiento ordinario administrativo, se podrá aplicar por analogía, las normas del Código Procesal Civil, Código Procesal Penal y el Código Agrario, con el objeto de proveer la debida celeridad y eficacia del proceso. Artículo 13.—**Corrección de errores materiales.** El Tribunal Ambiental Administrativo podrá corregir con fundamento en el artículo 157 de la Ley General de Administración Pública, en cualquier tiempo, los errores puramente materiales que contuvieren sus resoluciones, mediante auto que dictará de oficio o a solicitud de parte y que será declarado firme.

SECCIÓN II

Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo

Artículo 14.—**Contenido de la denuncia.** En los procedimientos que lleve a cabo el Tribunal, las tramitaciones se efectuarán en papel común; la denuncia deberá ajustarse a lo señalado en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Ambiente y cumplir con los requisitos establecidos el artículo 285 de la Ley General de la Administración Pública. Artículo 15.—**Denuncia oral.** No obstante de lo indicado en el artículo anterior, las partes podrán formular sus denuncias en forma oral, mediante comparecencia al Despacho, sin embargo de conformidad con lo establecido en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Ambiente deberán ratificar lo argumentado durante los siguientes ocho días naturales. Artículo 16.—**Documentos presentados ante el Tribunal Ambiental Administrativo.** Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, las copias de documentos, siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. Las alteraciones que afecten la autenticidad o integridad de dichos documentos los harán perder el valor jurídico que se les otorga en el párrafo anterior. Artículo 17.—**Denuncia tramitada o documento recibido por fax.** Las partes también podrán utilizar

este medio para presentar sus denuncias, solicitudes y recursos, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días hábiles siguientes, en cuyo caso la presentación de la denuncia, petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación. Artículo 18.—**Actuación del Tribunal.** El Tribunal podrá actuar en días y horas inhábiles cuando la dilación pueda causar perjuicio grave a los interesados o al medio ambiente, entorpecer el procedimiento o hacer ilusorio el efecto de la resolución administrativa. Artículo 19.—**Medidas cautelares.** Cuando la gravedad de los hechos denunciados implique la eventualidad de que se comentan daños ambientales de difícil o imposible reparación, el Tribunal Ambiental Administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente y los artículos 11, 45 y 54 de la Ley de Biodiversidad, podrá dictar medidas cautelares, para impedir la eventual comisión del daño o que las acciones dañinas continúen. Las medidas precautorias son: a) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia. b) Suspender temporalmente, en forma total o parcial, el o los actos administrativos que provocan la denuncia. c) Clausurar temporalmente, en forma total o parcial, las actividades que provocan la denuncia. d) Así como cualquier otras medidas que a criterio de este Tribunal estime pertinente a fin de evitar un daño de difícil o imposible reparación. Artículo 20.—**Comunicación de la denuncia.** El Tribunal Ambiental Administrativo determinará, una vez analizada y valorada la denuncia, si procede o no comunicar al denunciado de que existe un reclamo. Artículo 21.—**Acceso al expediente administrativo.** Las partes y sus representantes y cualquier abogado tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y fotocopiar cualquier pieza del expediente, así como solicitar certificación de la misma, con las salvedades que indica el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública. Artículo 22.—**Solicitud de informes.** Con la finalidad de determinar la verdad real de los hechos, el Tribunal Ambiental Administrativo se encuentra facultado para ordenar a los distintos órganos de la Administración Pública la remisión de informes técnicos o administrativos que requiera, en los plazos señalados por el artículo 262 de la Ley General de Administración Pública. Artículo 23.—**Inspección ocular “in situ”.** Cuando el Tribunal lo estime oportuno, podrá realizar las inspecciones oculares o periciales que considere necesarias. Además tendrá la potestad de determinar si procede o no citar a las partes a dicha diligencia. Artículo 24.—**Apertura del Procedimiento Ordinario Administrativo.** Una vez concluida la etapa de investigación se dictará la apertura del procedimiento ordinario administrativo citando a las partes con quince días hábiles de anticipación a una audiencia oral, de conformidad con las prescripciones establecidas en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de Administración Pública. Artículo 25.—**Defensas previas y excepciones.** Una vez presentada una defensa previa o alguna excepción el Tribunal Ambiental Administrativo deberá resolver previamente, mediante resolución fundada las incidencias interpuestas. Artículo 26.—**Evacuación de la prueba.** El día de la audiencia, las pruebas serán evacuadas conforme el orden que determine el Presidente del Tribunal, correspondiendo a este, el otorgamiento de la palabra a las partes y la dirección en general del proceso de la audiencia, conforme las prescripciones establecidas en la Ley General de Administración Pública. Con respecto a la prueba documental deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 295 de la Ley General de la Administración Pública y en los artículos 378 y 575 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil, y demás normativa aplicable. Tratándose de la prueba testimonial se seguirá el procedimiento indicado en el artículo 316 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil y demás normativa aplicable. Artículo 27.—**Dictado de la resolución final.** Una vez que finalice la audiencia y recabadas las probanzas necesarias o declaradas inevacuables las que se consideren como tal, en un plazo máximo de 30 días se dictará la resolución final del procedimiento, los cuales podrán ser aumentados en treinta días más de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Ambiente, para lo cual podrá aplicar alguna de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente o Leyes Tutelares del Ambiente y los Recursos Naturales. Artículo 28.—**Notificaciones.** Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo se notificarán en los términos indicados en los artículos 239 siguientes y concordantes de la Ley General de Administración Pública y supletoriamente de conformidad con la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales. Artículo 29.—**Recursos contra la resolución final.** Contra la resolución final podrá interponerse únicamente el recurso ordinario de revocatoria en el plazo de tres días de conformidad con lo establecido en el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública y 111 de la Ley Orgánica del Ambiente. Así como el recurso de revisión de conformidad con lo establecido en la Ley General de la Administración Pública. Artículo 30.—**Aclaración y adición.** Cuando la resolución final fuere omisa u oscura en su parte dispositiva, podrá ser adicionada o aclarada de oficio antes de que se notifique la resolución correspondiente o a instancia de parte presentada dentro del plazo de tres días. Artículo 31.—**Derogaciones.** Deróguese el Decreto Ejecutivo N° 25084-MINAE del 15 de marzo de 1996, publicado en *La Gaceta* N° 80 del 26 de abril de 1996. Artículo 32.—Rige a partir de su publicación”.

II. Marco geopolítico costarricense

El avance de la libertad a lo largo del mundo ha conllevado un progreso en la apertura de mercados a escala planetaria, de modo que las personas pueden circular inversiones, materias primas, productos y servicios a lo largo de amplias franjas del planeta, buscando rentabilidad y valor a la persona consumidora a menores precios.

En este paradigma de libertad global, es de todos y todas conocido que Costa Rica no es capaz de competir con las naciones vecinas ni con Oriente en bajos salarios ni en ausencia de inversiones sociales ni en otro tipo de atributos propios de un planteamiento “tercermundista”.

Afortunadamente, el país cuenta con un sistema sanitario estable y con un marco de respeto a los derechos de las personas trabajadoras, con lo cual no cabe competir mediante bajos salarios ni en otros muchos rubros. La competitividad internacional de dicha nación depende hoy, y dependerá aún más en el futuro, de dos factores básicos: tecnología e imagen⁸ ambiental internacional. Esta imagen verde es la que atrae la masiva inversión internacional en turismo, construcción y economía de servicios.

Sin embargo, no podemos dar por consolidada dicha imagen, pues se está viendo seriamente afectada a nivel internacional por la difusión de los impactos ambientales serios y repetidos que se cometen en diversas zonas del país⁹. **De este modo, el deterioro del ambiente costarricense va camino de traducirse en pérdida de inversión internacional y, por tanto, en falta de desarrollo económico.**

III. Visión, misión y objetivos del Tribunal Ambiental Administrativo

En el marco de lo anterior, la relevancia de la labor del Tribunal para Costa Rica ha de ser contemplada en el contexto doble de la preservación del ambiente y de la competitividad internacional del país a través de la pugna por preservar la imagen internacional de Costa Rica como país amigable con la naturaleza, debido a que el país depende de dicha imagen para atraer turismo e inversiones internacionales, elementos indispensables para su desarrollo.

Con esto la **visión del Tribunal Ambiental Administrativo** consiste en ser una institución proactiva en la labor por defender el desarrollo económico del país –a través de la defensa de la imagen internacional de la nación como país verde– y el derecho de los y las habitantes a un ambiente sano.

Los sectores potencialmente beneficiarios de lo anterior son múltiples:

1. Los y las habitantes, en primer lugar, al ver respetado de mejor manera su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política).
2. El sector turístico, por la imagen del país, y porque se pueda optar a certificaciones y reconocimientos internacionales de carácter ecológico, lo cual atrae aún más turismo.

⁸ Y realidad

⁹ A título de simple ejemplo véase: “Diario Digital El País. Lunes 09 de mayo de 2011. <http://www.elpais.cr/articulos.php?id=45559> TV de Alemania cuestiona reputación de Costa Rica como oasis verde. La imagen del país se deteriora en Europa [...]”.

3. El sector productivo, pues cada vez en mayor medida los estándares ambientales son el filtro clave de acceso a los mercados de los países desarrollados.
4. La imagen internacional del país que beneficia a cada habitante y genera divisas.

Por la vía de su jurisprudencia, la Sala Constitucional ha dispuesto que el Tribunal Ambiental Administrativo sea el órgano administrativo responsable directo de dar respuesta (prevención, procedimiento y sanción) al daño ambiental, como un componente directo del derecho constitucional a un ambiente sano. La jurisprudencia constitucional no solo vincula estrechamente el derecho a un ambiente sano con una de sus ramas, el derecho de prevenir, tramitar y resolver sobre el daño ambiental, sino también liga indisolublemente la respuesta administrativa al daño ambiental a las responsabilidades y deberes que la Sala Constitucional impone al Tribunal Ambiental Administrativo. Lo anterior se aclara mejor con un ejemplo: en el voto de la Sala Constitucional número 2008-013426, de las nueve y treinta y tres minutos del dos de setiembre de dos mil ocho, una persona, supuesta representante de una organización no gubernamental, interpone un recurso de amparo contra el acto administrativo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC, Área de Conservación Arenal Huetar Norte)¹⁰ que “permite la explotación y aprovechamiento del almendro amarillo” (según la Sala aduce en el tercer considerando, bajo su propia responsabilidad). Nótese ya de entrada que el recurso no va dirigido contra el Tribunal Ambiental Administrativo ni ostenta relación alguna con sus competencias.

A continuación, la Sala ordena presentar informes al señor director del Área de Conservación respectiva. Posteriormente, el director ejecutivo de la Oficina Nacional Forestal solicita ser tenido por coadyuvante y aporta un informe contra las tesis del recurrente. En el mismo carácter de coadyuvante pasivo (ayudando a las tesis de la Administración), el director ejecutivo de la Cámara Costarricense Forestal presenta un escrito. Asimismo, el beneficiario del permiso de aprovechamiento de madera se pronuncia.

De nuevo téngase bien presente que *en ningún momento la Sala solicita informe al TAA, ni este interviene en el proceso en manera alguna.*

Sin embargo, veamos lo que dispone el “Por tanto” de la sentencia:

*Se declara con lugar el recurso. En consecuencia, se anula la resolución administrativa ACAHN-HN-DR-002-07, dictada por el Director del Área de Conservación Arenal Huetar Norte a las 14:44 horas del 26 de febrero de 2007. Se ordena a Alberto Delgado Artavia, Director a.i. del Área de Conservación Arenal Huetar Norte, o a quien ocupe ese cargo, proceder a archivar cualquier diligencia o procedimiento destinado al aprovechamiento, explotación o extracción del almendro amarillo (dipteryx panamensis). Se prohíbe a ese funcionario dar inicio o continuar cualquier procedimiento tendiente al aprovechamiento, explotación o extracción del almendro amarillo (dipteryx panamensis) **mientras este árbol y la***

10 De conformidad con lo dispuesto en los preceptos 22 y siguientes de la Ley de Biodiversidad, el SINAC “integrará las competencias en materia forestal, vida silvestre, áreas protegidas y el Ministerio del Ambiente y Energía”, para lo cual se crea dicho órgano adscrito al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET) con desconcentración máxima y personalidad jurídica instrumental. El SINAC se compone de diversas áreas de conservación según su zona geográfica.

lapa verde (ara ambigua) se encuentren en la lista de especies amenazadas o en peligro de extinción, sin que esa prohibición exima al servidor indicado de resolver y notificar lo correspondiente a quienes hubieran planteado alguna gestión en ese sentido, esto último de acuerdo con el contenido del artículo 41 de la Constitución Política. Se ordena a José Lino Chaves López, Presidente del Tribunal Ambiental Administrativo, o a quien ocupe ese cargo, coordinar lo correspondiente para realizar inspecciones periódicas en el territorio que comprende el Área de Conservación Arenal Huetar Norte a efectos de fiscalizar que no se está explotando, aprovechando o extrayendo el almendro amarillo (dipteryx panamensis) y con ello afectando el hábitat y alimento de la lapa verde (ara ambigua). (Los énfasis son añadidos).

De esta manera, se divisa la concepción de la institucionalidad ambiental de la jurisprudencia constitucional en dicho tema: de la gran materia del derecho a un ambiente sano (art. 50 de la Constitución Política –CP), la Sala deriva una rama consistente en la prevención, tramitación y respuesta al daño ambiental (art. 2, inciso e. y 103 y ss. de la Ley Orgánica del Ambiente –LOA). De dicha rama desgaja, por un lado, el ámbito jurisdiccional, encomendado a los órganos pertinentes del Poder Judicial. Pero, al llegar al ámbito administrativo, la Sala concentra la responsabilidad institucional (insistimos, por daño ambiental) en el Tribunal Ambiental Administrativo y no en otra institución.

Lo anterior constituye la única explicación posible de por qué la Sala llama a un órgano totalmente ajeno al proceso de amparo referido (el Tribunal Ambiental Administrativo) a cumplir una labor preventiva frente al daño ambiental.

Si se hubiera tratado de una muestra de desconfianza frente a los criterios del Área de Conservación, la Sala habría encomendado la vigilancia (del respeto al almendro) al Consejo Nacional de Áreas de Conservación, posiblemente en cabeza de su director ejecutivo. Pero la realidad no es así. La Sala encarga la labor preventiva del daño ambiental al Tribunal Ambiental Administrativo, porque para la jurisprudencia constitucional (**obligatoria para todos los funcionarios y ciudadanos**, precepto 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), el Tribunal Ambiental Administrativo es **LA** respuesta de Costa Rica en sede administrativa frente al daño ambiental y nadie más. (Quizá por analogía a la vía judicial, en la cual el funcionariado de la administración activa está, por su naturaleza, al servicio de las necesidades que se le presenten al órgano judicial).

Consideremos ahora el voto de la Sala Constitucional número 2007-010275, de las trece horas y treinta y nueve minutos del veinte de julio de dos mil siete. El caso es el siguiente: el Tribunal Ambiental Administrativo constata que un humedal está siendo utilizado como vertedero clandestino. Por ello ordena una medida cautelar a la Municipalidad de Limón y al Ministerio de Salud para que se opongan a tal actividad. Además, requiere al director del Área de Conservación (ACLAC) del SINAC un informe sobre el humedal perjudicado. Por cuatro o cinco veces el Tribunal Ambiental Administrativo solicita el informe, y el director se niega a cumplir. Finalmente, años después, el Tribunal Ambiental Administrativo ordena testimoniar piezas al Ministerio Público y solicita a la jerarquía del SINAC la apertura de un órgano director contra el director de ACLAC.

El resultado fue un voto muy duro, severo y contundente de la Sala Constitucional contra el TAA, por no haber solicitado la apertura del procedimiento disciplinario contra los funcionarios **de inmediato, en cuanto el Tribunal Ambiental Administrativo percibe que el director del área se retrasaba en la presentación del informe.**

Insistimos en que, si la Sala Constitucional considera que en materia de daño ambiental existen diversas instituciones con competencias paralelas, entonces habría absuelto (o, al menos, no habría condenado tan drásticamente) al Tribunal Ambiental Administrativo y hubiera dirigido el amparo contra el director de ACLAC y del SINAC.

La Sala bien podría haber adoptado esta decisión, teniendo en cuenta que tanto el TAA como el SINAC son instituciones completamente diferentes, ambas desconcentradas (por lo cual, *a priori*, ninguna podría recibir órdenes obligatorias de la otra), como, en el caso del SINAC, con personalidad jurídica propia (precepto 22 de la Ley de la Biodiversidad –LB).

Sin embargo, de la sentencia se desprende que la Sala mantiene una postura totalmente diferente a la indicada en el párrafo anterior. Se resume manifestando que, en materia de daño ambiental, la responsabilidad por dar respuesta adecuada en sede administrativa recae en el Tribunal Ambiental Administrativo, quien ostenta la obligación de ordenar a otras instituciones que aporten los informes necesarios, y tiene el deber de resolver lo procedente en los plazos legalmente previstos, sin que valga ninguna excusa. Veámoslo con más detalle:

1. La Sala Constitucional considera legítimo que el TAA pueda percibir indicios de delito en caso de que funcionarios de órganos desconcentrados desobedezcan las solicitudes de informes realizadas por el TAA. Para ello, legitima la interposición de la denuncia penal respectiva.
2. La Sala Constitucional considera obligatorio que el TAA **ordene presentar** los informes que necesita al órgano técnico que estime procedente, **sin importar** si dicho órgano es o no desconcentrado, si tiene o no personería jurídica y **si tiene o no presupuesto o recursos para ello**. Este es un deber que la Sala asigna ineludiblemente al TAA, sin que quepa ningún tipo de excusa.
3. En caso de que se produzca un retraso (y, mucho más aún, si el órgano al que se pide el informe se niega a colaborar) en la presentación del informe, **la Sala determina que el TAA tiene el deber de solicitar la apertura de un órgano director contra el funcionario o los funcionarios que incumplen o se atrasan. Dicho deber de solicitar la apertura del órgano director debe ejercerse sin dilaciones, de inmediato, en cuanto el TAA constate el retraso o el incumplimiento.** Tampoco valen las excusas para no cumplir con este deber disciplinario.
4. La jurisprudencia constitucional es conteste en reiterar que **la falta de recursos, personal o medios de ningún ente es excusa para dejar de cumplir con sus obligaciones** (sobre este tema en específico, véanse las sentencias de la Sala Constitucional identificadas con los números 0726-1998, 0915-1995, 01499-1996, 4149-1995: “*la falta de presupuesto no es un límite entre el respeto y la violación de los derechos fundamentales de los seres humanos*”, 0695-1996, 2074-2001, 6322-2003, etc.), en este caso, de rendir los informes solicitados por el TAA.

Lo anterior apunta que **la misión del Tribunal Ambiental Administrativo** consiste en defender el desarrollo económico del país y el derecho de los y las habitantes a un ambiente sano, desempeñándose con eficacia y eficiencia en su responsabilidad de órgano administrativo especializado en dar respuesta al daño ambiental consumado, así como a las amenazas de daño ambiental.

Los **objetivos del Tribunal Ambiental Administrativo** (aquellos medios con los cuales se pretende responder a la misión asignada) se encuentran en la lectura conjunta de los artículos 61, 99, 101 y 111 de la Ley Orgánica del Ambiente¹¹, así como en el 45 y 54 de la Ley de la Biodiversidad¹². Ellos son:

1. Iniciar, tramitar y resolver denuncias interpuestas de oficio o a instancia de parte en materia de daño ambiental (incluyendo su prevención).
2. Tomar todas las medidas necesarias para prevenir el daño ambiental y/o evitar su continuación en el tiempo (por medida cautelar y/o resolución final).

11 “ARTICULO 61.- Contingencias ambientales. La autoridad competente dictará las medidas preventivas y correctivas necesarias cuando sucedan contingencias por contaminación ambiental y otras que no estén contempladas en esta ley”.
 “ARTICULO 99.- Sanciones administrativas. Ante la violación de las normativas de protección ambiental o ante conductas dañinas al ambiente claramente establecidas en esta ley, la Administración Pública aplicará las siguientes medidas protectoras y sanciones:

- a) Advertencia mediante la notificación de que existe un reclamo.
- b) Amonestación acorde con la gravedad de los hechos violatorios y una vez comprobados.
- c) Ejecución de la garantía de cumplimiento, otorgada en la evaluación de impacto ambiental.
- d) Restricciones, parciales o totales, u orden de paralización inmediata de los actos que originan la denuncia.
- e) Clausura total o parcial, temporal o definitiva, de los actos o hechos que provocan la denuncia.
- f) Cancelación parcial, total, permanente o temporal, de los permisos, las patentes, los locales o las empresas que provocan la denuncia, el acto o el hecho contaminante o destructivo.
- g) Imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.
- h) Modificación o demolición de construcciones u obras que dañen el ambiente.
- i) Alternativas de compensación de la sanción, como recibir cursos educativos oficiales en materia ambiental; además, trabajar en obras comunales en el área del ambiente.

Estas sanciones podrán imponerse a particulares o funcionarios públicos, por acciones u omisiones violatorias de las normas de esta ley, de otras disposiciones de protección ambiental o de la diversidad biológica”.

“ARTICULO 101.- Responsabilidad de los infractores. Sin perjuicio de las responsabilidades de otra naturaleza que les puedan resultar como partícipes en cualquiera de sus formas, los causantes de las infracciones a la presente ley o a las que regulan la protección del ambiente y la diversidad biológica, sean personas físicas o jurídicas, serán civil y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados. Solidariamente, también responderán los titulares de las empresas o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión.

Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos que suscriban una evaluación de impacto ambiental contra las disposiciones legales o las normas técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso, originando un daño al ambiente o a la diversidad biológica”.

12 “ARTÍCULO 45.- Responsabilidad en materia de seguridad ambiental El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad.

La responsabilidad civil de los titulares o responsables del manejo de los organismos genéticamente modificados por los daños y perjuicios causados, se fija en la Ley Orgánica del Ambiente, el Código Civil y otras leyes aplicables. La responsabilidad penal se prescribe en el ordenamiento jurídico existente”.

“ARTÍCULO 54.- Daño ambiental Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir todo tipo de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados. En áreas protegidas de propiedad estatal, esta decisión deberá provenir del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y Energía. Para la restauración en terrenos privados se procederá según los artículos 51, 52 y 56 de esta ley”.

3. Tomar las medidas necesarias para que se restaure el medio afectado.
4. Fijar las indemnizaciones de daños y perjuicios por daño ambiental.

IV. Funciones del Tribunal Ambiental Administrativo

Las funciones de un órgano público se encuentran muy ligadas a los objetivos legalmente asignados a este. Aquellas vienen a ser las tareas o actividades en sentido amplio que la entidad debe realizar para cumplir con sus objetivos.

En este sentido, las principales funciones del Tribunal Ambiental Administrativo son:

1. Atender a las personas usuarias.
2. Vigilar los diversos proyectos, obras y actividades que se realizan en todo el territorio nacional, con la finalidad de constatar si estos causan daños ambientales o si generan amenazas de que se produzcan daños ambientales.
3. Fruto de la vigilancia descrita en el párrafo anterior, interponer de oficio las denuncias pertinentes ("abrir expediente") cuando se detecten indicios o dudas acerca de si una obra, actividad o proyecto están generando daños ambientales o amenazas de que estos se produzcan.
4. Tramitar las denuncias interpuestas de oficio o a instancia de parte, realizando la investigación preliminar correspondiente.
5. Solicitar los informes necesarios a los órganos públicos correspondientes o, incluso, a otras personas físicas o jurídicas.
6. Determinar si se requiere o no dictar alguna medida cautelar.
7. Desestimar las denuncias cuando se desprenda de la investigación preliminar realizada que no existe daño ambiental significativo, o bien cuando no se encuentre alguna amenaza de daño ambiental.
8. Declarar la apertura de un procedimiento ordinario administrativo en el supuesto contrario del aludido en el párrafo anterior, citando a las partes a una audiencia oral y privada.
9. Efectuar todas las inspecciones que se necesiten, tanto durante la investigación preliminar, como después de esta.
10. Realizar la audiencia oral y privada.
11. Emitir resolución final en los plazos previstos.
12. Resolver los recursos de revocatoria que se presenten.
13. Responder a las solicitudes de información realizadas por el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes.
14. Colaborar con la Procuraduría General de la República cuando los administrados impugnen en vía judicial la conducta del Tribunal Ambiental Administrativo.
15. Ejecutar las medidas cautelares y las sentencias dictadas por el Poder Judicial.
16. Cumplir con las recomendaciones emitidas por la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes.

V. Naturaleza jurídico híbrida (mixta) del Tribunal Ambiental Administrativo

Uno de los aspectos que genera más dificultades prácticas en la labor cotidiana del Tribunal consiste en la ignorancia acerca de su naturaleza jurídica por parte de funcionarios y funcionarias de diversas instituciones, lo cual genera infundadas pretensiones externas de aplicar normas dictadas para los órganos gestores del Poder Ejecutivo y no para un tribunal administrativo como lo es el Tribunal Ambiental Administrativo.

Por más que el Tribunal se inserte en el Poder Ejecutivo por disposición del artículo 103 LOA, el mismo cuerpo legal (artículo 106) establece un régimen jurídico diferente al de los órganos propios del Poder Ejecutivo:

ARTICULO 106.- Principios jurídicos

El Tribunal Ambiental Administrativo deberá realizar sus funciones sujeto a los principios de oralidad, oficialidad, celeridad e inmediación de la prueba. Deberá ajustar su actuación al procedimiento y las normas de funcionamiento establecidos en el presente código y, supletoriamente, a la Ley General de la Administración Pública, Libro Segundo, Capítulo 'Del Procedimiento Ordinario.

Se observa que la Ley General de la Administración Pública (LGAP) le es aplicable al Tribunal únicamente en lo que regula la audiencia oral y privada y no en lo que concierne al resto del funcionamiento del Tribunal ni a su estatuto jurídico. Lo anterior ha de ser reiterado por su relevancia y falta de comprensión generalizada en el Poder Ejecutivo.

Dado que la LGAP es la norma prototipo reguladora del estatuto y funcionamiento de los órganos del Poder Ejecutivo, cuando el artículo 106 LOA impide que la gran mayoría de los preceptos de la LGAP sean aplicables al Tribunal, está implícitamente excluyendo la aplicación de la generalidad de las normas legales y reglamentarias del Poder Ejecutivo al Tribunal Ambiental Administrativo.

Ello no podía ser de otra manera. Cuando una ley crea un órgano, aunque sea en el Poder Ejecutivo, y le atribuye la denominación de "Tribunal Administrativo", implícitamente está declarando que las normas aplicables a dicho órgano son un conjunto híbrido entre reglas y principios del Poder Judicial y aquellas propias del Poder Ejecutivo, por tratarse de un "Tribunal".

Esa es la finalidad objetiva de la norma, la cual prevalece en su interpretación (artículo 10 del Código Civil y 10 de la Ley General de la Administración Pública). Obedece a la necesidad de garantizar la independencia del órgano, finalidad totalmente ajena a la de los demás órganos administrativos, en los cuales prevalece el principio de jerarquía sin desconcentración.

Por su parte, el Tribunal Administrativo dispone de desconcentración máxima, independencia funcional y agotamiento de la vía administrativa, sin injerencia alguna del ministro. Esta finalidad de la norma creadora de un tribunal administrativo impide que se le apliquen únicamente las disposiciones del Poder Ejecutivo, sino también impone la aplicación preferente de aquellas normas originalmente dirigidas al Poder Judicial, garantes de un estatuto y funcionamiento de independencia.

Como su nombre lo indica, todo tribunal administrativo es un órgano de naturaleza jurídica mixta que combina una naturaleza judicial (Poder Judicial) con una naturaleza administrativa (Poder Ejecutivo), con lo cual el régimen jurídico que se aplica a su estatuto y funcionamiento combina normas dirigidas originalmente al Poder Judicial, así como normas dirigidas al Poder Ejecutivo.

Como se ha aludido, no es infrecuente encontrarse en la práctica con el error de funcionarios y funcionarias de otros órganos, renuentes a aplicar al Tribunal Ambiental Administrativo normas cuyo tenor literal se dirige al Poder Judicial. Este error debe superarse al entender que no se trata de negar que dichas normas fueron dictadas para regular al Poder Judicial, sino de dar cumplimiento a los artículos 103 y siguientes LOA, incluyendo el 106, y que, por tanto, se debe aplicar al Tribunal la normativa dispuesta en dichos preceptos (**tanto en lo referente al estatuto jurídico como en su funcionamiento**), la cual por su naturaleza, no solo se limita a aquellas propias del Poder Ejecutivo, sino también, y preferentemente, a las del Poder Judicial.

Por ello la naturaleza jurídica del Tribunal Ambiental Administrativo es la propia de todo tribunal administrativo y, por tanto, es mixta y une con prevalencia normas propias del Poder Judicial, más algunas otras del Poder Ejecutivo.

VI. Características del Tribunal Ambiental Administrativo

Los siguientes rasgos se desprenden de las normas citadas anteriormente:

1. **Desconcentración máxima.** Si bien el precepto 103 LOA no detalla qué grado de desconcentración ostenta el Tribunal, se deduce que es máxima en virtud de que la normativa le atribuye los caracteres que indicaremos a continuación. La Procuraduría General de la República es conteste en sostener que el grado de desconcentración del Tribunal Ambiental Administrativo es máxima (OJ-070-2008 del 13 de agosto de 2008)¹³.
2. **Independencia funcional.** El Tribunal se encuentra facultado para regular y organizar su propio funcionamiento interno y sus relaciones con las personas usuarias.
3. **Independencia de criterio.** El criterio técnico y jurídico del Tribunal no puede ser revisado ni revocado por otro funcionario u otra funcionaria ni siquiera por la Presidencia de la República ni por un ministro.
4. **Competencia exclusiva.** La competencia de dar respuesta al daño ambiental (incluyendo su prevención) corresponde en exclusiva al Tribunal Ambiental Administrativa.
5. **Agotamiento de la vía administrativa.** Las resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo, como toda resolución emitida por jueces y juezas, no puede ser recurrida ante un funcionario o una funcionaria, sino únicamente ante otras personas juzgadoras. Por ello frente a las resoluciones del Tribunal, no cabe recurso ante el ministro, sino únicamente un proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial. Únicamente cabe interponer el recurso de revocatoria ante el mismo Tribunal Ambiental Administrativo.

¹³ En el mismo sentido, véase el artículo 1 del Reglamento citado.

6. **Carácter obligatorio de las resoluciones.** Frente a toda persona física o jurídica, sea funcionaria pública o no.

Sin embargo, el Tribunal no posee personalidad jurídica instrumental, de modo que toda su gestión presupuestaria y de contrataciones depende del Ministerio, lo cual genera muchas disfuncionalidades que hacen peligrar inclusive la independencia que la misma ley le asigna. Así, por ejemplo, aunque el Tribunal dispone de independencia para fijar cuántas inspecciones realizará y a qué lugares, la aprobación de los viáticos y la gasolina dependen del Ministerio y de la mentalidad de sus funcionarios y funcionarias, lo cual de hecho ha obligado a cancelar numerosas inspecciones y actividades, junto a otras disfuncionalidades.

VII. Organigrama y recursos humanos

A pesar del tiempo transcurrido, no se ha dictado ningún decreto ejecutivo que regule la organización interna del Tribunal. Por ello las únicas normas que se disponen son el precepto 104 LOA que señala que el Tribunal estará compuesto por tres miembros propietarios y tres suplentes, y el artículo 7 del Reglamento de Procedimientos del Tribunal Ambiental Administrativo, el cual regula la integración del Tribunal, distinguiendo entre las juezas y los jueces propietarios y suplentes, por un lado y, de otro, “el resto del personal”.

En la actualidad, el Tribunal Ambiental Administrativo dispone de tres jueces propietarios (una jueza y dos jueces) con sus respectivas plazas. Tres jueces suplentes se encuentran nombrados, pero no se han creado plazas para ellos, de modo que no reciben retribución alguna por sus servicios. De esta manera, se violenta lo dispuesto en la LOA, la cual dispone que deben existir tanto los puestos de miembros propietarios como de suplentes.

Además de los tres jueces titulares, el Tribunal Ambiental Administrativo cuenta con seis funcionarios con titulación en el área del Derecho (cuatro de esas seis plazas son de licenciados en Derecho), más cuatro ingenieros forestales, un biólogo, una biotecnóloga, una administradora, una secretaria, una recepcionista y dos choferes con tres carros viejos para todo el país. De este modo, hay veinte funcionarios y funcionarias del Tribunal Ambiental Administrativo para todo el país.

VIII. Diagnóstico institucional

El diagnóstico del Tribunal Ambiental Administrativo presenta una doble faz: por una parte, un positivo impacto en la sociedad costarricense por la independencia, eficiencia y eficacia que ha mostrado (especialmente a partir del 2008) en la vigilancia, prevención y sanción por daño ambiental, mostrando un firme compromiso con los y las habitantes y el desarrollo sostenible. Por otro lado, muestra un abismal desequilibrio entre la enorme misión y los vastos objetivos que la legislación asigna al Tribunal (véase lo indicado más arriba) y los ínfimos recursos humanos y materiales que se le dan para cumplir con la misión y objetivos. Así, por ejemplo, cada funcionario y cada funcionaria del ámbito jurídico tramitan entre trescientos y cuatrocientos expedientes. El funcionariado del Tribunal ha realizado auténticos prodigios en pro del desarrollo sostenible con el mínimo personal, carros y recursos que se otorgan al Tribunal.

A partir del 2008, la mejoría del Tribunal se debe en gran parte a la introducción de la técnica de las barridas, la cual consiste en desplazar durante una semana al funcionariado a las áreas problemáticas

del país desde el punto de vista ambiental, y visitar, proyecto por proyecto, todas las obras y actividades que se encuentran en ese lugar, para revisar pormenorizadamente si cuentan con permisos, si se están respetando las áreas de protección, si el sistema de tratamiento de aguas residuales funciona bien y, en general, constatar el grado de cumplimiento de la normativa ambiental. Luego, ya en San José, se abren expedientes de los proyectos que presentan indicios de problemas, se dictan las medidas cautelares correspondientes y se brinda el debido proceso.

Las barridas y sus resultandos han llegado a conocimiento de los y las habitantes de la República a través de los testimonios de los pobladores locales y de las informaciones divulgadas por los medios de comunicación.

De esta manera, se ha creado un efecto disuasorio respecto a determinados tipos de desarrolladores.

Ello, a su vez, ha repercutido en que los y las habitantes respondan a la confianza que el Tribunal les genera presentando a este sus denuncias, y así el número de expedientes abiertos se incrementa sustancialmente cada año.

IX. FODA

1. Debilidades

La debilidad del Tribunal Ambiental Administrativo se encuentra ya enunciada, la cual se encuentra en la falta de personal y de recursos necesarios para cumplir con la misión y los objetivos que la legislación ambiental le asigna. A ello se suma el proceso de debilitación (también por parte del Ministerio) que las instituciones públicas han implementado contra el Tribunal. Este proceso de debilitación se encuentra resumido en el oficio número 593-10-TAA del 9 de julio de 2010 y se ha incrementado desde entonces por la disminución de personal constatable en el 2011.

2. Amenazas

La amenaza principal consiste en que el proceso de debilitación podría culminar en transformar al Tribunal en una institución abierta a efectos de imagen; pero en realidad cerrada e incapaz de luchar por el desarrollo sostenible, debido a la carencia absoluta de independencia, personal y recursos.

De hecho, ya en la última década del siglo XX, el Ministerio de Hacienda pretendió cerrar el Tribunal (a pesar de estar creado por ley), a lo cual funcionarios y funcionarias se sumaron (tanto en puestos clave como en otros) e hicieron eco de intereses económicos que se oponían al desarrollo sostenible. Ello implicaría un evidente perjuicio al desarrollo sostenible y a la credibilidad de los y las habitantes de la República en las instituciones públicas y en la democracia.

3. Fortalezas

Las fortalezas del Tribunal Ambiental Administrativo se encuentran en la credibilidad y la confianza que merecidamente ha ganado entre los y las habitantes de la República y de diversas instituciones. Asimismo, se deben al altísimo grado de esfuerzo y compromiso que el funcionariado muestra, a lo que se suman el positivo clima organizacional, la compenetración, el buen ambiente y las excelentes

relaciones entre sus funcionarios y funcionarias. Con esto el impacto positivo del Tribunal en el ambiente ha trascendido las fronteras, de modo que en congresos latinoamericanos de derecho ambiental, se muestran la gran aceptación del Tribunal y la admiración que por ello las personas participantes sienten hacia Costa Rica.

4. Oportunidades

Las oportunidades del Tribunal Ambiental Administrativo consisten en llegar a convertirse en una de las más prestigiosas instituciones costarricenses y también en el órgano administrativo ejecutor (o supervisor de la ejecución) de las resoluciones de la Sala Constitucional y de otros despachos judiciales en materia ambiental. Además, pretenden llegar a constituir un pilar de la democracia costarricense, el depositario de la confianza popular en materia ambiental, fortaleciendo la credibilidad ciudadana en las instituciones y en la democracia.

Se crea también la oportunidad de ser el impulsor de un cambio cualitativo en el nivel de compromiso de las instituciones públicas con el ambiente, mediante la supervisión de la actividad de diversas entidades en lo referente a la prevención del daño ambiental y su tratamiento. Se presenta la oportunidad de aumentar el efecto disuasorio de su actividad respecto a amplias capas de desarrolladores y de hacer crecer el compromiso de los y las habitantes con el medio.

X. Políticas y valores institucionales

1. Política de prevención y disuasión ambiental. La más importante es la barrida ambiental, pues evita que los presuntos daños ambientales continúen produciéndose. Además, se genera un efecto disuasorio en los desarrolladores, presionándolos a cumplir con la normativa ambiental para evitar la apertura de expedientes en su contra.
2. Política de restauración ambiental en especie. Tanto a través de las conciliaciones como de las resoluciones finales, el Tribunal procura que los componentes indemnizatorios del daño ambiental que corresponden a la restauración de los recursos naturales impactados sean afrontados en especie por parte de la persona propietaria, evitando que esos componentes indemnizatorios sean pagados en dinero. Ello se debe a que es sumamente difícil transformar una cantidad de dinero en la ejecución de medidas ambientales de restauración, pues para ello se necesita que el Estado realice diversos contratos y actos para ejecutar lo necesario, y en la práctica este proceso resulta casi imposible. Por ello se valora positivamente que sean las propias personas propietarias las que, bajo la supervisión del órgano administrativo especializado, realicen por su cuenta aquellas acciones necesarias para restaurar el elemento afectado de la naturaleza. De esta manera, el ambiente sale ganando.
3. Política de educación ambiental. El Tribunal Ambiental Administrativo realiza diversas actividades de capacitación en comunidades locales y con diversas entidades sobre daño ambiental, sobre los procedimientos internos, la interposición de denuncias, etc.
4. Política de coordinación. El Tribunal Ambiental Administrativo coordina sus actividades con el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, con diversos órganos especializados en

varias materias, como la Dirección de Aguas, Dirección de Geología y Minas, Dirección de Gestión de Calidad Ambiental, Secretaría Técnica Nacional Ambiental, Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, Instituto Geográfico Nacional, organizaciones no gubernamentales, etc.

5. Política de transparencia. El Tribunal Ambiental Administrativo da cuenta de sus actividades a las comunidades locales, a los medios de comunicación y a diversas instituciones. Se busca que incluso las resoluciones finales del Tribunal estén disponibles a todas las personas en Internet.
6. Política de oficiosidad (no formalismo). El Tribunal Ambiental Administrativo da trámite a todos los escritos que reciba, aunque no cumplan con los requisitos de los artículos 107 LOA y 285 LGAP. Dado que se rige por el principio de oficiosidad, trata como denuncias de oficio a aquellos testimonios que recibe, aunque no cumplan con los requisitos. Lo que se hace es que en la primera resolución, cuando es posible, se solicita a la persona denunciante subsanar lo procedente o presentar un nuevo escrito; pero no se rechaza de plano la gestión.

Los valores institucionales son: la verdad, la lealtad ambiental, la independencia, la transparencia, el compromiso (internalizado y esforzado), la eficiencia, la eficacia, la oficiosidad, la armonía, la interdisciplinariedad (holismo), la conjunción de esfuerzos, la seriedad y la rigurosidad científica.

XI. Aporte para el Poder Judicial

A pesar de que el Tribunal Ambiental Administrativo se encuentra formalmente adscrito al Poder Ejecutivo, su condición de tribunal (administrativo) que, en la práctica hace también respetar celosamente su independencia, permite un diálogo fecundo y cooperación con el Poder Judicial. Así, resulta que diversos fiscales o personas juzgadoras que en sede penal perciben que no existen bases para procesar a una persona al no poderse individualizar su participación junto al dolo o culpa, remiten al Tribunal Ambiental Administrativo copia certificada del expediente, pues en sede administrativa, a la hora de dictar medidas protectoras del ambiente y fijar indemnizaciones de daños y perjuicios por daño ambiental, se opera con responsabilidad objetiva (por jurisprudencia de dicho Tribunal) y con inversión de la carga de la prueba (artículo 109 de la Ley de la Biodiversidad). Ello significa que numerosos daños ambientales ya producidos o en potencia, que en sede penal quedarían sin respuesta, van a poder ahora ser tratados en sede administrativa en beneficio del ambiente.

Se ha dado también el caso de una sentencia de la Sala Constitucional dictada en un proceso de amparo que no tenía como parte al Tribunal Ambiental Administrativo; pero en el cual, sí se detectó un incumplimiento de las responsabilidades del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. La Sala Constitucional ordenó al Tribunal Ambiental Administrativo fiscalizar el grado de protección que en la práctica el almendro amarillo fuera recibiendo, y dictar también las medidas de prevención ambiental que fueran necesarias.

Esta es una ventana que parece sugerir la posibilidad de que el Tribunal Ambiental Administrativo sea un brazo ejecutor (fiscalizador) del Poder Judicial dentro de las administraciones ambientales.

Ello puede ser el inicio de una relación de estrecha colaboración en beneficio del derecho de todos los y las habitantes a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LOS ESPONSALES

M.Sc. Rolando Soto Castro*

Sumario: 1.-Introducción. 2.-Referencia mínima sobre responsabilidad civil: a.-Fundamento constitucional de la responsabilidad civil. b.-Funciones de la responsabilidad civil: i.-Función indemnizadora. ii.- Función complementaria. iii.-Función de satisfacción sustitutiva. iv.- Función incentivadora de la toma de seguros. v.-Función Preventiva. vi.-Función distributiva. vii.-Función normativa. viii.- Función de identificación y desbaratamiento del ilícito lucrativo. ix.- Función punitiva o ejemplarizante. 3.-Responsabilidad civil en el derecho de familia: a.- Generalidades. 4.- Responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales: a.-Concepto y generalidades. b.-Posición contraria a la indemnización. c.-Posición a favor de la indemnización. d.-Resoluciones judiciales. 5.- Colofón. 6.-Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN

A pesar de que el tema de la responsabilidad civil extracontractual es parte de la más añeja tradición civilista, y que ha sido objeto de muchísimos estudios y discusiones doctrinales y jurisprudenciales, es sorprendente cómo en nuestro medio la práctica forense, dentro del derecho de familia, aún es muy “tímida” en cuanto a reclamar daños y perjuicios, provocados por algunas de las múltiples manifestaciones generadoras de responsabilidad civil en el derecho de familia.

Una de esas causas es la ruptura de los esponsales o rompimiento de la promesa o compromiso matrimonial, hecho tal vez no muy frecuente, pero cuyas cifras verdaderas se encuentran ocultas por desconocimiento de la posibilidad de exigir un resarcimiento pecuniario o por la vergüenza que provoca en la persona defraudada por el incumplimiento del compromiso matrimonial.

Estas circunstancias han motivado la elaboración de las presentes líneas, las cuales solo buscan traer al tintero un tema mencionado –cuando mucho– de forma somera en la aulas universitarias. Se espera que sirva de aliciente y punto de partida para que se discuta el tema de forma mucho más amplia y profunda.

Se iniciará el artículo con una referencia general a la responsabilidad civil extracontractual, luego se hará mención de esta en el derecho de familia, para finalmente concretar en el tema del rompimiento de los esponsales.

2.-REFERENCIA MÍNIMA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

a.- Fundamento constitucional de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil pretende que se resarzan los daños –en sentido amplio– cometidos en contra de otras personas, como reflejo del principio de buena fe que ha de privar en todas las actividades del quehacer humano.

Hoy en día se vive un paradigma de protección hacia las víctimas de daños, quienes tienen el derecho –en lo posible– de que se les restituya al estado en que se encontraban antes de sufrir el hecho dañoso. Cada vez más se eliminan trabas y escudos de protección, a favor de los provocadores del daño, con lo cual se pasó de un estado en el cual las víctimas debían soportar los riesgos, hacia el actual en el cual los riesgos son afrontados por el autor del daño (Rivero, 1999, p. 33).

En Costa Rica, el numeral 41 constitucional dispone:

Ocurriendo a las leyes, todas han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Deberá hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

La norma transcrita contiene el fundamento para solicitar la reparación de los daños y perjuicios, la cual ha de concederse de la forma más expedita posible como consecuencia del derecho de tutela judicial efectiva, el cual también se encuentra contenido en el artículo mencionado.

Se ha criticado la interpretación de que la tutela judicial efectiva se limita a garantizar el acceso estrictamente procesal a la jurisdicción, cuando lo cierto es que, al menos en lo que concierne al artículo 41 señalado, ha de entenderse que el acceso a la justicia es material, en términos de que la reparación tendrá que ser plenaria y sin que se le imponga obstáculo alguno de carácter doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legal (Rivero, 1999, p. 44).

Esta posición es, ciertamente, de avanzada y se enfrenta a una visión conservadora y ajena a una adecuada perspectiva integral de derechos humanos.

En el presente trabajo, se asume y comparte la tesis esgrimida por el profesor Rivero, ya que esta contempla la mayor protección hacia las personas damnificadas.

b.- Funciones de la responsabilidad civil

Se ha identificado que la responsabilidad civil, en general, cumple varias funciones, a saber: función indemnizatoria, complementaria, de satisfacción sustitutiva, incentivadora de la toma de seguros, preventiva, distributiva, normativa, de identificación y desbaratamiento del ilícito lucrativo, y punitiva o ejemplarizante.

Esta tipología de funciones fue realizada por el profesor Federico Torrealba, quien en una gran obra jurídica, de reciente publicación, ha logrado formular un verdadero tratado sobre responsabilidad civil (Torrealba, 2011, pp. 3 y ss).

A continuación, se mencionan, *grosso modo*, dichas funciones.

I. Función indemnizatoria

Es la función típica por excelencia de la responsabilidad civil –contenida en el artículo 41 constitucional– que se refiere a reparar o indemnizar los daños y perjuicios causados y colocar –en lo posible– a la persona damnificada en la posición donde se encontraba antes del momento de sufrir los daños y perjuicios.

Bajo la perspectiva de esta función, se incluyen tanto daños patrimoniales como extra patrimoniales (daño moral) y los perjuicios económicos consecuentes.

II. Función complementaria

Dicha función se identifica cuando la indemnización por daños y perjuicios viene aparejada a ciertos remedios legales, tales como los recursos de amparo y *habeas corpus* que se declaran con lugar, lo que lleva aparejada una condena, en abstracto, por daños y perjuicios, en virtud de la disposición de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

III. Función de satisfacción sustitutiva

Dicha función se configura cuando no es posible reparar patrimonialmente un bien, ya que su naturaleza no lo permite, por ejemplo: el caso del honor, el prestigio, la dignidad y otros por el estilo. En tales situaciones, se confiere una indemnización a título de daño moral que trata de brindar una satisfacción que, en algunos casos, a pesar de ser muy elevada en términos económicos, es realmente simbólica porque los bienes extrapatrimoniales no son susceptibles de valoración monetaria.

IV. Función incentivadora de la toma de seguros

Gracias a la apertura que ha tenido la responsabilidad civil, objetiva o sin culpa, tanto a nivel doctrinal, como legal y jurisprudencial, ha llevado a las personas expuestas a responder por daños y perjuicios, aun sin haber sido negligentes, y a suscribir pólizas de seguros que las cobijen ante eventuales acontecimientos.

V. Función preventiva

Esta función se cumpliría principalmente en el caso de daños ambientales donde ante la existencia del simple riesgo –no del daño– se han de tomar medidas de carácter precautorio. Es decir, se trata de situaciones donde se acentúa la prevención del daño mismo. En este sentido, el profesor Torrealba identifica casos de competencia desleal y abuso de derecho, entre otros.

VI. Función distributiva

Se presenta en los casos donde la Administración Pública debe responder por actos lícitos que han causado daños a los administrados. Este es un ejemplo más de responsabilidad civil objetiva. Se da una distribución de los efectos económicos nocivos sufridos por la persona damnificada, por actos que benefician a la colectividad.

VII. Función normativa

Bajo esta función, las interpretaciones jurisprudenciales, en materia de responsabilidad civil, generadas del estudio de normas amplias, producen o fijan ciertos patrones de conducta en los eventuales o potenciales responsables civiles. De esa forma, si hay criterios jurisprudenciales reiterativos, la colectividad sabe a qué atenerse en el futuro, y ello podría variar su conducta.

VIII. Función de identificación y desbaratamiento del ilícito lucrativo

Muchas veces, podría suceder que una persona responsable de pagar daños y perjuicios se sirva de la lentitud procesal para sacar provecho de la mora en la Administración de Justicia a pesar de que vaya a ser vencida en juicio. De tal suerte, los tribunales han de tomar las medidas para que no se premie a la persona deudora. Algunas de esas medidas podrían ser reconocer intereses moratorios o indexar los montos de la indemnización.

IX. Función punitiva o ejemplarizante

Esta función se presenta cuando el resarcimiento es mayor al daño, con lo cual se produce un verdadero castigo, y la condena sirve de ejemplo para toda la sociedad. Sucede, principalmente, en casos de sufrimiento extremo o daño muy grande.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE FAMILIA

a.- Generalidades

El derecho de daños o la responsabilidad civil derivada de este no es exclusivo del derecho civil, sino que se manifiesta en todas las ramas del derecho, tales como el contencioso administrativo, penal, constitucional, ambiental y, obviamente, el derecho de familia no es ajeno a su aplicación, ya que existe un derecho constitucional a exigir reparación ante los daños y perjuicios sufridos.

De tal suerte, al existir el derecho al resarcimiento, todo el ordenamiento jurídico está amparado y cubierto por este (Dutto, 2006, p. 22).

Los cambios de paradigma en torno a las relaciones familiares y al desarrollo de hombres y mujeres en una sociedad que busca ser, cada día, más igualitaria han producido que el derecho se decante hacia situaciones y realidades no abordadas en el pasado. Dentro de ellas, se encuentran los nuevos prototipos de familias –además de la nuclear– como las monoparentales, binucleares, ensambladas y otras. También se destaca la lucha por el

reconocimiento de las parejas homosexuales, lésbicas, bisexuales y transexuales a contraer matrimonio, formar una familia y adoptar hijos e hijas.

Asimismo, la reivindicación de las personas con capacidades especiales, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, y la siempre permanente búsqueda de la igualdad real de la mujer están presentes en el devenir de la humanidad, al igual que la fertilización *in vitro* y otras.

Todas estas realidades han permitido que el derecho de familia tenga un protagonismo exponencial, por lo que no es extraño que el desarrollo de la responsabilidad civil dentro de este haya alcanzado un alto grado.

Donde mayormente se ha manifestado la responsabilidad civil –en el derecho de familia–, es en relación con los daños y perjuicios que se pueden generar del divorcio.

Perogrullo señala que la responsabilidad civil en las relaciones familiares es de carácter extracontractual, ya que se genera por el incumplimiento del deber legal de cuidado y no de un contrato (Benzaquén, 2007, p. 9). Además del fundamento constitucional, ya señalado, dicha responsabilidad encuentra soporte legal ordinario en el artículo 1045 del Código Civil, el cual a la letra dispone:

Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Como se indicó, líneas atrás, en la praxis forense, se presentan mayoritariamente casos de indemnización por daños y perjuicios derivados del divorcio, por ser uno de los más frecuentes conflictos familiares, y gracias a que el artículo 48 bis del Código de Familia permite discutir la pretensión de daños y perjuicios derivados de este, dentro del proceso abreviado de divorcio. Es decir, se trata de una norma de carácter procesal que posibilita la tramitación de la pretensión de daños y perjuicios fuera del proceso ordinario. Sin embargo, no debe olvidarse que no todas las “causales sanciones” quedaron contempladas en el numeral 48 bis citado, como en lo que al adulterio se refiere, lo que implica que habría que acudir al proceso ordinario para reclamarlo, o bien que la jurisprudencia haga una lectura amplia e integradora de las normas fundamentales de la responsabilidad civil extracontractual (Benavides, 2010, p. 145).

Ahora bien, las implicaciones, alcances y límites del artículo 48 bis *ibídem*, así como el derecho indemnizatorio dentro del divorcio no se profundizan más, en vista de que el objeto del presente artículo tiene otra orientación, ya sea la de analizar la posible responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales, lo que a continuación se presentará.

4.- RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA RUPTURA DE ESPONSALES

a.- Concepto y generalidades

Se entiende por esponsales “*el compromiso matrimonial contraído por los novios: en otras palabras, es la promesa de casamiento*” (Borda, s. a. p. 73).

Para otro autor “es la promesa que se hacen un hombre y una mujer de contraer matrimonio en el futuro” (Zannoni, 1979, p. 84).

El jurista nacional Diego Benavides los conceptualiza de una forma más amplia y didáctica, como

la promesa de matrimonio, la cual no debe revestir de mayor formalidad. No es indispensable realizar una ceremonia de compromiso. El solo hecho de planificar una boda, la fiesta y posterior viaje de bodas es suficiente para entender que se ha vertido el consentimiento conducente a contraer matrimonio (Benavides, 2006, p. 72).

Se trata, pues, de la promesa o compromiso que los novios hacen recíprocamente para casarse.

Tal voluntad no tiene mayor importancia para el matrimonio en sí, bajo la perspectiva de que la unión matrimonial nacerá cuando se manifieste el consentimiento de contraer matrimonio ante el funcionario o la funcionaria competente para oficiar la ceremonia matrimonial. Es decir, cualquier tratativa, compromiso, acuerdo tendiente al hecho de casarse es simplemente preliminar y, como tal, es irrelevante para el instituto del matrimonio.

En este sentido, el artículo 10 del Código de Familia señala:

Los esponsales no producen efectos civiles.

La norma anterior contempla el hecho de que la promesa matrimonial no es susceptible de cumplimiento forzoso, lo cual es obvio en consideración al hecho de que el matrimonio es estrictamente consensual. En otras palabras, no se generan obligaciones por el compromiso dado.

La importancia que revisten los esponsales para el derecho de familia se encuentra en el hecho de que se trata de la etapa previa o preliminar del matrimonio, por lo que no pueden ser vistos con indiferencia, ya que es ahí donde se encuentran los primeros estadios de la construcción de la voluntad matrimonial.

Evidentemente, no se generan efectos civiles de estos, en razón de que el matrimonio es voluntario, mas hay que cuestionarse si indirectamente el hecho de no honrar la promesa –que se podría calificar de moral– generaría algún tipo de efecto o responsabilidad legal.

En dichos términos, la cuestión medular que interesa es determinar si el rompimiento generó algún tipo de daño o perjuicio que deba ser reparado, a la luz de las premisas normativas y doctrinarias supra expuestas. Dicho de otro modo, a pesar de que no se puede sancionar el hecho mismo de la ruptura, cabe preguntarse si dicho rompimiento ocasionó algún tipo de daño que, bajo el derecho constitucional de la reparación, ha de ser indemnizado por violentar el deber legal de cuidado o de no causar daño a otros.

En doctrina, se encuentran diversas posiciones –unas a favor y otras en contra– sobre el particular, las cuales se analizarán a continuación.

b. Posición contraria a la indemnización

Guillermo Borda, citado por Dutto, estima que no es posible la indemnización por la ruptura de los esponsales, ya que es imposible aplicar soluciones del derecho patrimonial al derecho de familia. Además, señala que la ruptura del compromiso no es ilícita, que el consentimiento matrimonial debe ser libérrimo y que es muy difícil probar que el rompimiento haya sido culposo o doloso (Dutto, 2006, p. 126).

Por su parte, el mismo Dutto afirma que la existencia de un noviazgo prolongado, la buena conducta de uno o ambos y la ausencia de explicaciones sobre la ruptura no implican necesariamente la existencia de culpa o dolo. Para él la ruptura no es *per se* un acto ilícito (Dutto, 2006, p. 128).

c. Posición a favor de la indemnización

La tesis mayoritaria es proclive a conceder la indemnización por la ruptura de los esponsales.

Esa es la posición que el presente trabajo asume, ya que no se comparten los argumentos que los juristas contrarios a esta invocan, en razón de que no es cierto que no se puedan dar soluciones de tipo patrimonial dentro del derecho de familia. Tal concepción está absolutamente desfasada y desconoce el amplio desarrollo que el derecho de familia ha experimentado en las últimas décadas.

Por otra parte, ciertamente los esponsales constituyen manifestaciones de voluntad libres y, como tales, permiten que se puedan modificar o revocar, sin que sean sujetos de ejecución forzosa, mas ello no implica que si con tal actitud se daña a otro, quede impune dicho comportamiento –desde el punto de vista patrimonial–.

Resulta digno de resaltar que la posibilidad de indemnización por el rompimiento de los esponsales se encuentra presente en Costa Rica desde los tiempos en que don Alberto Brenes Córdoba escribió sus conocidos tratados, a principios del siglo XX.

Con notoriedad meridiana, don Alberto indica:

[...] se admite, en principio, que la parte que hubiere sufrido pérdidas por gastos hechos en razón del concertado matrimonio, puede exigir judicialmente el reintegro de ellos con fundamento en el precepto legal de que todo aquel que ocasiona un daño a otro está obligado a repararlo. (Brenes Córdoba, 1984, pp. 117-118).

Otro autor, en este caso argentino, citado por Dutto, Eduardo Busso, insiste en que la ruptura en sí no produce responsabilidad civil, mas sí sus efectos indirectos. Al respecto señala:

[...] de la ruptura de los esponsales no se puede derivar responsabilidad contractual pero sí la que se origina por un acto ilícito que se tipificaría especialmente en caso de seducción de la novia. Admite la procedencia de la acción resarcitoria cuando fuere imputable dolo o culpa a quien rompió el compromiso y el otro novio hubiere experimentado daño moral o material (Dutto, 2006, p. 122).

Es interesante que este autor ponga el ejemplo de la "novia seducida", posibilidad bastante trasnochada en los tiempos actuales, pero sí sirve para comprender la génesis de la posible responsabilidad por daños y perjuicios, ya sea el daño causado y no la ruptura en sí misma del compromiso.

La eventualidad de cobrar daños y perjuicios se encuentra también prevista en el Código de Derecho Canónico actual, emitido en 1983, lo que si bien es cierto no tiene injerencia alguna en el ordenamiento jurídico familiar, sí es muestra de que hasta dentro de una organización tan conservadora como la Iglesia Católica Romana, se admite la posibilidad del cobro de daños y perjuicios, consecuencia de la ruptura de los esponsales.

En el canon 1062, se regula el tema de los esponsales, el cual textualmente dispone:

1062 1. La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay.

2. *La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; **pero si para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido.***

(El destacado no es del original. <http://www.cafaalfonso.com.ar/descargas/codigo-de-derecho-canonical.pdf>. Recuperado el 8-10-11).

Pues bien, bajo la tesitura de que es posible solicitar indemnización por daños y perjuicios, se ha de entender que son susceptibles de cobrar tanto daños materiales, morales y perjuicios económicos. Piénsese en todas aquellas erogaciones que la novia o el novio no incumplido haría, tales como gastos de vestuario, invitaciones, alquiler de local para la boda, recepción, viaje de bodas, cambio de domicilio o de trabajo y otros por el estilo que constituyen daños patrimoniales.

Evidentemente, la frustración, el sufrimiento y dolor provocado por la ruptura del compromiso constituyen un daño moral que ha de ser resarcido y sopesado según las circunstancias fácticas ocurridas. Una ruptura a meses de celebrarse la boda no es de la misma dimensión que el mismo día de la ceremonia ante amigos y familiares, lo cual constituye una humillación pública.

En cuanto a los perjuicios económicos o lucro cesante, también podrían configurarse, cuando la no celebración del matrimonio implica la pérdida de un trabajo u oportunidad de estudio para la persona contrayente frustrada.

Sean cualesquiera las circunstancias, es obvio que se deberán respetar las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, en general, debiendo establecerse el nexo causal, así como la prueba de los daños y perjuicios, con la particularidad del daño moral que se acredita, por sí mismo, con la prueba del acto dañoso.

En todo caso, la clave es demostrar que la ruptura del compromiso o noviazgo fue unilateral e intempestiva; es decir, que no se debió a un mutuo acuerdo.

A pesar de que Borda no admite la posibilidad de indemnización proveniente de la ruptura de los esponsales, sí se pronuncia sobre qué pasa con los bienes regalados a los novios o a los donados entre sí.

Al respecto opina que los obsequios son donaciones que se encuentran condicionadas a la celebración del matrimonio, por lo que al no celebrarse este, son sujetas a revocación. Esta regla aplicaría para donaciones entre ellos o bien dadas por terceras personas. Asimismo, distingue entre los regalos de uso o los de afecto, entendiéndose que estos últimos no se revocan por poder darse en cualquier momento sin ocasión del matrimonio, ya sea que no fueron obsequiados en razón o por motivo de la boda (Borda, s. a. pp. 77-80).

En nuestra legislación civil, es posible revocar una donación cuando ha existido ofensa grave de parte del donatario, hacia el donante y familiares cercanos. Ello se encuentra previsto en el artículo 1405 del Código Civil, el cual a la letra señala:

Una vez aceptada no puede revocarse sino por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1º.-Si el donatario comete alguna ofensa grave contra la persona u honra del donador, sus padres, consorte o hijos. 2º.-Si el donatario acusa o denuncia al donador, su consorte, padres o hijos.

En ese sentido, el novio o la novia que ha obsequiado un bien a su contraparte, con miras a su casamiento, además de solicitar la indemnización correspondiente, podría pedir la revocatoria de la donación, ya que es fácil entender que el rompimiento de la boda constituye una ofensa, máxime si ha mediado humillación pública. Aunque no es requisito indispensable que se haya dado esta última para que proceda la revocatoria.

En relación con las personas terceras donantes, es más difícil establecer la existencia de la ofensa, salvo en los casos de que se trate de familiares cercanos al novio y a la novia frustrados, a quienes obviamente también afectaría directamente el rompimiento del compromiso matrimonial.

Es sumamente interesante señalar que el Código Civil italiano expresamente regula la posibilidad de exigir responsabilidad civil, ante el acaecimiento de la ruptura de los esponsales.

Los artículos 79 a 81 disponen textualmente lo siguiente: **Art. 79 Effetti (efectos)**

La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo ne ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento. (La promesa de matrimonio no obliga a cumplir ni a exigir lo que fue convenido para el caso de incumplimiento. Traducción libre).

Art. 80 Restituzione dei doni (restitución de lo donado).

Il promittente può domandare la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio, se questo non è stato contratto (785, 2694).

La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno in cui s'è avuto il rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti. (El promitante puede demandar la restitución de lo donado a causa de la promesa de matrimonio, si esto no ha sido acordado. La demanda no es procedente después de un año, del día de la fecha de la negativa a celebrar el matrimonio o del día de la muerte de uno de los promitentes. Traducción libre).

Art. 81 Risarcimento dei danni (Resarcimiento de los daños)

La promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da una persona maggiore di età o dal minore ammesso a contrarre matrimonio a norma dell'art. 84, oppure risultante dalla richiesta della pubblicazione, obbliga il promittente che senza giusto motivo ricusi di eseguirla a risarcire il danno cagionato all'altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Il danno è risarcito entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti (2056).

Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che con la propria colpa ha dato giusto motivo al rifiuto dell'altro.

La domanda non è proponibile dopo un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio (2964 e seguenti)". (La promesa de matrimonio hecha recíprocamente por acto público o por escritura privada de una persona mayor de edad o del menor de edad autorizado a contraer matrimonio de acuerdo con la norma del artículo 84, si no resulta de la solicitud de la publicación, obliga al promitante que sin justo motivo rehúsa cumplirla a resarcir el daño ocasionado a la otra parte por los gastos realizados y por las obligaciones contraídas a causa de aquella promesa. El daño es resarcido dentro de los límites en los cuales los gastos y las obligaciones correspondan a las condiciones de las partes (2056). El resarcimiento se limita a la culpa del promitante, lo cual provocará el rechazo de otros. La demanda no es procedente después del día del rechazo a celebrar el matrimonio (2964 y siguientes). Traducción libre). (Ver http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm. Recuperado el 8 de octubre de 2011).

La regulación prevista en el código civil italiano responde a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual, destacándose el hecho de que se limita la responsabilidad a la culpa del promitante y limita el alcance del resarcimiento a las condiciones patrimoniales de las partes. Asimismo, establece un plazo de caducidad de un año para accionar, lo cual obviamente otorga seguridad jurídica.

En el caso de Costa Rica, al no existir regulación expresa, tendrá que aplicarse el plazo general de prescripción decenal.

Finalmente, es muy relevante la previsión en cuanto a los regalos hechos a la pareja.

Este ejemplo de derecho comparado refuerza la tesis de que es absolutamente posible exigir resarcimiento por daños y perjuicios derivados del rompimiento de la promesa de matrimonio.

A nivel práctico, son casi nulas las resoluciones judiciales que se refieran al tema de los esponsales, posiblemente –como se señaló al inicio del artículo– por desconocimiento de la posibilidad de exigir indemnización y porque, en la mayoría de las ocasiones, el conflicto no se reclama o se soluciona a nivel privado.

Analizada la base pública de datos del Poder judicial, solamente se encontraron –hasta el mes de octubre de 2011– dos resoluciones judiciales provenientes del Tribunal de Familia, las cuales tangencialmente se referían al tema, ya que no se trataba de procesos de cobro de daños y perjuicios, sino de procesos en los que se invocó el tema de los efectos de los esponsales por tener algún tipo de relación con lo debatido que, en los casos concretos, se trataba de divorcios donde se cuestionaba si los bienes adquiridos dentro del noviazgo podrían estimarse gananciales o no.

No se localizaron resoluciones emitidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

A continuación, se comentarán las dos resoluciones mencionadas.

d.- Resoluciones judiciales

I. Voto número 1157-06 de las nueve horas del ocho de agosto de dos mil seis. Tribunal de Familia.

Tal y como se indicó, esta sentencia resuelve un recurso de apelación dentro de un proceso de divorcio, en el cual se discute si un bien adquirido dentro del noviazgo se puede estimar o no como ganancial. Como parte de las consideraciones previas del tribunal, hizo mención de los efectos de los esponsales y reafirmó la posibilidad de que se generen daños y perjuicios derivados de su rompimiento.

El tribunal dispuso lo siguiente en lo que interesa:

*El derecho de Familia, no tutela al noviazgo como tal y solo lo utiliza tangencialmente para erradicar situaciones de violencia doméstica o bien para reconocer derechos al hijo que sea fruto de esa relación. En ambos casos, la preocupación jurídica por el tema no nace del noviazgo en sí, sino más bien de la necesidad de proteger otros derechos de orden constitucional como el derecho a la integridad personal o a tener padres responsables. Se puede entonces decir que se trata del medio para llegar a un fin diverso a la protección del noviazgo por él mismo [...]. “Es más el artículo 10 del Código de Familia, inicia la regulación legal del matrimonio estipulando que” los esponsales no producen efectos jurídicos “**y si bien se extrae de aquí que no producen una obligación jurídica de concretar la promesa de***

casarse también podemos ir más allá y decir que no producen más efecto que el indemnizar, pero en uso de una teoría de la responsabilidad meramente civil, por los daños y perjuicios que de la manera de romper la promesa nazcan. (El destacado no es del original).

Como se puede colegir, el tribunal afirma la tesis expuesta en el presente trabajo: sí hay posibilidad de pretender una indemnización por razones derivadas del rompimiento de los esponsales, bajo la teoría de la responsabilidad civil extracontractual.

II. Voto número 535-08 de las ocho horas diez minutos del veintiséis de marzo de dos mil ocho.

En este proceso, se pretendió el divorcio. La parte demandada reconvino y, entre otras pretensiones, esgrimió que se le debía indemnizar por daño moral, en vista de sevicia sufrida, así como por daños materiales derivados de deudas contraídas antes del matrimonio, en virtud de gastos de la boda y otros extremos.

Si bien es cierto, la resolución no se refiere a un reclamo por daños y perjuicios derivados del rompimiento de los esponsales, sí analiza indirectamente el tema al cuestionarse el cobro de deudas previas al matrimonio.

En lo conducente, el tribunal señaló:

*En punto a los gastos y deudas previos a la boda y a los primeros meses de matrimonio: En el Código de Familia, a partir del artículo 10 se regula la figura de los esponsales, el cual está en estricta concordancia con el artículo 1045 del Código Civil sobre los daños y perjuicios ocasionados y **que al incumplirse la promesa de matrimonio, deben indemnizarse**. Si bien, esta regulación no es aplicable al caso que nos ocupa, pues las partes contrajeron matrimonio, acontecimiento único en la vida de las personas que deciden dar tal paso en su vida, las consecuencias jurídicas de los gastos y deudas, previos y posteriores al casamiento, considera esta Integración, deben ser indemnizados [...] **En consecuencia, al obrar en los autos, prueba documental sobre los gastos causados, derivados del matrimonio, antes y en los primeros meses de efectuado el mismo, son parte del daño moral que sufre la cónyuge**, quien con mucha antelación a la fecha del enlace matrimonial, experimentó la ilusión de organizar y preparar su vida matrimonial futura, razón por la que, **lógico, incurrió en los gastos que obran en los autos, los cuales no son solamente, la compra de muebles, la preparación del agazajo, la compra del vestido de novia, el vestuario propio de una novia recién casada, la luna de miel y otros gastos propios de este evento**. En consecuencia, procede revocar la sentencia apelada en este extremo, y en su lugar, se otorga el derecho en abstracto a doña [...] de individualizar **los gastos de preparación e inmediatos a la realización del matrimonio**. (El destacado no es del original).*

De forma muy clara, se establece, sin lugar a dudas, que habría que indemnizar los gastos previos al matrimonio y, si bien la situación fáctica del caso no es la de un rompimiento de la promesa de matrimonio, sí se trata de una indemnización retroactiva de gastos que la cónyuge debió realizar antes de casarse y que, dadas las situaciones de violencia intrafamiliar vividas, se justificó que se le reintegrara lo que erogó bajo ese concepto.

Claramente, la resolución resalta el hecho de que, en caso de un rompimiento de esponsales, el mismo razonamiento operaría.

Las dos anteriores resoluciones, perfectamente, servirían de fundamento para entablar una demanda de indemnización por daños y perjuicios provenientes de la ruptura de la promesa o compromiso matrimonial.

5. COLOFÓN

Luego de las consideraciones anteriores, se arriba a las siguientes conclusiones:

- a) El derecho al resarcimiento es un derecho humano consagrado en la Constitución Política en su numeral 41.
- b) Tal derecho es material y no meramente procesal, por lo que cualquier obstáculo doctrinario, legal o procesal sería de índole inconstitucional.
- c) La indemnización por daños y perjuicios debe ser realmente reparada o, al menos, sustitutiva para el caso del daño moral o extrapatrimonial.
- d) La responsabilidad civil cumple con una serie de funciones que, en esencia, buscan castigar las actuaciones ilícitas productoras de daño y proteger a las personas damnificadas.
- e) En materia de relaciones familiares y derecho de familia en general, es posible invocar responsabilidad civil extracontractual, con fundamento en los numerales 41 de la Constitución Política, 1045 del Código Civil y 48 bis del Código de Familia.
- f) Los esponsales no están sujetos a ejecución ni producen, en sí mismos, efectos civiles.
- g) El rompimiento de los esponsales puede producir daños y perjuicios que deben ser indemnizados.
- h) La indemnización abarca daño material, daño moral y perjuicios económicos.
- i) Con ocasión de un futuro matrimonio, los bienes donados podrían volver a manos de las personas donantes, en caso de ruptura de los esponsales, dentro de los alcances y límites del artículo 1405 del Código Civil.
- j) No se localizaron resoluciones judiciales referentes a reclamos concretos sobre rompimiento de esponsales.
- k) Las únicas resoluciones judiciales encontradas provienen del Tribunal de Familia y trataron el tema tangencialmente; mas los fundamentos utilizados confirman la procedencia de una indemnización.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- a) BENAVIDES SANTOS, Diego. *Código de Familia, anotado y concordado*. Editorial Juritexto, San José, 2006.
- b) BENAVIDES SANTOS, Diego. *Derecho Familiar*. Estudios, tomo I. Editorial Juritexto, San José, 2010.
- c) BENZAQUÉN, Alicia. *Responsabilidad y Daños en el Derecho de Familia*. Ediciones D&D, S.R.L., Buenos Aires, 2007.
- d) BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Tratado de las Personas*. Editorial Juricentro S.A. San José, 1984.
- e) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, tomos I y II. Novena edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, sin año.
- f) DUTTO, Ricardo J. *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Editorial Hammurabi. S.R.L., Buenos Aires, 2006.
- g) RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Responsabilidad Civil*. Volumen 1. Ediciones Jurídicas Areté, San José, 1999.
- h) TORREALBA NAVAS, Federico. *Responsabilidad Civil*. Editorial Juricentro, San José, 2011.
- i) ZANNONI, Eduardo. *Responsabilidad civil por ruptura de la promesa del matrimonio y del concubinato*. En *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*. Editorial Hammurabi S. R. L., Buenos Aires, 1979.

SITIOS WEB

<http://www.cafaalfonso.com.ar/descargas/codigo-de-derecho-canonical.pdf>. Recuperado el 8-10-11).

http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm. Recuperado el 8-10-11).

NORMAS

- a) Constitución Política
- b) Código Civil
- c) Código de Familia