



ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

Revista Escuela Judicial

Nº 12

Julio 2017



Directora Escuela Judicial: Licda. Ileana Guillén Rodríguez

Subdirectora a.i. Escuela Judicial: Licda. Kattia Escalante Barboza

Coordinador de la publicación: Lic. Román Bresciani Quirós

Coordinadora del 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 u autora y no necesariamente reflejan la opinión de la Directora 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.

CONSEJO EDITORIAL DE LA ESCUELA JUDICIAL

Licda. Ileana Guillén Rodríguez	Directora Escuela Judicial
Licda. Kattia Escalante Barboza	Subdirectora a.i. Escuela Judicial
Dr. Juan Carlos Segura Solís	Juez, Tribunal de Trabajo, Integrante del Consejo Directivo
Dra. Sandra Zúñiga Morales	Jueza, Tribunal de Apelaciones de Sentencia II Circuito San José
M.Sc. Raymond Porter Aguilar	Juez y facilitador de la Escuela Judicial
M.Sc. Xinia Fernández Vargas	Secretaría de Género
Dr. Diego Benavides Santos	Docente universitario y juez de familia
M.BA. Magdalena Aguilar Álvarez	Jefa, Área Servicios Técnicos-Escuela Judicial
Dr. Álvaro Hernández Aguilar	Juez del Tribunal Primero Civil

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

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

2017

Índice

Análisis de la implementación del expediente electrónico. Caso de los juzgados especializados de cobro de Grecia y II Circuito Judicial de San José desde su implementación en cada uno de ellos y hasta diciembre del 2012.

Cristhian Henández Agüero y Bravan Li Morales..... 4

Breves consideraciones en torno a las cargas probatorias en la responsabilidad civil

Carlos Andrés Dalolio Jiménez..... 12

Colisión de principios constitucionales: ¿ponderación o subsunción?

Fernando A. Castro Padilla..... 40

Desestimación de la querella por atipicidad ante El rol y el perfil de las personas que participan en el trámite y la resolución de procesos alimentarios

Mauricio Porras Loría 53

El rol y el perfil de quienes participan en el trámite y la resolución de los procesos alimentarios

Gonzalo Coronado Villareal..... 61

¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?

Francisco Sánchez Fallas 72

La usucapión de bienes inmuebles en la jurisprudencia costarricense, durante el periodo 2010-2014

Carlos Eduardo González Mora 80

Punto de vista de la retórica de Cicerón

Miguel Zamora Acevedo..... 99

“Tratamiento diferenciado de la solicitud de medidas de protección reguladas por la Ley de Violencia Doméstica de Costa Rica, a favor de personas adultas mayores y personas menores de edad”

José Miguel Fonseca Vindas y Marisselle Zamora Ramírez..... 113

Análisis de la implementación del expediente electrónico. Caso de los juzgados especializados de cobro de Grecia y II Circuito Judicial de San José desde su implementación en cada uno de ellos y hasta diciembre del 2012¹

Cristhian Hernández Agüero

Brayan Li Morales

Justificación

Con la entrada en vigencia de la Ley de Cobro Judicial N.º 8624, en el 2008, la figura del juzgado electrónico cero papel tuvo sus primeros pasos, precisamente en el Juzgado Especializado de Cobros del II CJSJ y los juzgados de cobro de San José, llevando consigo, una serie de cambios estratégicos en la organización de la forma de trabajo.

Así, podemos presenciar que los procesos judiciales no han escapado a la evolución tecnológica; al contrario, cada día se han implementado diversos medios con el fin de agilizar la tramitación y hacer más sencillo para la persona administrada acudir a la Administración de Justicia.

Algunas de estos procesos han facilitado la tramitación y han acercado a las personas usuarias a los despachos judiciales, como es el caso del fax y del correo electrónico para las comunicaciones, además, la anotación y cancelación electrónica de mandamientos de embargo y anotaciones de demanda que permiten que, en forma inmediata, el juez o la jueza anote o levante un embargo, sin necesidad de que las partes tengan que retirar un documento en el despacho y luego presentarlo en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, no todos los mecanismos que la tecnología pone a disposición facilitaron desde un inicio la tramitación. Entre tales ejemplos, podemos señalar algunos programas de computación como en sus inicios fue el Sistema de Gestión, el cual generó atrasos en los expedientes, así como rechazo de sus operadores. Incluso los sistemas de grabación de audio de las audiencias han generado inconvenientes como la incorrecta grabación y la difícil identificación de las personas al solo grabarse su voz.

1 Tesis para optar por la Maestría en Derecho. Universidad Nacional de Costa Rica.

Otro mecanismo que en un inicio causó algún tipo de atrasos y de inseguridad fue la aplicación de la firma electrónica, por el rechazo de las personas de otorgarle validez a esta firma, situación que no fue superada con la firma digital, porque se debe aceptar que las personas no están familiarizadas con este tipo de firma, lo que generó y genera aún, rechazo, incluso de algunas instituciones gubernamentales.

En este sentido, revierte importancia analizar la aplicación del expediente electrónico en los procesos judiciales, ya sea, estudiar si este contribuye a facilitar la tramitación y acercar a las personas usuarias con la Administración de Justicia, o por el contrario, se ha convertido en un obstáculo y, por ende, en un desacierto por parte del Poder Judicial al implementarlo.

1. Marco teórico

La presente investigación fue desarrollada en dos oficinas judiciales del Poder Judicial de Costa Rica, concretamente en el Juzgado de Cobro del II Circuito Judicial de San José y el Juzgado de Cobros, Contravencional y de Menor Cuantía de Grecia en Alajuela, en los cuales, se utiliza el expediente electrónico, constituyendo escenarios bastantes distintos en su tamaño, ubicación y, sobre todo, en las condiciones socio-económicas de la población en la que cada uno de ellos está inmerso, lo cual permitirá abordar también lo que es el tema de la brecha digital entre los diferentes tipos de persona usuaria.

El tema de investigación gira alrededor de las implicaciones del expediente electrónico, por lo que, entre los aspectos que se tomarán en consideración para analizar su implementación, resaltan el análisis del tiempo que conlleva firmar digitalmente una resolución, en comparación con la firma del documento físico; la falta de implementación por parte del Poder Judicial con otras instituciones tanto públicas como privadas, de una plataforma que permita la adecuada comunicación de los mandamientos; las consecuencias físicas para el personal que utiliza el expediente electrónico, entre otros.

Dentro de este contexto, según las fuentes consultadas, se desprende que a la fecha no ha existido un estudio concreto y específico sobre la implementación del expediente electrónico dentro del Poder Judicial. En este punto radica el vacío de conocimiento. De esta manera, una vez sistematizados y organizados todos los datos obtenidos de las fuentes citadas en el estado de la cuestión, así como las entrevistas preliminares practicadas tanto al personal como a las personas usuarias de ambos despachos bajo estudio, se definieron los siguientes aspectos de estudio:

- a) Espacio real de investigación y naturaleza de este espacio real: El espacio real es el Juzgado de Cobros de Grecia y el Juzgado de Cobros del II Circuito Judicial de San José. El primero tiene un circulante actual de seis mil doscientos treinta y cinco expedientes, los cuales son tramitados en forma electrónica, por un juez o una jueza con dos personas técnicas judiciales; mientras que el segundo muestra un circulante de ochenta y ocho mil setecientos veintiséis procesos electrónicos y once mil noventa y ocho expedientes físicos que pertenecían al antiguo Juzgado de Hacienda. Tal cantidad de asuntos es tramitada por un total de veinticinco jueces y juezas y ochenta y dos personas técnicas judiciales.

- b) Contexto socio-político de este espacio: Regional-cantonal: Por cuanto, ambos despachos tienen sus competencias definidas a una región específica del país, lo cual abarca varios cantones.
- c) Significancia cultural y su relación con actores sociales. Si bien es cierto el expediente electrónico está dirigido a personas usuarias que, por lo general, se encuentran representadas por un o una profesional en Derecho, se debe tomar en consideración que los documentos digitales serán destinados en muchos casos a instituciones que no tienen acceso a computadoras, como es el caso de los delegados policiales. Incluso, en el caso de Grecia, aún existen profesionales en Derecho que presentan demandas y escritos redactados en máquina de escribir, por lo cual, se aprecia una brecha digital.

2. Metodología

Como metodología para esta investigación, podemos partir inicialmente de un método hipotético deductivo, con el fin de llegar a la hipótesis a través de un procedimiento inductivo, en donde se partirá de conocimientos particulares a partir de la hipótesis, para posteriormente comprobarlos experimentalmente. Ahora bien, se debe tomar en consideración que resultará necesario aplicar también, un razonamiento lógico inductivo, el cual, dependiendo del campo de análisis, será completo o incompleto.

En este sentido, al realizar un estudio de campo en el Juzgado de Cobro de Grecia, se realizará un estudio de todos los elementos participantes, es decir, la totalidad del personal del despacho. En el caso del Juzgado de Cobro del Estado de Goicoechea, en vista de la cantidad de personal, le corresponderá una inducción incompleta, en vista de que no se estudiarán los elementos de investigación en su totalidad, sino que se recurrirá a obtener una muestra representativa, lo que permitirá realizar generalizaciones.

Para lograr los objetivos trazados y aplicar el método descrito, será necesaria la implementación de ciertos instrumentos, tales como: a) consultar la mayor cantidad de material escrito relacionado con el tema del uso de las tecnologías en la Administración pública, y más concretamente dentro del Poder Judicial, como es el caso de doctrina sobre el tema; b) revisión de documentos e informes elaborados por los distintos departamentos de la institución, así como circulares del Consejo Superior del Poder Judicial y de la Corte Plena, en relación con el tema de investigación; c) para conocer la percepción de las personas operadoras del expediente electrónico, entendidas como personas usuarias internas y externas, se recurrirá a la aplicación de encuestas, además, se entrevistará a abogadas y abogados usuarios de cada despacho, así como al personal colaborador de las oficinas judiciales tanto a nivel de asistentes o técnicos judiciales como a los mismos jueces y juezas que tramitan procesos de cobros bajo la modalidad de expediente electrónico; d) finalmente, se entrevistará a jerarcas y personas funcionarias de la institución como magistrados y magistradas, miembros del Consejo Superior, jefes y jefas de departamentos del Poder Judicial involucrados en la implementación del expediente electrónico, como el Departamento de Tecnología de Información y Comunicación, el Departamento de Planificación, el Centro de Gestión de Calidad, la Dirección Ejecutiva y administradores de circuitos. Es importante resaltar que las herramientas citadas en los puntos c) y d) constituyen las principales fuentes informativas y el eje central de esta investigación.

Una vez aplicados tales instrumentos, se extraerá la información necesaria que permitirá identificar las ventajas y desventajas de la implementación del expediente electrónico en el Poder Judicial, desde el 2008 y hasta diciembre de 2012. Se dispone lo anterior con el fin de alcanzar un grado de certeza sobre las mejoras que, desde una perspectiva sociológica, podrían ser implementadas por la institución en tales juzgados, así como todos aquellos despachos que tramitan los procesos, bajo esta modalidad de Administración de Justicia, así como la posibilidad de verificar la hipótesis planteada en la presente investigación.

La interrogante a despejar en nuestra investigación es ¿cuál es la percepción de las personas usuarias así como de las mismas personas funcionarias de los Juzgados de Cobros del II CJ de San José y del Juzgado de Cobros de Grecia con respecto a la implementación del expediente electrónico desde el 2008 y hasta diciembre de 2012?

Como hipótesis, se determina la siguiente: “El expediente electrónico no es una herramienta que haya contribuido a mejorar el servicio de Administración de Justicia, disminuyendo el tiempo de espera en el proveído diario en los despachos objeto de análisis”.

3. Resultados de la investigación

La investigación realizada nos brindó los siguientes resultados:

- 1) Como hipótesis para esta investigación, se planteó que el expediente electrónico no era una herramienta que haya contribuido para mejorar el servicio de Administración de Justicia, disminuyendo el tiempo de espera en el proveído diario en los despachos objeto de análisis.

Al finalizar la investigación, podemos afirmar que la hipótesis fue confirmada, según los motivos que se exponen a continuación.

- 1) Como principal impresión o valoración de la herramienta y a cuatro años de haberse iniciado, existe a nivel interno una fuerte resistencia hacia su uso; pero no por la herramienta en sí misma, sino por el tema de los resultados o beneficios para la institución sobre todo en el tema de cargas de trabajo y de mora judicial.

Las opiniones están aún divididas, por un lado, algunos consideran que su implementación ha contribuido en sus labores, pero, por otro lado, un número considerable de personas funcionarias son contestes al considerar que, con el uso de la herramienta, han aumentado las funciones que desempeñan, y que ello les conlleva más tiempo del que tendrían que invertir, si los expedientes fueran físicos o en formato impreso, por cuanto, el sistema resulta poco amigable y deben invertir más tiempo para realizar las mismas funciones, en vista de la gran cantidad de trámites que debe realizarse para firmar una resolución.

Al respecto, resultó interesante determinar que un alto porcentaje de las personas servidoras que se muestran a favor lleva a cabo labores de atención a personas usuarias, búsqueda de expedientes, fotocopiado, entre otros.

Lo anterior nos lleva a concluir que dada la complejidad en el trámite de un expediente judicial y dependiendo de la posición y de las funciones que cada persona funcionaria desempeña dentro del despacho, así también será la opinión que se tenga respecto al uso de la herramienta.

Es decir, el tema de la organización interna y de la distribución de las cargas de trabajo de cada oficina o despacho judicial hace la diferencia entre una opinión favorable o desfavorable sobre el uso del expediente electrónico.

- 2) El principal aspecto negativo sobre el expediente electrónico, según la percepción de las personas usuarias internas y externas es que la herramienta puesta en marcha en nuestra institución es un conjunto de documentos digitalizados sin ningún orden.

En este sentido, no existe un expediente electrónico pensado en función de facilitar las labores y acercar la justicia a la persona usuaria, tan solo se utilizó la plataforma con la que se contaba, como fue el Sistema de Gestión de Despachos, incluso, desde sus inicios, solo se pensó que el expediente electrónico era un sistema que facilitara la labor de firma de las personas juzgadoras, no tomándose en consideración a las personas usuarias externas.

- 3) En cuanto al tema de la disminución de los tiempos de espera, no fue posible determinar este aspecto. El principal ejemplo sucede con el Juzgado de Cobro de Goicoechea, en el cual aún se tramitan los expedientes físicos iniciados antes de la introducción de la herramienta, por lo cual, se tramitan tanto procesos en papel, como electrónicos.

En este juzgado, al existir tanto expedientes físicos como electrónicos, habría sido más sencillo determinar si el expediente electrónico ha disminuido la mora judicial. No obstante, esta situación no fue posible constatarla, en vista de que no hay diferencia entre el tiempo de proveído de los expedientes físicos de los electrónicos; es decir, la mora judicial sigue siendo la misma en ambos casos, siendo la principal causa, según las mismas personas funcionarias lo expresan, más que un tema de herramientas tecnológicas, la escasez de personal.

Por su parte en Grecia, si bien las personas usuarias externas tienen una percepción de que la mora judicial ha disminuido, no solo lo atribuyen al uso del expediente electrónico, por cuanto, afirman que antes que ese juzgado fuera dotado de personal para que contribuyera con las funciones, el tiempo de espera aumentó considerablemente, por lo cual, imputan la disminución en la mora judicial, más a un aspecto de recurso humano que de implementación de herramientas tecnológicas.

- 3) En el Juzgado de Cobros del II Circuito Judicial de San José, para una gran mayoría de las personas encuestadas, tanto personal de apoyo como las mismas personas juzgadoras, el tema de la mala o poca organización interna de funciones, la improvisación en formas o estrategias de trabajo y la falta de más recursos son las causas por las cuales el servicio no ha mejorado con la implementación de la herramienta.

En este sentido, según las encuestas y entrevistas, se pudo determinar que una gran cantidad de personal de apoyo, que podría estar siendo utilizado para labores jurisdiccionales, está dedicado a temas administrativos propios de la plataforma informática que representa el uso del expediente electrónico.

4) En algunos aspectos, las personas usuarias externas mantienen una percepción positiva de la herramienta, principalmente en el hecho de evitar el traslado al despacho judicial, lo que conlleva una gran ventaja y reducción de costos operativos. Sin embargo, esta reducción de costos no se ve compensada con la carga que les fue asignada de imprimir oficios y comisiones, así como el diligenciamiento de estas.

5) El principal reclamo de los operadores internos y externos del expediente electrónico radica en la lentitud de la conexión; aunque se debe realizar una distinción, por cuanto en Grecia las personas usuarias protestan especialmente por la lentitud del servicio; pero afirman que pocas veces no existe conexión del todo. En Goicoechea, refieren que el problema se presenta con la falta de conexión constante a la página del Poder Judicial.

6) Uno de los aspectos negativos del expediente electrónico, según se apreció en la investigación, es el desconocimiento que existe entre la firma electrónica y la firma digital, lo que presenta, en muchos casos, atrasos en la tramitación, por cuanto, los documentos firmados digitalmente e impresos por la parte no son admitidos por el destinatario. Sin embargo, preocupa sobremanera que, en varios acuerdos del Consejo Superior, se ha instado a las instituciones a recibir tales documentos, los cuales constituyen simples papeles sin ningún tipo de respaldo legal.

7) Finalmente, en el tema de salud ocupacional, si bien no es propio del servicio de Administración de justicia, la institución debe velar por el bienestar del recurso humano. En este punto, las personas funcionarias fueron claras en indicar que el uso de esta herramienta les ha ocasionado dolor de espalda, hombros, túnel carpiano, cervicales, gastritis, así como trastornos emocionales, como estrés, frustración, llanto y desmejora en las relaciones familiares; por estos motivos, desaprueban el uso del expediente electrónico.

Ahora bien, al inicio de la investigación se planteó la hipótesis de que el uso de la herramienta del expediente electrónico no ha contribuido a mejorar el servicio de Administración de Justicia ni tampoco ha contribuido a disminuir la mora judicial en los despachos de cobros de Goicoechea y Grecia respectivamente. Luego de concluida esta investigación, en razón de la respuesta afirmativa a la hipótesis, se realizan las siguientes recomendaciones:

1. En vista de que en un inicio, se realizó improvisadamente la implementación del expediente electrónico, por llamarlo de alguna forma, nótese que no es hasta fecha reciente cuando el Poder Judicial creó un reglamento para la utilización de esta herramienta. Se requiere en primer término una capacitación oportuna que garantice que las personas funcionarias utilicen los sistemas en forma ágil y eficiente.

En este sentido, además, convendría la creación de protocolos internos sobre la utilización del expediente electrónico que permita una inducción adecuada para aquellas personas funcionarias que ingresen por primera vez a un despacho electrónico.

Esta capacitación debe ser constante y debe comprender tanto a personas usuarias internas como externas.

2. En el mismo orden, se debe promover de forma constante, la motivación del personal interno y de las mismas personas usuarias hacia el uso de las nuevas tecnologías y evitar así el alto grado de resistencia hacia el uso de estas, así como la brecha digital, en razón de la edad, género, nivel educativo, zona geográfica y nivel económico.

3. La creación de un equipo interdisciplinario que se encargue de monitorear y de supervisar los resultados de cada una de las oficinas que trabajen bajo la modalidad electrónica, con el fin de mejorar el servicio brindado y darles continuidad a los diferentes proyectos que dependen del uso de la herramienta.

Para tal efecto, se deberán realizar encuestas o monitoreos periódicos a los operadores internos y externos, los cuales permitan una retroalimentación con respecto a la calidad del servicio brindado.

4. Relacionado con el punto anterior, se debe descentralizar el poder en materia organizativa y de dirección interna de los despachos judiciales, con el propósito de que las funciones o las decisiones administrativas no sean tomadas por una única persona, quien además, no dispone de la preparación necesaria en administración e informática.

Nos referimos al caso de las personas funcionarias de un despacho judicial, especialmente a la jueza y al juez, a quienes se les asigna la responsabilidad de la puesta en marcha de un despacho electrónico, lo cual consideramos un desacierto por parte de la institución.

Por lo anterior, dentro de este equipo interdisciplinario, debe existir una sección que dicte los lineamientos institucionales para la puesta en marcha de un despacho electrónico.

Se deben agilizar los procesos de contratación para la compra del equipo tecnológico adecuado e idóneo que esté al nivel de exigencia de las personas usuarias y acorde con el servicio de calidad que un poder de la República debe brindar.

En este punto, se deben mejorar dos aspectos esenciales: el primero es contar con personas servidoras y equipos de mayor capacidad que eviten la lentitud y la caída de conectividad a la página de la institución. En segundo lugar, el servicio de escaneo que se brinda a través de la Oficina de Recepción de Documentos debe ser eficiente en el proceso de digitalización, para lo cual, se requieren equipos de escáner de mayor calidad, evitando repetir este trámite o la presentación del documento físico original.

5. Promover un rediseño del proceso que esté acorde con la implementación de los medios tecnológicos, a través de la desformalización del proceso, así como la eliminación de trámites que se encuentran basados en la cultura del papel y la promoción de una mayor accesibilidad de la justicia para las personas usuarias.

6. Continuar con la promoción y la divulgación de los programas hacia cero papel en la institución.

7. Promover la creación de una plataforma de comunicación o interoperabilidad entre el Poder Judicial y las diferentes instituciones involucradas en el uso de la herramienta del expediente electrónico en beneficio de la misma ciudadanía, la cual permita el envío y la recepción de

documentos. Lo anterior sería parte del objetivo de creación de un Gobierno digital, lo que constituye una política gubernamental.

8. En vista de que en la actualidad no existe una plataforma de comunicación entre el Poder Judicial y otras instituciones, para los oficios y comisiones que deben ser diligenciadas por las personas usuarias, se debe utilizar la firma electrónica y no la digital, especialmente, en aquellos casos donde se sabe de antemano que las personas destinatarias carecen de los medios tecnológicos requeridos para la revisión electrónica.

9. La creación de un sistema o herramienta más sencilla para las personas usuarias internas. En este punto, nos referimos especialmente a dos aspectos: en primer lugar, disminuir la cantidad de trámites que se deben realizar para una determinada actividad, tanto para la persona técnica judicial que elabora el proyecto de resolución, así como para el juez o la jueza que firma; en segundo lugar, facilitar la labor de estudio del caso, incorporando a la herramienta la posibilidad de realizar resaltados o marcas a los documentos, lo cual no es posible actualmente.

Para tal efecto, si es necesario, el Poder Judicial deberá promover la firma de convenios con instituciones públicas dedicadas a la enseñanza e investigación en el área informática, así como con empresas no gubernamentales que permitan el desarrollo de un “software” más amigable para las personas operadoras internas y externas, ajustándose a las necesidades de las personas usuarias, en vista de que finalmente se trata de un servicio público que debe fomentar el desarrollo social de un país.

Probatorias en la responsabilidad civil

CARLOS ANDRÉS DALOLIO JIMÉNEZ

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil tiene una importancia pivotal en el sistema del derecho privado costarricense. En la actualidad, representa el mecanismo jurídico apropiado para dejar indemne el patrimonio de quien sufre por un hecho dañoso. No siempre se le ha visto con ese cariz particular. Luego de un largo proceso evolutivo, se ha venido perfilando de esa manera.

Así, en determinados espacios físicos y temporales, no solo se le ve con carácter reparatorio, sino también cumple otras funciones, tales como la ejemplarizante y aun con más rigor primitivo, sancionatoria. Sea cual sea el cometido que tenga en la vida en sociedad y en el mundo del derecho, es menester estudiar todos sus enfoques, sus posibles componentes y sus consecuencias prácticas en la realidad.

Una de esas situaciones es la que tiene relación con la carga probatoria. Es útil su comprensión, tanto desde una perspectiva de estrategia procesal, como desde la óptica sustancial. Todo repercute a la hora de analizar un caso.

En un primer momento, se examinan los presupuestos tradicionales originales de la codificación francesa de hace doscientos años, luego los factores de atribución. Se cruza por el tema de la causalidad, que es insoslayable en cualquier escenario. Se pasa por los eximentes, y la travesía culmina por supuestos controversiales, como el tratamiento de la congruencia y la causa petendi, así como el concurso de responsabilidades aquiliana y contractual, todo ilustrado con pronunciamientos judiciales y normativa.

1. Presupuestos clásicos de responsabilidad civil

La vertebración de un régimen tradicional de la responsabilidad civil incluye una serie de componentes.

Daño, antijuridicidad, imputabilidad y el denso nexo de causalidad ameritan una mención y explicación paulatina.

1.1 Daño

Responsabilidad civil implica la sujeción a las consecuencias negativas que una conducta atribuible a un sujeto haya ocasionado a la esfera jurídica ajena. Modernamente, aparece un deber de responder o reparar. Se han dejado atrás en una larga evolución histórica, ideas añejas como la venganza ilimitada, la venganza restringida de la ley del talión, el castigo, la penitencia religiosa y tantas otras de corte punitivo, para centrar la cuestión en el tema patrimonial.

Alterini perfila la noción de responsabilidad civil en una forma que claramente permite captar la superación de exigencias de tiempos pasados, según se ha expuesto en el párrafo precedente².

En un sentido amplio, podría entenderse la responsabilidad en un tándem de conducta debida más sanción por violarla unido cumplimiento más indemnización. Pero realmente, interesa el sentido estricto que implica el último componente, sea cumplimiento más una indemnización. Es notorio que lo último verdaderamente está circunscrito a reparar. Es el ya indicado deber de resarcitorio, fruto de la contemporánea responsabilidad civil.

Así, en civil consiste en una reparación que se impone a la persona responsable de un daño que podría ser injusto y, entonces, ya no va a incluir una etapa de la conducta debida. Se introducen ahí varias nociones dignas de considerar.

El daño es un concepto objetivo del menoscabo que una persona sufre, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio. Menoscabo es “disminuir las cosas, quitándoles una parte; acortarlas, reducirlas a menos”. Dañar es detrimento³.

El daño emergente es empobrecimiento del contenido económico actual de la víctima y el perjuicio, es la frustración de un enriquecimiento patrimonial que la víctima obtendría. Es una lesión al interés jurídico legítimo, certeza, subsistencia. Según De Cupis, invocado por el autor Zannoni, lo que tienen en común es la privación de una utilidad económica o beneficio patrimonial, y eso fue captado desde la *Actio legis Aquiliae*⁴.

Respecto al daño, la línea jurisprudencial vigente ha exigido su certeza, su subsistencia, su carácter de lesivo contra un interés jurídico relevante⁵ y que sea directo, cuestión que es la regla de oro en esta materia y se intercepta con el estudio de la causalidad.

2 Alterini, Atilio Aníbal. (1992). Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. Contornos actuales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tercera edición reimpressa, pp. 26-27.

3 Zannoni, Eduardo. (1982). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea SRL, pp. 33-36.

4 Zannoni, op. cit., p. 35, en comentario de las Institutas de Justiniano, IV, III, 10, al referirse a las consecuencias de la cosa perdida y la depreciación que queda. Fríamente se refería a la muerte del esclavo o al deceso del caballo de la cuadriga.

5 Sala I CSJ, resolución n.º 112 de las 14:00 horas del 15/07/1992, citada en muchas otras subsiguientes y que recoge esas categorías. También, se hallan las mismas consideraciones puntuales en Alterini, op. cit., pp. 125-127, que de paso indica que ese daño puede ser presente o futuro y necesariamente va a causarse con la falta irrogada. Todo va en consonancia con el 704 del Código Civil.

1.2 Antijuridicidad

La antijuridicidad es una categoría de análisis que tiende a explorar si hay conformidad con las reglas de la justicia o no.

El autor Santos Briz la define como una suerte de “juicio de menosprecio” hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta⁶”.

Agrega que, en esa operación mental, debe hacerse una auténtica ponderación de hechos y valores; en primer lugar, según resultado causal conducido a intereses desconocidos por ordenamiento, con bienes jurídicos lesionados o arriesgados; en segundo lugar, de acuerdo con la acción que como tal se haya conducido contraria o conforme a los mandatos de prohibición.

Así, se concluye que los daños justificados no serán de corte antijurídico. No generan obligación de resarcir a cargo del que los provocó. Verbigracia, se invocan conceptos de poca frecuencia en materia civil, pero que son de innegable importancia, por ser licencias amparadas por el ordenamiento que pone en la balanza la evitación de males mayores y la posibilidad de algún grado de autotutela en donde el Estado no pueda amparar al sujeto; por ejemplo, la legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho, consentimiento del ofendido⁷

En contraste a esta clase de permisos, hay que poner otros que aunque sean jurídicos, inversamente generarán un deber resarcitorio⁸; y también, el caso de algo que, aunque sea antijurídico, realmente no causó daño y civilmente no es resarcible.

El repaso sobre antijuridicidad tiene mérito principalmente en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, porque similar a lo penal, normalmente no hay vínculo específico antecedente.

6 Santos Briz, Jaime, citado por Zannoni, op. cit., p. 3.

7 Confrontar con Díez-Picazo y Ponce de León Luis. (1999). Derecho de daños. Madrid: Editorial Civitas., pp. 287-305. La realidad es rica y, por eso, hay que limitar la cantidad de ejemplos. Se postula la legítima defensa en el 28 del Código Penal y puede ser puesta en juego en sede civil, si hubo sobreseimiento en vía punitiva, pero queda daño por discutir en vía civil y no se ventila en acción civil resarcitoria paralela, sino en un ordinario del derecho común. El estado de necesidad se asimila a la labor del superviviente, para dañar algo, para salvar a alguien o salvarse a sí mismo. En el ejercicio legítimo de un derecho, se toma la máxima romana *quisque iure utitur neminem laedit*, “el que usa su derecho no lesiona a nadie”, y es el caso del bombero que en su cargo rescata dañando un inmueble o del huelguista que puede protestar en la empresa de su patrono, sin abusos. Finalmente, el consentimiento del ofendido abunda en el derecho médico, donde se busca operar para sanar al enfermo en el quirófano.

8 Una ley válida del Estado que cause un daño intenso al administrado, los casos del 1043 del Código Civil que abarcan los cuasi contratos y el enriquecimiento incausado, el caso del 1190 del Código Civil cuando el amo o comitente cesa legalmente el pacto de construcción de obra con el constructor. La Sala II CSJ hace un repaso por el supuesto del 1043 del Código Civil en el voto n.º 837 de las 10:10 horas del 01/10/2004.

1.3 Culpabilidad

El comportamiento antecedente a la producción del daño es un hecho que hay que enlazar con un juicio de valor sobre la actitud de la persona autora. Cobra relevancia, al igual que el presupuesto anterior, en los asuntos de responsabilidad civil extracontractual en materia civil. Por su corte genérico, sin ligamen previo, normalmente tienen una afinidad mayor con el derecho penal.

Empero, los planos de análisis no coinciden entre ambas ramas jurídicas, por su distinto fin⁹.

Culpabilidad en derecho civil implica la situación de hecho como estado psicológico del sujeto. Se busca la voluntariedad como presupuesto y es que ese, precisamente, es un elemento esencial y básico del acto jurídico. Se verán la capacidad de discernimiento, la conciencia, libertad e imputabilidad del sujeto primero, y el tema de reprochar es más simple, menos marcado, porque lo que importa en materia patrimonial, no es castigar, sino reparar.

Diez-Picazo¹⁰ propone que la diferencia estriba en que en civil, basta con hablar de culpa presente para dar entrada a una reparación, y eso normalmente abraza todas las formas de culpabilidad resarcibles en responsabilidad aquiliana, con la idea de la diligencia del “buen padre de familia”, como estándar o modelo del hombre razonable.

En cambio, en penal, se hace una ardua distinción en aras de la gradación del castigo, de dolo directo, dolo eventual, preterintencionalidad, imprudencia grave y leve. Sin olvidar que eso viene en el tipo y aún deben pasar por todo el juicio de reproche.

Culpabilidad en derecho penal apareja una concepción normativa de “juicio de reproche”, en relación con el orden social y sus normas. Culpabilidad es igual a fuerte reprochabilidad en lo punitivo. La consecuencia práctica es una complicación, porque la culpa puede venir dentro del examen de tipicidad y, además, se hará un reabordaje de la posibilidad de exigir capacidad de comprensión según la ley, en otro examen de culpabilidad que puede enervar el delito (no en la conciencia del individuo, sino en correspondencia al orden social).

Discernimiento en minoridad y enfermedad mental, errores de hecho, violencia, son todos muestras de cuestiones a valorar. Una conducta puede causar un daño extracontractual a discutir en sede civil, bajo la óptica del derecho de índole patrimonial. Se analizará la situación fáctica del individuo transgresor, y luego esa conducta será objeto de ponderación con el estándar del concepto jurídico indeterminado¹¹.

Cabe abonar que quien es autor de un hecho involuntario no responde de las consecuencias dañosas. Esa involuntariedad no exime, si ella deriva de la propia culpa (embriaguez, drogarse, etc.).

9 Alterini, op. cit., pp. 81-82. El diferente enfoque sobre culpabilidad en civil y penal no es fácil de aprehender, pero tiene lógica, por la diferente finalidad y construcción lógica conceptual en ambas materias.

10 Diez-Picazo y Ponce de León, op. cit., pp. 351 y 352.

11 Las coordenadas jurídicas yacen en los cánones 36 al 41; 1014 al 1021; 1082, 627, 628, todos del Código Civil y 416 del Código de Comercio, entre otros.

1.4 Nexa causal

En términos muy amplios, la causalidad es el origen, la fuente, el génesis, para que un hecho se verifique. Filosóficamente, John Stuart Mill presenta la causa como un conjunto de condiciones *sine qua non* para que un evento acontezca¹².

Bajo ese prisma, la búsqueda del conocimiento de las cosas a través del análisis de las causa es propia del método causalista. Después de un largo debate, esa corriente del pensamiento ha concluido que, en un mundo tan complejo, no hay hecho que pueda ser atribuido, desde el punto de vista práctico, a una única condición. Prácticamente, en cada evento, una multiplicidad de condiciones o factores ha intervenido. De tal suerte, que hay un agregado de factores o condicionantes para integrar una serie causal que lleva a la ocurrencia de algo.

El artículo 627 del Código Civil estipula la importancia legal de la causalidad. Hay que aclarar, de antemano, que el concepto filosófico de causa no es el que se aplica en el campo jurídico. La explicación de tal aserto se afina en la imposibilidad de trasladar una definición tan amplia a la ciencia jurídica, porque ocasionaría la imposibilidad de atribuir el daño por entero a una persona. En principio, al derecho le interesa la acción de la persona que causa el daño. Las condiciones naturales interesan a esta ciencia solo si eventualmente pueden excluir la imputación jurídica.

Jurídicamente, se ha dejado sentado que el nexa causal es el enlace material entre un hecho antecedente con un resultado¹³. Toda una fuerte operación intelectual de los y las juristas es necesaria para discriminar lo influyente de lo que no lo es¹⁴. Es así de intricado, porque la cuestión entraña tres niveles por los que hay que marchar, para arribar al último, que es el relevante para los efectos del derecho, a saber, el ontológico (hechos reales); el gnoseológico (conocimiento) y el jurídico (contempla los modos en que se capta el fenómeno causal en el campo de la juridicidad)¹⁵.

En la inmensa cadena de hechos que se suceden en el mundo real para producir otros, la responsabilidad civil debe concretarse a escoger solo aquellos que tienen relevancia normativa, sin demérito que los demás, como residuo de la operación, dejen de ser consecuencias en un plano meramente ontológico. Incluso, en ocasiones, es factible variar la secuencia. La ciencia jurídica atribuye consecuencias a determinado hecho que, conforme al orden natural, no es estrictamente el antecedente inmediato. Ese proceder depara que, finalmente, las nociones de efecto, causa y condición queden matizadas por lo jurídico-normativo para posibilitar su estudio y aplicación en derecho¹⁶.

12 Orgaz Alfredo, (1980). El daño resarcible. Buenos Aires: Editorial Córdoba, p. 33.

13 Goldemberg Isidoro. (1989). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 2.

14 “[...] La consideración de la serie causal de los hechos no es ilimitada en su ilimitado encadenamiento, sino que por la misma necesidad del físico, el jurista la corta [...] toma la serie causal de hechos hasta aquí o hasta allá, cortándola sin proseguirla, cuando la ha comprendido en su sentido. El jurista corta la serie causal cuando su comprensión está lograda; y se alarga en la consideración de ella mientras no obtenga una comprensión que lo satisfaga [...]”. Cossio (Carlos) citado por Goldemberg *op. cit.*, p. 14.

15 Goldemberg Isidoro. *Ibid.* p. 8.

16 Así Goldemberg establece que “[...] Entre el hecho y la consecuencia jurídica existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural, sino en la voluntad de la ley [...]”. Así en Goldemberg (Isidoro), *op. cit.*, p. 10.

En síntesis, con todo es panorama, doctrinariamente se puede caracterizar el nexo causal como la relación que existe entre la acción y el resultado, sea la lesión del bien jurídico o el daño con la conducta activa u omisiva desplegada por el agente causante del daño¹⁷.

En su labor de enlace, puede confundirse el nexo causal con otros presupuestos. También hay que hacer deslinde. Debe realizarse una distinción entre lo que es el nexo causal a nivel ontológico, del juicio de mérito sobre el acto (juridicidad o antijuridicidad), y el reproche que pueda hacerse a la persona autora del hecho (imputación). Estas definiciones previas permiten hacer la distinción causalidad-culpabilidad. Causalidad no implica culpabilidad, pero esta última usualmente supone la primera. El vínculo de causalidad es un elemento de la responsabilidad civil distinto de la culpa¹⁸.

Respecto al daño, es su conector lógico con la acción del sujeto. No se confunden¹⁹.

El nexo causal igualmente debe ser escindido de la idea de la culpabilidad. La causalidad pretende dilucidar cuando un resultado es atribuible a una acción. Se trata de una imputación de naturaleza más objetiva y tangible. Por su parte, la culpabilidad posee un carácter subjetivo y busca determinar si subjetivamente un resultado puede o no achacarse al fuero interno de la persona autora reputada como culpable.

En sí, todos los presupuestos tienen su grado de autonomía y su rol propio dentro de la estructura de la responsabilidad civil, aunque la causalidad los ligue²⁰.

Algo importante para acotar es que el nexo causal debe encontrarse presente en la responsabilidad civil contractual, extracontractual y objetiva. Y por supuesto, tiene que ser probado por la persona que acciona o contrademanda y debe ser destruido por el accionado o reconvenido, según la relación jurídico-procesal trabada y la pretensión:

[...] Para que exista responsabilidad civil, contractual, es requisito indispensable la existencia de un nexo causal, directo, eficiente o adecuado, entre la conducta del sujeto al que se le pretende atribuir la responsabilidad, y el daño causado. Aún en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente, y el daño ocasionado. El artículo 704 del Código Civil, en materia de daño

17 López-Casal Yuri. El nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual. Revista Iustitia. Año 20, n.º 240, San José, p. 27. Eso sí, habría quien podría criticar la inclusión de omitir porque se dice que entre la omisión pura y el daño no existe causalidad, pues este fue ocasionado por circunstancias ajenas. Lo que se le sanciona al sujeto es la pérdida de la oportunidad de haber evitado un daño.

18 Mazeaud Henri y León; Tunc André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil. Tomo II, volumen II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 7.

19 El artículo 704 del Código Civil y su lectura dejan palpable la distinción: “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse [...]”.

20 Goldemberg demarca los conceptos de autoría, juridicidad y causalidad. El primero tiene que ver con la relación acto-sujeto; el segundo, con la relación hecho-ordenamiento; y el tercero pertenece a la relación acto-mundo exterior. Confrontar Goldemberg, op. cit., p. 45.

contractual, dispone expresamente que “en la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse”. La causa debe ser directa e inmediata en relación con el daño producido. La Sala de Casación, en sentencia N° 29 de las 15,40 horas del 25 de marzo de 1958, estableció que “Los daños y perjuicios [...] deben ser una consecuencia inmediata y directa [...]”. En otro fallo más reciente, la Sala expresó: “La naturaleza del reclamo no constituye daños y perjuicios inmediatos y directos conforme lo pide el artículo 704 del Código Civil [...] En efecto, la posible ganancia que pudiera haber obtenido la compañía demandada con la venta del terreno en el predio vecino, constituye un hecho indirecto no indemnizable sin ninguna relación de causalidad directa con el acto productor del daño” (sentencia n.º 35 de las 14,10 horas del 22 de abril de 1970). Este principio, en defecto de norma expresa, es de aplicación también a la materia extracontractual. Así lo consideró la Sala en la sentencia de las 15,15 horas del 10 de julio de 1970, al decir que “los daños y perjuicios que pueden reclamarse con base en el artículo 1045 del Código Civil, son los que sean una consecuencia directa e inmediata, es decir pueden haberse producido única y exclusivamente por haberse llevado a cabo los hechos que los motivaron”. Aún en los casos de responsabilidad civil objetiva deberá existir una causalidad adecuada [...].

Existen diferentes teorías jurídicas relativas a la relación de causalidad, las cuales ayudan a explicar el alcance del daño y hasta dónde se limita una serie causal tendiente al resarcimiento. Usan elementos filosóficos y jurídicos para su sustento y son bastante intrincadas. También todas tienen su contracara en críticas y más críticas.

Empero, es importante afirmar que la Sala de Casación nacional en civil se ha decantado por la última de ellas y, por eso, se expone al final, para examinarla luego de ver las demás descartadas.

❖ Teoría de la equivalencia de condiciones

Fue ideada por *Maximiliano Von Bury* en 1860. Esta teoría considera como causa todo fenómeno que no puede suprimirse mentalmente sin que desaparezca a su vez el resultado²¹.

Entonces la *conditio sine qua non* opera como causa, es decir, aquella sin la cual no se habría producido el resultado. El operador jurídico debe preguntarse: ¿Omitiendo el hecho X, se habría evitado el resultado Y? Si la respuesta es afirmativa, el hecho es una condición necesaria. Esta teoría de la equivalencia de las condiciones funciona también en casos de omisión. Aquí lo que existe es una causalidad hipotética. La omisión es causa, si al haber realizado la acción omitida, la consecuencia producida (el daño) desaparecería muy probablemente.

21 Rivero Sánchez, Juan Marcos, op. cit., p. 145.

Con respecto a esta teoría, *Rojina Villegas* explica que, para determinar el hecho determinante o condición *sine qua non*, debe determinarse si se produjo el daño por la actuación del demandado o, si de igual forma, se habría producido el daño aunque el demandado no hubiera actuado. En el primer caso, la sentencia debe ser condenatoria²².

Conforme a esta teoría, al igual que, en la concepción filosófica, todas las condiciones necesarias son la causa del suceso, y agrega que tienen la misma importancia, son equivalentes, de ahí surge la denominación de la teoría. Lo anterior obedece a que si hiciera falta una sola de las condiciones, el evento no habría sucedido. A fin de poder atribuir el suceso a una única persona en forma íntegra, *Von Bury* dispuso que cada una de esas condiciones equivalentes puede considerarse la causa de todo el resultado, pues este es indivisible.

Esta teoría recibió críticas basadas en el hecho de que si no se podían diferenciar las condiciones, se podría llegar a resultados prácticos muy injustos (verbigracia, quien golpea levemente a una persona sería responsable de su muerte, si posteriormente esta fallece a causa de una infección intrahospitalaria), y, además, dado que extiende ilimitadamente las consecuencias lo que no es conveniente desde el punto de vista de la política jurídica.

La crítica principal apuntaba a que debían considerarse condiciones equivalentes mediatas, inmediatas, remotas o próximas, y ello no se adecúa a la lógica ni a la vida práctica. Binding afirmó que si se aplicaba esta teoría, todos serían culpables de todo²³.

Algunas otras objeciones concretas que se hicieron a la citada teoría son: a) Que el deber de resarcir no puede atenuarse en forma alguna. b) Se eliminaría el concepto de concausa. La culpa concurrente resultaría irrelevante, pues aun dada la concurrencia de otros eventos, el vínculo subsistiría. c) Se debe responsabilizar al autor por todas las consecuencias del hecho, aun las más remotas.

Los seguidores de esta teoría pretendieron interpretarla en el sentido de que además de la conexión causal, para poder atribuir la responsabilidad, se requería la presencia del dolo o la culpa. Sin embargo, también fueron criticados porque su propuesta implicaba volver a confundir causalidad con culpabilidad. Además, tratándose de responsabilidad objetiva, se presentaría el problema para las personas defensoras de esta teoría de que no interesan la responsabilidad subjetiva ni la relación causal.

No obstante, para algunos autores, la teoría de la equivalencia de las condiciones resultó de utilidad, ofreciendo ideas sobre ciertos problemas de responsabilidad, como sucede tratándose de hechos cometidos por los dependientes, o en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo.

Aunque no comparten esta teoría, *Mazeaud y Tunc* sí reconocen como un aspecto positivo su gran simplicidad, pues resulta suficiente comprobar que sin el acontecimiento el perjuicio no se habría producido. Pero se insiste que la mayoría ha comprendido que, aunque de hecho muchos acontecimientos determinan en la práctica un perjuicio, no todos ellos tienen la misma relevancia.

22 *Rojina Villegas Rafael*, op. cit., p. 311.

23 Binding Karl, citado por Godemberg Isidoro, op. cit., p. 21.

Si un conductor ebrio embiste a un peatón, este no es jurídicamente el causante del daño; solo por el hecho de haber estado ubicado por donde el vehículo pasaba, desempeña en realidad un papel pasivo,,y el verdadero causante del daño es el conductor del vehículo.

❖ Teoría de la causa próxima

Esta teoría fue desarrollada por el filósofo *Francis Bacon*, para quien en la determinación de la causa, debía aplicarse un criterio temporal, pues el análisis de todas las causas sería una tarea infinita. En su criterio, causa es únicamente la que se halla más próxima al resultado²⁴. Se busca aquella condición próxima o no muy remota. La relación de causa-efecto tendrá que ver con que el hecho haya precedido en forma próxima o inmediata al resultado.

Esta teoría fue ampliamente criticada por tres razones: a) No siempre la condición última es la causante del daño. b) Existe una clara dificultad para determinar cuál es la condición última de un suceso; no hay una medida objetiva para establecer cuándo la causa es próxima o cuándo es demasiado remota. c) El concepto de inmediatez debe poseer sentido lógico y no cronológico. Por ello esta teoría puede conducir a soluciones ajenas al buen sentido.

Esta teoría terminó por buscar tan solo una relación entre hecho y daño que fuera directa, y llegó a confundir el concepto de “proximidad” con el de “previsibilidad”.

❖ Teoría de la causa eficiente

Al contrario de la doctrina de la condición equivalente, esta teoría establece que las condiciones no son todas equivalentes, sino diferentes desde el punto de vista de la eficacia. Deja de interesar para ellos cuál es el acontecimiento que precede al daño. Son dos las evaluaciones de eficacia más comunes que los seguidores de esta teoría realizan. Para algunos se mide la eficacia de forma cuantitativa, buscando la condición con mayor fuerza productiva. Proponen el siguiente ejemplo: Si X suministra a Y los fósforos, y este ocasiona un incendio, ambos serían condiciones *sine qua non* del incendio; pero el causante sería Y por ser la condición más activa para producir la consecuencia. Para otras personas, interesa la condición de mayor eficacia interna en el proceso causal. Se critica la teoría de la causa eficiente de que no hay forma objetiva para distinguir entre varias, cuál es la condición de mayor eficiencia, ni la posibilidad material de dividir un resultado para establecer cuál es la condición de mayor eficacia.

❖ Teoría de la acción humana

Esta teoría parte de la distinción entre acción y causa, criticando la falta de diferenciación en que las restantes tesis causalistas incurrían. Se considera causa la voluntad del sujeto como

24 Orgaz Alfredo, op. cit., p. 39.

fuerza productora, y se hace énfasis en el elemento *voluntad* como característica de la acción²⁵. Los seguidores de esta teoría insisten en que hay una diferencia importante entre ser actor y ser causa, y establecen que para resolver el conflicto de la causa, el operador jurídico solo debe preguntarse si un sujeto fue autor de un resultado determinado o no. Esta teoría presenta similitudes con respecto a la de la causalidad adecuada; pero establece que el análisis que debe hacerse sobre las consecuencias posibles no puede realizarse en abstracto, como la primera lo postula, sino que debe desarrollarse en concreto.

❖ Teoría de la causa adecuada

Fue expuesta en 1871 por *Luis von Bar*, posteriormente, fue desarrollada por *J. von Kries* en 1888²⁶. Actualmente es la teoría de mayor aceptación. Establece que todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes en concreto, considerándolo el caso práctico; pero que no lo son en abstracto. En este último sentido, se considera causa solo aquella que, analizada retrospectivamente, era idónea, según el curso natural de las cosas para producir el resultado. Los hechos que normalmente producirían ese perjuicio son causas de un perjuicio.

El operador jurídico debe llevar a cabo un juicio de probabilidad para aplicar esta teoría considerando la experiencia y el curso normal de las cosas. Lo anterior se hace en abstracto considerando lo que normalmente ocurre, sin que tenga que concluirse necesariamente que el antecedente más próximo sea la causa, pues esta puede ser mediata.

Así, la persona que haya actuado con culpa deberá indemnizar el perjuicio que era normal o predecible que causara conforme al curso natural de las cosas, y que en efecto ha sido causado. *Goldenberg* explica que esta teoría establece cuál es la causa adecuada en función de la posibilidad o probabilidad que tenga de ocasionar un resultado, todo atendiendo al curso ordinario de los acontecimientos según la experiencia.

Para que exista relación causal, la acción tiene que ser idónea para producir ese efecto normal. Según este autor, no hay causalidad del caso singular conforme a esta teoría, porque la causalidad adecuada supone una pluralidad de casos, los cuales permiten analizar con vista en la experiencia cuál es el resultado usual de un hecho²⁷.

Con relación a esta teoría, posteriormente se reconoció que la adecuación o idoneidad debía llevarse a cabo respecto a todo el proceso causal y no solo respecto a la acción del supuesto responsable y el daño, pues podrían haber situaciones intermedias de interés. Esto es lo que se llama la “regularidad del *iter* causal”. Ciertamente la acción puede ser idónea para producir el daño, pero entre aquella y este, lo acontecido también debe haber sido normal, pues algunos elementos podrían romper el nexo causal. *Orgaz* ejemplifica indicando que si hieren a una persona y, posteriormente, muere como producto de un hecho ajeno a esa lesión, se habría verificado un evento anormal que rompe el nexo causal; pero no si se da un hecho distinto y no independiente del

25 Goldemberg Isidoro, op. cit., p. 38.

26 Ibid., p. 30.

27 Ibid, pp. 32 y 33.

todo, por ejemplo, si el herido fallece a causa de la anestesia aplicada para tratar la lesión. Aquí, el resultado puede atribuirse en cierta forma al hecho primitivo.

Se ha objetado en general la teoría de la causa adecuada debido a que realiza un análisis de previsibilidad, pues no es conveniente superponer los conceptos de causa y culpa, pues *a priori* debe analizarse la existencia del nexo causal, y solo después procede el análisis de la culpabilidad.

Mazeaud y Tunc aclaran que esta teoría confunde la determinación de la culpa con la determinación del vínculo de causalidad, e indican que es infructuoso definir la causalidad partiendo de una culpa según una fórmula previamente determinada como aquella que atiende al curso natural de las cosas, pues el concepto de “natural” puede ser indeterminado²⁸.

A nivel nacional, el doctor Rivero Sánchez ataca la teoría por considerar que podrían haber daños que, aunque son inadecuados, se encuentran tutelados, por ejemplo, por el contrato, pero agregan que podrían haber daños causados adecuadamente no tutelados conforme a la regulación contractual. En materia contractual, concluye que el juez debe interpretar el contrato a fin de determinar hasta dónde llega la obligación de resarcir²⁹.

2. Factores de atribución

El factor de atribución se refiere al criterio para responsabilizar a quien cometa un hecho dañoso. Se categorizan como subjetivos y objetivos, con las siguientes particularidades:

2.1 Subjetivos

Se entienden como la valoración del comportamiento de la persona causante del hecho generador del daño, desde el punto de vista de la culpa o del dolo. Se establece la responsabilidad con miras al querer, al aspecto voluntario del individuo.

Al respecto, resulta vital traer a colación lo resuelto por la Sala I (CSJ) en su resolución n.º 4-95 de las 15:00 horas del 06/01/1995:

[...] resulta de particular importancia exponer los criterios jurisprudenciales en torno a la responsabilidad extracontractual y la culpa concurrente. El artículo 1045 del Código Civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual subjetiva: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." El deber de resarcimiento, en este caso, deriva del incumplimiento culposo del principio general de "no causar daño a los demás." Para que haya responsabilidad, se requiere que el daño haya sido ocasionado con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento. Al respecto, esta Sala ha establecido: "VII.-[...] en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Así el artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil "artículo 317, inciso 1), del Código Procesal Civil", dispone que a quien formule una pretensión le incumbe la carga de

28 Mazeaud Henri y León; Tunc André, op. cit., p. 22.

29 Rivero Sánchez Juan Marcos. (2001). *Responsabilidad civil*. San José: Editorial Areté. Tomo II, pp.148- 149.

la prueba respecto de los hechos constitutivos de su derecho, por lo que en la especie debió la recurrente demostrar la intencionalidad en la causación del daño o lesión del interés jurídicamente relevante, extremo que en la especie se encuentra ayuno de prueba. Por otra parte, uno de los elementos configurantes de la responsabilidad extracontractual subjetiva, lo constituye la "relación de causalidad" directa o eficiente que debe existir entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño, siendo este último el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual por lo que su demostración también constituye un requisito sine quo non para que prospere la pretensión resarcitoria. (Sentencia n.º 17 de las 15 horas del 29 de enero de 1992).

Se establece ahí la Importancia de la máxima del *neminem laedere*, directamente conectado a la actuación personal de la persona autora de la falta. En el supuesto de la responsabilidad subjetiva, es muy importante que se establezca perfectamente la comisión de un "torto", hecho que motiva el deber resarcitorio en la esfera individual.

Eso conduce a una reciente sentencia de la misma Sala I (CSJ), en donde ese punto de lograr identificar a la persona responsable de la falta tiene relevancia y es condición ineludible para poder condenar. Si fracasa la individualización, no se puede endilgar la reparación en cabeza de algún victimario, bajo el esquema de responsabilidad subjetiva (voto n.º 875-F-S1-2010 Sala I):

La Sala una vez constatada la ausencia de prueba para endilgar la responsabilidad a sujetos determinados, estima que ese hecho debe tenerse en efecto como no probado, ya que es fundamental para la resolución del asunto. Al margen de lo dicho, dentro del elenco de hechos probados establecido por el Tribunal no existe ninguno que establezca quién cometió la falta. Lo único que se acreditó fue que las demandadas trabajaron ese día que se le entregaron los medicamentos a la actora en un horario de las 7 de la mañana a las 10 de la noche (hecho 6). No se estableció el turno de cada una de las farmacéuticas, la labor que realizaron el 9 de febrero del 2000, ni siquiera la hora aproximada en que la actora acudió a la farmacia para que se le entregaran las medicinas, la carga de la prueba le correspondía a la demandante, sino aportó elementos adecuados para establecer los hechos relevantes en este caso, esa deficiencia no puede pasarse por alto y mucho menos subsanarla imputando esa clase de responsabilidad de manera general a todas las profesionales en farmacia que trabajaron ese 9 de febrero en la farmacia del Hospital San Rafael, pues para atribuir responsabilidad subjetiva, se requiere imprescindiblemente la concurrencia y demostración del dolo o la culpa grave del agente productor del daño [...]. En el presente caso, el elemento que distingue entre responsabilidad subjetiva y objetiva, a saber la culpa o el dolo, no está demostrado, ya que no se estableció la labor ejercida por cada una de las demandadas el día en que se le entregó el medicamento a la actora, por lo que no se sabe quién tuvo participación en la preparación, revisión y despacho de la medicina, por ende, en esas condiciones no puede atribuirse la responsabilidad pretendida.

Queda patente, entonces, que la carga de la prueba de demostrar el factor de atribución subjetivo pesa sobre el que lo alega. Obviamente, el nexos causal correlativo tiene marcado ese mismo destino desde la perspectiva del *onus probandi* que pesa sobre la víctima.

2.1.1 Responsabilidad directa

En este enfoque, se considera la autoría inmediata del hecho.

La responsabilidad subjetiva en su faceta directa se basa en el análisis de los parámetros de la culpa, ceñidos a la actuación del individuo protagonista de los hechos y contra quien se enfila la acción.

Examina la negligencia como omisión de comportamientos que un deber de cuidado aconsejaba; la impericia como la aptitud o conocimiento específico para una actividad; la imprudencia como actuación que trasciende la racionalidad del hombre medio y lo que habría hecho; igualmente, el proceder doloso con intención totalmente encaminada a dañar.

2.1.2 Responsabilidad indirecta

Esta variante del criterio de imputación subjetivo es interesante y sui géneris. Es la también conocida responsabilidad refleja. Aplica un criterio de imputación subjetiva del individuo X, con el concomitante deber solidario de responder del otro sujeto Y. Esa solidaridad se afina en una responsabilidad patrimonial propia por no vigilar o no elegir bien, pero originada en un hecho ajeno causado con imprudencia, negligencia o impericia.

El fundamento afina en la existencia de una relación de dependencia que, aún en su expresión más genérica, motiva un particular arista del deber de responder. Es una suerte de autoría mediata, si cupiera la expresión.

Múltiples supuestos de culpa *in eligendo* e *in vigilando* se pueden desprender del 1048 del Código Civil y de algunas normas desperdigadas por el ordenamiento. Al respecto, sobre la forma en que se vertebra esta particular modalidad, la Sala de Casación ha indicado:

Por regla general –con excepciones - el criterio de imputación (juicio de reproche jurídico) que aplica para este tipo de responsabilidad es la culpa, o cualquiera de sus derivados (falta, dolo, negligencia, imprudencia). Estos elementos están contenidos, de manera sintética, en el ordinal 1045 del Código Civil, según el cual; “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. El presunto damnificado corre con la prueba de todos esos presupuestos (conducta, daño, nexo de causalidad y – también por regla general- la culpa). El cardinal 1048 ibídem, norma cuya aplicación combate el casacionista, regula diversos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, esto es, casos en los que responde quien tenía el deber de escoger (responsabilidad in eligendo), o vigilar (responsabilidad in vigilando) a un sujeto, y al no haberlo hecho de forma diligente, asume las consecuencias lesivas causadas por su mala elección o su inadecuada vigilancia. Así, su párrafo tercero señala: “El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.” Con todo,

la selección de un sujeto para realizar una determinada tarea, ha de ejecutarse de manera diligente, lo que implica verificar su idoneidad, pero, además, ha de custodiarse el cumplimiento de lo asignado, con la prudencia y cuidado que, según el caso, sea exigible (diligencia media). Al no proceder de ese modo, si la persona escogida para realizar lo confiado causa daños a terceros, el que le ha comisionado las obras responde en forma solidaria. Puede exonerarse si prueba que aún cuando hubiere vigilado adecuada y prudentemente al elegido, de igual modo se hubiera producido el daño, esto es, que aunque no hubiere habido culpa de su parte, el menoscabo ineludiblemente habría tenido lugar. (Sala I de la CSJ, voto n.º 873-F-2007 de las 11:05 de 4/12/ 2007).

La carga probatoria recae sobre el damnificado, como en general ocurre con el régimen de responsabilidad por criterio de imputación subjetiva.

Algunos supuestos novedosos de esta década surgen de la tenencia de canes bravíos y del manejo de los desechos peligrosos.

La novedosa Ley contra las Peleas de Caninos N.º 245-2014 dispone:

Los propietarios, poseedores o responsables de los caninos que constituyan un peligro eminente a la integridad física de las personas o la seguridad común, de acuerdo con lo definido por el Senasa, deberán mantener estos animales en la vía y los espacios públicos bajo el debido control físico mediante una correa adecuada o bajo el debido control por adiestramiento. El propietario, poseedor o responsable del canino asume la posición de garante de los daños que puedan ocasionar sus caninos a las personas, otros animales, las cosas, las vías y los espacios públicos, conforme a lo dispuesto en los artículos 1045, 1046 y 1048 del Código Civil.

La remisión al articulado de la responsabilidad subjetiva en la ley sustantiva es patente. La carga probatoria del descuido en el manejo del animal va a recaer sobre quien sufra un daño, sea por responsabilidad directa y subjetiva del dueño, sea por un comitente de este, que lo ande y no evite el accidente por ataque del perro. La intención legislativa es que el propietario de la fiera sea prudente, cuidadoso y hábil, en la contención del animal y en la custodia y entrega a algún poseedor, para prevenir la causación de daño a alguien.

En esa perspectiva, se presenta también el artículo 43 de la Ley de Gestión Integral de Residuos N.º 8839-2010, el cual señala:

Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que generen residuos peligrosos tienen la responsabilidad por los daños que esos residuos ocasionen a la vida, la salud, el ambiente o los derechos de terceros, durante todo el ciclo de vida de dichos residuos. A pesar de que un generador transfiera sus residuos a un gestor autorizado, debe asegurarse por medio de contratos y manifiestos de entrega-transporte-recepción el manejo ambientalmente adecuado de estos y evitar que ocasionen daños a la salud y el ambiente. En caso de incumplimiento de esta obligación podrá ser considerado como responsable solidario de los daños al ambiente y la salud que pueda ocasionar dicha empresa por el manejo inadecuado de estos y las sanciones que resulten aplicables.

De igual forma, se observa el deseo legislativo de solidarizar por hecho ajeno del gestor, al generador de residuos. Y por supuesto, es responsable por la hipótesis de falta propia y, como se indicó, por la falta de gestor, si en los contratos y manifiestos, no toma medidas para salvaguardar la seguridad humana y ambiental. La carga probatoria corre por cuenta del que sufra el menoscabo a sus intereses legítimos y derechos.

2.2 Objetivos

Es una responsabilidad civil fundada en un factor de atribución de corte objetivo y es una modalidad que responsabiliza a un agente, sin necesidad de demostración de su culpa.

Está relacionada con el advenimiento de una sociedad más compleja, más industrializada y más dominada por las máquinas y el empresariado.

Se endilga el deber de reparar, en atención a criterios de imputación, exclusivamente definidos por el legislador:

El damnificado debe probar producción del resultado dañoso y está exento de acreditar la culpa. El llamado a responder debe probar eximentes y romper nexo causal (votos #61-96 y 38-96 Sala I): Fundamento: La responsabilidad objetiva, a que se refiere el párrafo v del artículo 1048, responde a otra concepción. Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. [...] V.-Si la muerte de la menor Y.H. fue causada, materialmente, por un vehículo de transporte público, la persona explotadora de ese servicio, por expresa disposición del párrafo V del artículo 1048, "está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada". Se trata de una típica responsabilidad objetiva, de la cual no puede excusarse el propietario del automotor, a menos que demuestre, lo que implica la imputación a él de la carga de la prueba, la ocurrencia de uno de las circunstancias eximentes. (Resolución n.º 61-96 de las 14:50 horas del 19/06/1996, de la Sala I CSJ).

Su régimen probatorio es más laxo en relación con quien sufre el daño. Es menester que acredite la ocurrencia del hecho generador lesivo. Además, el nexos causal, como ese evento, tiene influencia en la afectación que sufrió. Por probado el evento y, en forma tenue, esa conexión estará en posición de recibir un resarcimiento. Se parte de la dificultad que normalmente implica demostrar, para un individuo que es presa de un daño injusto, que no tiene que soportar y que, de otra manera, la exigencia de obtención de prueba directa sería muy difícil por su posición de desventaja y mayor vulnerabilidad.

Por imperio legislativo, la víctima queda exenta de probar la culpabilidad, sea como imprudencia, dolo, impericia y negligencia de su victimario.

2.2.1. Fundamento legal

Es sabido que este tipo de responsabilidad objetiva forzosamente requiere de ley previa que la estatuya. Es un principio de legalidad, ni más ni menos. No podría ser de otra manera, ya que es una forma especial de imponer un pesado fardo probatorio en cabeza de la persona deudora de la indemnización. Tendrá que redoblar esfuerzos por descargarse.

Al infractor de la ley y causante de un daño en la esfera ajena le va a corresponder la no fácil faena de destrozarse el nexo causal.

En la ya citada sentencia n.º 61-96 de la Sala I, se pone énfasis en esa acreditación de algún eximente, en cabeza del accionado. Sobre la responsabilidad objetiva, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió en su sentencia 383 del 2005, que “[...] *la declaratoria de responsabilidad objetiva de carácter solidario no está exenta de un análisis de los nexos causales entre la actividad riesgosa y el daño acontecido [...] en este caso la vinculación causal debe existir entre la actividad que desencadena el riesgo y el daño sufrido [...]*”.

Por supuesto que ese análisis, en materia civil, irá en el sentido de que la víctima prueba que le ocurrió el accidente causante de su desgracia, y que el presunto victimario se esfuerza por dejar ostensible que no se puede conectar la causalidad adecuada con su actividad y con él.

Aplica el principio de legalidad al régimen diferente que prescinde de la presencia de formas subjetivas de la culpa en sentido lato, que es propia de lo patrimonial privado. Las motivaciones subyacentes del legislador para construir normas de responsabilidad objetiva son diversas. Entre ellas, se pueden intuir las siguientes:

- ❖ Por justicia y equidad: Contra quien obtiene beneficios de una actividad: se toma en cuenta el lucro generado por un o una comerciante. Su ganancia, obtenida de la sociedad, debe redistribuirse solidariamente para ayudar a la persona damnificada. Debe soportar el resarcimiento para quien sufra un daño en su establecimiento, por verse atraído por su oferta. El mejor ejemplo es la multiplicidad de casos generados por la Ley de Protección al Consumidor y su artículo 35. Es un artículo de corte eminentemente tuitivo.
- ❖ Por la naturaleza de la lesión: Existen supuestos en que un sujeto sufre un daño de excepcional intensidad y es difícil que alguien se vaya a hacer responsable en una medida que pueda paliar el menoscabo padecido. La afectación por la que atraviesan trabajadores que resultaron lesionados por agroquímicos, esparcidos hace muchos años por compañías foráneas que salieron del país y por bajo control e ignorancia estatal es un caso de estos, y el legislador fue consciente.
- ❖ Por daño creado o teoría del riesgo: Todo es peligroso en la vida, en mayor o menor medida. Pero en este supuesto, el legislador toma partido por denominar a algunas actividades como más propensas

para causar daño. Se encasillan aquí los quehaceres de los transportistas, las máquinas motivas ferroviarias, las minas, las construcciones, y estos casos quedan mejor ejemplificados en algunos incisos del 1048 del Código Civil y, tal vez, en algunos pasajes de la Ley de Tránsito, porque el congresista lo dispuso así, bien o mal,.

2.2.2 Supuestos concretos

El inventario del artículo 1048 del Código Civil es una norma que, sin mayor comentario, posee previsiones propias para casos ya citados, como la explotación minera, la actividad constructiva, eléctrica, industrial y la ferroviaria. Deben pagar los daños y perjuicios, entre ellos una pensión por muerte a los alimentarios de la persona fallecida, si no logran quebrar el nexo de causalidad en la forma precisada en los últimos tres párrafos de ese complejo artículo sustantivo.

La nueva redacción de la norma de la legislación de circulación por vías terrestres puede suscitar una mayor discusión. El redactor de la ley asevera en forma expresa que la responsabilidad es objetiva y pesa sobre un sector del patrimonio de quien es dueño de un automotor con el que otro haya causado una colisión o accidente. (Artículo 197, Ley de Tránsito N.º 9078-2012):

En todo accidente de tránsito en el que no esté identificado el conductor, el propietario registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, manipulación, posesión o tenencia del vehículo. En tal caso, el interesado podrá plantear un proceso civil en contra del propietario registral. Dicho propietario podrá liberarse de responsabilidad mediante documento que demuestre que el vehículo fue vendido, traspasado a un tercero, sustraído, o no se encuentra dentro de su apoderamiento, con fecha anterior al accidente de tránsito. De comprobarse lo anterior, se tendrá que encausar el proceso en contra del nuevo adquirente o poseedor e igualmente se actuará por cualquier otra salvedad legítimamente válida. En los accidentes en que el conductor sea identificado, la responsabilidad civil solidaria del propietario o poseedor podrá tramitarse dentro del proceso de tránsito respectivo [...].

La incógnita surge del hecho de que parece que ese tipo de responsabilidad más bien se perfila simplemente como una forma de solidaridad por hecho ajeno cometido por otro conductor en su actuación subjetiva culpable. Así es la vieja discusión, de si la jueza o el juez debe remediar el entuerto legislativo con consideraciones doctrinarias y de sentido común, o si bien, debe considerar que el congresista que promulgó la ley quiso agravar la situación y calificar la responsabilidad como objetiva.

En definitiva, de *lege ferenda*, debería corregirse para que la responsabilidad sea simplemente solidaria, no objetiva.

En lo que sí hay definitiva claridad es que la responsabilidad es subjetiva por falta directa del dueño chofer del rodado que es condenado en sede de tránsito o penal por causar propia mano y en forma directa un accidente. Igual sucede con los supuestos de los artículos 199 y 201 de la Ley de Tránsito que pueden interpretarse como responsabilidad subjetiva con base en el voto n.º 963-A-2006 de la Sala I.

Debe discutirse la responsabilidad adicional al valor del vehículo, en vía civil y en esos supuestos, de prestar el carro a alguien en estado de embriaguez, sin licencia o para el ejercicio de actividad mercantil; la demostración es en cabeza de la víctima y por factor de atribución subjetiva contra la persona propietaria para cobrarle contra el resto de su acervo patrimonial.

Procede referirse al caso de lesión de intensidad extraordinaria, como criterio para imponer por norma legal, una responsabilidad objetiva. El ejemplo fue el artículo 1 de ley 8130-2001:

El Estado indemnizará a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo, como consecuencia de haber sido utilizado en el país el producto "1.2 dibromo, 3 cloropropano", conocido como DBCP. Para los efectos de esta Ley, se entenderán como daño moral objetivo las disfunciones de la personalidad que afecten las relaciones familiares o sociales de la persona, originadas como consecuencia del DBCP y que puedan determinarse por medio de los exámenes psicológicos pertinentes. Quienes pretendan obtener esta indemnización deberán cumplir lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento y acatar las disposiciones tomadas por la unidad ejecutora técnica referida en el Decreto Ejecutivo N° 28530, de 2 de marzo del 2000.

Son notorios el deseo y el reconocimiento legislativos de proceder con justicia, ante una lesión terrible de difícil demostración de culpa, por no decir imposible. El Estado carga con la indemnización, objetivamente. De lo contrario, razones de tiempo, espacio y poder económico, apreciadas de manera realista, provocarían que el grueso de los trabajadores bananeros quedara desamparado. El uso sin protección adecuada del Nemagon les afectó su salud y capacidad de procreación, en un contexto donde la producción del cultivo tradicional estaba en su auge y era una forma honesta para ellos de ganarse la vida.

Finalmente, es inevitable que la responsabilidad objetiva impuesta por el artículo 35, de la Ley 7472-94 salte a la palestra.

Se ha ligado jurisprudencialmente el uso de la norma que contiene la responsabilidad objetiva, a la idea etérea de una relación de consumo, según los artículos 1 y 2 de esa ley.

De alguna manera, la aspiración justiciera que contiene ha absorbido la necesidad de distinción de las subyacentes categorías contractuales, precontractuales y extracontractuales que están presentes en cada caso concreto. Eso no se suele revisar por su carácter espinoso y veleidoso. Todo se ampara bajo la responsabilidad con factor de atribución objetivo, generando una ausencia de distinción respecto a las consecuencias de la negociación con productos defectuosos (que en Europa continental sí responde al criterio objetivo con obligaciones de resultados de funcionar) y la prestación de servicios (que responde ahí a criterios de imputación subjetivo, Involucrando obligaciones de medios).

Se indica que, con productos defectuosos, la obligación es indudablemente de resultados, porque la prestación prometida por el empresario es que el bien ofrecido va a cumplir con la finalidad por la que fue adquirido. Todo el peso de la carga probatoria, a no dudarlo, debe recaer sobre él, porque es quien mejor conoce cómo funciona su producto. Ahí es correcto plenamente que se exima a la persona consumidora de demostrar la culpa del comerciante.

Con criterio de imputación objetivo de aplicación universal, la carga de la prueba del hecho dañoso le corresponde a la víctima y, la amenidad, al productor, proveedor o comerciante. El siguiente pronunciamiento sigue ese mismo derrotero:

El 20 de febrero de 2008, [...] adquirió de Vehículos Internacionales Veinsa S.A. (Veinsa en lo sucesivo) un vehículo marca Mitsubshi, estilo L200, tipo “pick-up”, doble cabina, al cual se le asignó la placa CL-227845. El 18 de mayo de ese mismo año, al intentar la conductora el automotor subir el vidrio de la puerta delantera izquierda, utilizando el mecanismo eléctrico correspondiente, el cristal se quebró y se dañó el dispositivo. Tema acudió a las instalaciones de Veinsaa solicitar el arreglo de las averías sufridas. La empresa automotriz se negó a realizar las reparaciones necesarias, alegando para ello, que lo sucedido se debió a una indebida instalación de una alarma fuera de sus talleres, por lo que la garantía del vehículo no aplicaba. Tema incoa el presente proceso contra Veinsa. Pretende se declare en sentencia, en lo fundamental, que la empresa demandada debe cumplir con la garantía que ampara el vehículo que adquirió de ella y, en consecuencia, debe reparar y entregar en perfecto estado de funcionamiento el vidrio y “la máquina que lo acciona”, sin costo alguno para Tema, en el plazo que sea fijado por el órgano judicial [...] Tema pretende: *“4. Que, en consecuencia, la sociedad demandada debe reparar y entregar en perfecto estado de funcionamiento el vidrio o la máquina que lo acciona en dicha puerta, sin costo alguno para la [...] compradora, para lo cual pido se le fije un plazo perentorio”*. De tal manera, ya sea por el artículo 452 del Código de Comercio o 43 de la Ley no. 7472, Veinsa estaba obligada a corregir el defecto que presentó el vehículo propiedad de la actora, tal y como resolvió el Tribunal, en virtud de la garantía de funcionamiento que amparaba la adquisición de ese bien. De ahí que, como se dijo, no haya casación útil. A mayor abundamiento de razones, cabe indicar que la carga de la prueba referente al correcto funcionamiento de la cosa vendida, sea que se acuda a la normativa del consumidor o a la mercantil, corresponde al comerciante. Esta inversión de la carga de la prueba encuentra sustento en la órbita de los factores objetivos de atribución que sujetan al empresario a acreditar el estado del bien antes y después, cuando se haga valer la garantía, tomando en consideración que el comerciante en este caso corre el riesgo de empresa, que la garantía que se ofrece consiste en una obligación de resultados y que adicionalmente existe la presunción de que es él quien mejor conoce el producto que ha puesto a disposición del comprador. (Sala I (CSJ), resolución 1470-F-S1-2011 de las 9:00 horas del 08/11/2011).

En materia de servicios, no hay duda de que en una prestación basada en un hacer, donde salvo que haya una promesa explícita de obtención de un fruto concreto, sin esa agravación, las obligaciones contractuales serán de medios, de hacer todo lo posible para la satisfacción del cliente. A pesar de esa naturaleza obligatoria, a esos casos se les trata con responsabilidad objetiva, al igual que a los de contexto extracontractual, verbigracia, la estancia con accidentes en centros comerciales o bien el caso de los parqueos gratuitos en esos sitios³⁰.

30 Este tipo de casos ha sido tratado con propiedad y los amplios análisis de casos con repercusiones sociales profundas, en la obra de Hernández Aguilar Álvaro. Responsabilidad civil objetiva de establecimientos de comidas rápidas: Derechos del consumidor y nexo causal e imputación objetiva resolución 575-F-2003 de la Sala Primera. *Revista de la Judicatura*. Año 1, n.º 2, julio de 2005, pp. 48-49.

Para que esto ocurra, las explicaciones hipotéticas con un cuestionamiento crítico a lo que la judicatura hace hoy pueden ser las siguientes:

- ❖ No distinguir donde el artículo 35 de la Ley 7472-94 no lo hace expresamente: Los tribunales intuirían que la norma es clara y no cabe interpretación, porque el legislador quiso amparar al factor de atribución objetivo, toda relación de consumo, sea contractual, tratativa precontractual o extracontractual en el contexto del establecimiento.
- ❖ No dominio del derecho comparado y la aplicación de la figura importada de otras latitudes. La técnica legislativa defectuosa y laxa no facilitaría la interpretación judicial del instituto trasladado desde ultramar.
- ❖ Intención tuitiva deliberada, justiciera y de equidad, ante la alarma social y el hecho constante de atropellos y abusos al consumidor en diversos ámbitos. La responsabilidad civil objetiva cumple fin disuasorio, ejemplarizante, no solo resarcitorio, para corregir al empresario.

Con independencia del camino explicativo que se escoja, la realidad es que toda persona empresaria realmente la tiene difícil, porque la carga de la prueba con la aplicación indiferenciada del factor de imputación objetivo suele deparar condenas. Es muy difícil eximirse en esos términos, porque la acreditación de ajenidad al hecho dañino requiere de un planteamiento defensivo sagaz, preciso, documentado y de una estructura organizativa que facilite la recolección de evidencia oportuna y fuerte investigación de la escena del suceso.

La mayoría de empresarios no se toma esas previsiones por desinterés, por costo o por falta de asesoría jurídica ilustrada. Las consecuencias patrimoniales son de imprevisible magnitud y podrían afectar el capital de trabajo de la persona comerciante.

El suscrito se decanta por la última explicación presunta, porque la aspiración de las sentencias recaídas en la materia es cambiar la cultura de la persona empresaria, de sacar ventaja de su posición económica poderosa y su conocimiento técnico, para no amparar a la persona consumidora. Los fallos reiterados han propiciado la defensa de la persona consumidora y han tenido resonancia en la opinión pública, para dejar en evidencia a la persona empresaria que no ofrece seguridad ni calidad, aparte de resarcir al damnificado con sumas respetables. La dificultad probatoria que va a encarar el comerciante es tendiente a que se tome con seriedad su oficio y lo que trae al mercado y, con eso, se cumple una función preventiva de la responsabilidad civil.

3. Condicionantes analíticos

Una serie de situaciones de diverso calibre podrían hacer difícil la toma de decisiones por parte de la persona juzgadora en los distintos escenarios de responsabilidad civil, contractual, extracontractual, objetiva y subjetiva. Tienen incidencia en el aspecto probatorio, y eso es lo que se analizará en forma sucinta.

3.1 Eximentes

Mediante la acaecencia de un nuevo hecho que modifica el curso natural de las cosas, casi inesperado, se impiden los efectos del hecho originario. *Mazeud y Tunc* comentan al respecto que el vínculo de causalidad no está presente cuando el daño resulta más bien de una causa ajena al demandado. Puede tratarse, indican, del hecho de la víctima, lo cual es muy usual; de un hecho que no pueda imputarse a nadie (caso fortuito y fuerza mayor) o bien, del hecho de un tercero. La dificultad del jurista radica en determinar de dónde provienen el incumplimiento, falta o daño. Si procede del demandado o bien de una causa ajena, o de ambos.

3.1.1 Caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero

El caso fortuito y la fuerza mayor eximen de responsabilidad al agente. Vienen contemplados de forma genérica en el 702 del Código Civil. En estos casos, para el derecho, habrá falta de causa, en otras palabras, se presume inexistente el nexo casual que podría originar la responsabilidad.

[...] El vínculo de causalidad no sólo falta cuando resulta posible relacionar el daño con un individuo determinado que sea distinto del demandado. Ocurre que el perjuicio no se debe al hecho de nadie. Existe entonces una causa “ajena” al demandado, que es además ajena a quienquiera que sea. Por lo tanto el demandado no puede estar obligado a reparación. Se dice que existe “caso fortuito” o “caso de fuerza mayor”³¹.

La dificultad práctica que estas eximentes presentan se debe a que muchas veces el hecho de la persona demandada sucede en tiempo a ese hecho fortuito, de ahí que la víctima se dirige contra ella en busca de reparación. No obstante, si el daño es producto de la fatalidad, nadie puede estar obligado a resarcirlo.

Históricamente nació la dificultad de valorar estas eximentes, desde que la víctima adquirió una posición jurídico-procesal ventajosa que le permitió demandar en algunos casos sin necesidad de acreditar la culpa. Así, con la responsabilidad basada en un factor atributivo de corte objetivo, opera la situación contraria para quien se presume culpable. Esta persona es quien debe demostrar el hecho que rompe la causalidad. Todos los ejemplos puestos en la sección de epígrafe 2, así lo han dejado en claro.

El caso fortuito rompe el nexo de causalidad, también. Es una causa que exonera la responsabilidad y debe revestir algunos requisitos básicos.

Para algunas personas, el caso fortuito se caracteriza por ser imprevisible y por no obedecer a la culpa del supuesto responsable del hecho, mientras que la fuerza mayor se caracteriza por ser irresistible. Desde la época del derecho romano, la vis major se ha identificado con la irresistibilidad, y el casus fortuitus con la imprevisibilidad.

31 Mazeud Henri y Léon; Tunc André, *op. cit.*, pp.147 y 148.

En general se trata de conceptos indeterminados que pueden presentar bastantes dificultades prácticas, por lo que en definitiva en el caso real, el norte debe ser la determinación de la conducta debida por la persona deudora o demandada, y si esta hizo todo lo posible por cumplir sin incurrir en culpa, o no. Debe analizarse si se dio un hecho externo cuyo efecto un hombre medio diligente no habría podido evitar. Además, tratándose de una obligación, debe tenerse presente que, una vez que la imposibilidad cesa, debe cumplirse.

La jurisprudencia francesa ha reconocido que un hecho puede ser liberatorio si es imprevisible o bien irresistible, y que lo imprevisible es lo que un hombre medio no puede prever, que se conduce como “un buen padre de familia”, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean cada caso³².

En nuestro país, en el voto n.º 23 de las 14:40 del 21/04/1993, la Sala I (CSJ) parece diferenciar estos conceptos de caso fortuito y fuerza mayor. Al analizar un caso por responsabilidad médica, consideró:

[...] Tocante al caso fortuito y la fuerza mayor, estos son eventos representados por hechos aleatorios incontrolables para el profesional. En el primero se trata de una situación imprevisible, y por ello fuera del control del facultativo; en la fuerza mayor, de un acontecimiento externo el cual, aun pudiéndose prever, resulta irresistible, por lo cual la producción del daño no podría impedirse. Por último, mediante culpa de la víctima o de un tercero, el actuar médico no constituye causa del daño, pues éste proviene de actos ajenos, como sería, por ejemplo, la resistencia del paciente a cumplir con el tratamiento indicado o el trastorno producido por medicamentos en mal estado [...].

Por tercero debe entenderse para definir la responsabilidad civil, a aquella persona que no es la víctima ni el demandado. Se ha considerado como caso práctico que una disposición legislativa, denegación de permiso municipal o ambiental o cambio reglamentario pueden originar que alguien dañe o incumpla. En sí, son hechos del príncipe, del Estado o sus entes menores, como un tercero, si se quiere, pero son un eximente desde cualquier ángulo que se les quiera enfocar.

Lo interesante para la situación en cuestión, sea este un reporte sobre prueba en la responsabilidad civil, es que a la persona demandada o reconvenida le corresponde romper el nexo causal y conseguir evidencia convincente de que no fue culpable o fue ajena al suceso.

3.1.2 Culpa de la víctima

Históricamente, la víctima debía demostrar siempre la culpa de la persona demandada, así, pocas veces lograba obtener reparación. En la actualidad, las presunciones legales de responsabilidad han mejorado la posición de la víctima en el proceso, y las eximentes funcionan como instrumentos que moderan el sistema, dotándolo de flexibilidad.

32 Mazeaud Henri y Léon y Tunc André, *op. cit.*, p. 268.

En términos generales, se indica que el sujeto será culpable de un daño solo en la medida en que la culpa esté presente, de modo que si la culpa corresponde a la víctima, no puede haber responsabilidad del agente. Al respecto *Mazeud y Tunc* señalan que en esos casos “la víctima solo podrá quejarse de ella misma”.

Ahora bien, existen otras situaciones en que la solución no es tan sencilla, porque el agente es responsable del hecho, pero la conducta de la víctima también lo produjo o lo agravó. En efecto, la presencia de este hecho ajeno es muy normal, mucho más que el acontecer de un caso fortuito o fuerza mayor. La carga de la prueba es de la presunta persona deudora de la indemnización, la cual, por enésima vez, debe destrozar la relación de causalidad.

En Costa Rica, los tribunales han aplicado esta eximente, especialmente en materia de tránsito. En el fallo 347 de las 9:30 horas del 26/07/1991, el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, dispuso:

[...] En este caso la relación de causalidad establecida en los artículos 704 y 1048 párrafo 5º del Código Civil, aplicable el primero a la responsabilidad extracontractual por analogía, no existe ante la culpa del perjudicado (hecho de la víctima) a través de la cual se evidencia una forma de total autorresponsabilidad. “La doctrina más aceptable enseña [sic] que cuando aquella causa radica en la imprudencia grave del accidentado o en su negligencia inexcusable; la parte contraria queda exenta de responsabilidad, porque la víctima fue quien determinó su propio daño”. (ver la sent. Nº 33 de 9 de abril de 1953 de la Sala de Casación) [...].

Un reciente precedente de ajenidad en consumo se destaca también. Es el voto n.º 1384-F-S1-2013 de las 9:25 horas del 17/172013, de la Sala I (CSJ), el cual anuló la sentencia del Tribunal Segundo Civil y confirmó la del Juzgado de Primera Instancia. Una afamada librería capitalina usó una filmación de un video de seguridad de su negocio, para defenderse y probar que la torcedura del pie de una señora obesa y su propia premura y distracción le indujeron que pisara mal y sufriera una aparatosa caída. Se estimó que esa falta personal fue lo determinante en su accidente, más allá del diseño de las gradas por las que cayó o las medidas de seguridad con las que el establecimiento contaba.

Este fue uno de los pocos casos en los que el empresario se defendió con tino y usó una documental tecnología y un patrocinio letrado experimentado, para salvarse de una gruesa indemnización que la autoridad de alzada le intentó imponer:

IV.- Tanto con vista en los alegatos del recurrente así como en los argumentos de la sentencia recurrida, resulta claro que el punto sobre el cual pivota la discusión en el caso sub examine radica en la existencia o no de un nexo causal que permita imputar las lesiones sufridas por la actora a la empresa demandada, tomando en consideración que el Tribunal establece este vínculo a partir de la infraestructura física del comercio. Desde esta perspectiva, deben analizarse dos situaciones: por un lado, si la caída fue provocada por la infraestructura, y por el otro, si esta agravó las consecuencias de aquella. En cuanto

al primer punto, el Ad quem tiene como un hecho probado que la señora [...] tropezó con una platina atornillada al piso, lo que generó que perdiera su equilibrio con las consecuencias ya descritas. Empero, tal y como lo alega el casacionista, de la prueba se extrae una conclusión distinta. En cuanto a la apreciación del Tribunal que ahora se comenta, debe señalarse que con vista en el video, el pie derecho de la actora se eleva perfectamente y sin obstrucción por encima de la platina, al tiempo que se observa que el izquierdo se posa completamente sobre esta. Esto lo confirma la fotografía visible a folio 512. En esta se puede observar que la planta del pie se encuentra completamente sobre la estructura de aluminio, mientras que el tacón se encuentra sobre el piso de mosaico. Esto descarta, lógicamente, la existencia de un tropiezo. Incluso, si bien la representación legal de la actora afirma que el pie izquierdo se atoró en la venilla metálica, el video no permite afirmar esta situación, y resulta extraño además cuando se considera que la planta del pie izquierdo se encuentra colocada sobre la platina, lo que lleva a cuestionar qué parte del zapato se pudo atorar. Por otra parte, debe considerarse la aclaración realizada por el perito Dr. Ugalde Lobo visible a folio 498, donde indica que “el mecanismo de la producción de la caída de la señora [...] se explicaría por un deslizamiento de su pie derecho al momento de iniciar el descenso de una grada [...]” Resulta igualmente conveniente la transcripción del fundamento de esta conclusión: “Impresiona que la señora [...] no tiene problemas al dar el paso con el pie izquierdo. El problema surge al dar el paso con el pie derecho, el cual se desliza y se dobla hacia adentro justo en el borde de la grada, situación que la hace perder estabilidad y apoyo con ese pie. En ese preciso momento ya la persona va propulsada hacia adelante justo en el borde de la grada, situación que la hace perder estabilidad y apoyo con ese pie. En ese preciso momento ya la persona va propulsada hacia delante con el propio peso de su cuerpo y la inercia, no teniendo la señora [...] oportunidad de sujetarse de la barra metálica que se encuentra a la mitad y que divide las escaleras, además no puede sujetarse de la barra derecha que se encuentra lejana a ella. Sin tener punto de apoyo donde sujetarse la caída es inevitable.” Por último, resulta fundamental en esta determinación recurrir al video aportado como prueba y cuya errónea valoración se acusa. Luego de una detenida observación, esta Sala es del criterio que la caída se produjo debido a que a la actora se le dobló el pie derecho justo cuando estaba trasladando su peso corporal hacia este para utilizarlo como apoyo, con el agravante de que esto sucedió en el borde donde inician las escaleras y que la señora [...], si bien estiró su brazo para asir el pasamanos, no se había sujetado de él, cuando perdió el equilibrio. En este punto, no puede omitirse referencia a la conclusión del peritaje arriba mencionado en cuanto indicó que el “deslizamiento de su pie derecho [fue] favorecido por la ausencia de una cinta anti-deslizante en el mosaico”. Con vista en el video, se aprecia claramente que cuando se da la dobladura del tobillo de la actora, esta se da en el borde donde inicia la grada, generando la pérdida de equilibrio, sin que se detecte que el pie se deslice sobre el piso. Esto hace que, a partir de lo que se ve en la grabación, la inexistencia de cinta anti-deslizante no sería un factor que hubiera evitado la caída. A partir de lo anterior, los elementos de convicción permiten concluir que la causa de la caída en realidad fue que la señora [...], al apoyar su pie derecho sufrió una torcedura, lo que lleva a descartar, bajo el principio lógico de no contradicción, la tesis del Tribunal. [...] VI.-Por las razones expuestas en los considerandos precedentes, se deberá declarar con lugar el recurso, anulando la sentencia del Tribunal. Al fallar por el fondo, se debe confirmar la sentencia de primera instancia por los argumentos expuestos en esta resolución.

Otro supuesto interesante es la llamada culpa concurrente. Un efecto puede ser provocado por una causa o por varias. Así, puede ser que entre estas aparezca un hecho de la persona demandada; pero puede ser también que ese hecho no haya sido determinante o no haya sido el único causante del daño. *Goldenberg* indica respecto a la concurrencia de causas:

*[...] Si la acción de varias personas es causalmente relevante para la producción de una determinada consecuencia a cuyo advenimiento han cooperado con su conducta, hay causalidad conjunta, que se traduce en una imputación plural [...]*³³.

La concurrencia de causas sucede cuando dos personas han incurrido en culpa, y esta ha causado el daño ya que ningún hecho se considera causa del otro y, por ende, no lo absorbe. El referirse a “culpa común” en estos casos es un concepto erróneo de la doctrina, pues no se trata de que un solo hecho culposo fue cometido por dos personas, sino que más de un hecho culposo concurrió para causar un daño.

La jurisprudencia nacional indica que el juez debe realizar la graduación, y toma en cuenta lo que el demandado probó, para disminuir su responsabilidad, aunque no rompa del todo el nexo causal (voto n.º 653-F-99 de las 16:10 horas del 27/10/1999):

A pesar de lo apuntado, la Sala considera que las circunstancias de hecho y de derecho acontecidas dan lugar a la responsabilidad concurrente en el descongelamiento del producto. Éste obedeció no sólo a la variación de la temperatura durante los viajes, sino también a la incorrecta estiba realizada por la actora, quien debió también haber requerido de la demandada la información necesaria para ello, la cual debió por su parte haberla suministrado sin necesidad de que fuera requerida para ello, todo lo cual impidió la adecuada circulación del aire frío en el interior de los contenedores y también contribuyó al descongelamiento en mención. X.-En situaciones como la presente, donde existe culpa concurrente, cada parte debe reparar el daño en la proporción causada, para lo cual el Juzgador, de acuerdo con las pruebas aportadas, establecerá cuál es esa proporción si ella no surge del daño mismo. De acuerdo con las circunstancias de cada caso, se puede disminuir el monto indemnizatorio y aun dispensar de él al autor material del hecho. Sobre el particular háyase conteste la doctrina y la jurisprudencia: "Si ambas culpas concurrieron a la producción del daño; procede en ese caso el juez a una división de la responsabilidad bajo la forma de una moderación de los daños y perjuicios reconocidos a la víctima". (Josserand L, Derecho Civil, Tomo II, Volumen 1º, página 338, Nº 450, Buenos Aires, 1951). "Tratándose de culpa concurrente los Jueces Civiles que conocen de la reparación pueden reducir equitativamente el monto de la misma". (Sala Primera, número 23 del 8 de marzo de 1972. En análoga dirección, véanse las sentencias números 263 de 15:30 horas del 22 de agosto de 1990; 2 de 15:25 horas del 9 de noviembre de 1994; y 4 de 6 de enero de 1995). Sobre el particular, la Sala Tercera también ha indicado: "En casos de concurrencia de culpa la situación debe resolverse de acuerdo con el principio de causalidad, en cuya virtud es responsable del hecho el que realizó u omitió el acto motivador y causante del mismo. Si la culpa de ambos partícipes resulta ser la

33 *Goldenberg Isidoro*, op. cit., p. 141.

generadora del suceso, ambos son responsables, pero si la culpa de uno de ellos es la determinante, sólo él es el responsable. (Sentencia n.º 111 de las 9:50 horas del 23 de diciembre de 1981. En igual sentido, sentencia n.º 676 de las 8:30 horas del 13 de diciembre de 1991).

3.1.3 Congruencia

La congruencia y su posible irrespeto podrían causar un desquicio de cargas probatorias; es decir, cuando un litigante preparó el caso para ser llevado por criterio objetivo, y la persona juzgadora se lo encamina por un factor de atribución subjetivo. O viceversa. La variación, a veces sorpresiva, otras veces provocada por la propia desorganización del demandante, puede tener repercusiones, por el mayor rigor probatorio del régimen objetivo sobre la espalda del presunto deudor.

Los votos n.º 7-F-S1-2012 y n.º 200-F-S1-2012 con juez que resuelve según lo alegado y que encarnan la tesis de la individualización se encaran al voto 421-F-S1-2013 de las 14:50 horas del 09/04/2013, en tanto el juez usa la teoría de la sustanciación y él mismo escoge la norma apropiada según la *causa petendi*.

La inseguridad jurídica campea por los tribunales costarricenses y de *lege ferenda* debería formentarse alguna reforma que obligue al accionante a ser muy preciso en las normas que invoca en su libelo inicial, para sujetar al juzgador solo a eso, si lo que se quiere es maximizar el respeto por el principio dispositivo³⁴.

En España tienen un problema paralelo, pero es por la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, con plazos de prescripción distintos. El Tribunal Supremo Español tiene la tesis sustancialista en materia procesal, con respeto y prioridad a reglas contractuales, en situaciones de concurrencia de normas, antes de tesis opcional. (Ver Díez Picazo y Ponce de León Luis. *Derecho de daños*. (1999). Madrid: Civitas, p. 268).

34 López-Casal Yuri. (2014). *La responsabilidad civil*. IJSA, San José, pp. 216-234. Excelente comparación de las posiciones en cuestión. El tratado del talentoso juzgador nacional está acrisolado por la experiencia, el sentido práctico y el seguimiento cuidadoso de la evolución reciente del proceder de la Sala de Casación. Muestra el contraste existente, en el propio seno de la alta cámara, en tanto no ha tenido consistencia absoluta, para tratar el punto de la congruencia. El sentenciador formado en Alemania compara de manera sistemática resoluciones en que, aisladamente, la Sala I ha hecho resplandecer el respeto por el principio dispositivo y una mayoría de votos en los que ha sido la conducta de los jueces y las juezas la que ha marcado el derrotero de escoger la norma jurídica aplicable y el factor atributivo a considerar, con algún grado de arbitrariedad, pero con fuerte sentido ejecutivo para resolver los casos. Bien o mal, el doctrinario costarricense denuncia lo que ha sido un mal necesario, entendiendo que hay bastantes demandas judiciales confusamente planteadas por sus promotores, en aras de tirar con perdigones para obtener más indemnizaciones. Definitivamente es una obra para leer detenidamente, por su calidad.

CONCLUSIONES

- ❖ La carga de la prueba es un pesado fardo sobre espaldas de la persona victimaria presunta en materia de responsabilidad objetiva.
- ❖ La responsabilidad objetiva ha sido aplicada de manera preventiva, ejemplarizante y resarcitoria en consumo.
- ❖ El nexo causal debe ser probado por la víctima presunta en toda circunstancia.
- ❖ La responsabilidad subjetiva es la regla general y, la objetiva, la excepcional.
- ❖ La incongruencia y la inseguridad jurídica campean por las resoluciones de la Sala de Casación.
- ❖ La estructura de la responsabilidad civil es de indispensable comprensión y manejo para responsabilizar a los justiciables.
- ❖ El hecho dañoso y el nexo causal siempre deben ser probados por el accionante o el reconvensor. No hay inversión de cargas probatorias porque esos componentes son de menesterosa acreditación en todo escenario.
- ❖ Hay múltiples combinaciones de criterio subjetivo, objetivo, responsabilidad contractual, extracontractual. Las características resultantes de cada cruce de ese cuadrante se enmarcan dentro de la casuística y del derecho alegado por la parte que debe, de preferencia, cuadrar con las *causae petendi* que son hechos y pretensión.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Alterini, Atilio Aníbal. (1992). *Responsabilidad civil*. Límites de la reparación civil. Contornos actuales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, tercera edición reimpresa.
- ❖ Díez Picazo y Ponce de León Luis. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- ❖ Díez-Picazo Luis y Gullón Antonio. (1978). *Sistema de derecho civil* Madrid: Editorial Tecnos. Volumen II.
- ❖ Goldenberg Isidoro. (1989). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ❖ Hernández Aguilar Álvaro. (2005). Responsabilidad civil objetiva de establecimientos de comidas rápidas: Derechos del consumidor y nexo causal e imputación objetiva resolución 575-F-2003 de Sala Primera. *Revista de la Judicatura*. Año 1, n.º 2, julio.
- ❖ López-Casal Yuri. (2006). El nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual. *Revista Iustitia*. Año 20, n.º 240, San José.
- ❖ López-Casal Yuri. (2014). *La responsabilidad civil*. IJSA, San José.
- ❖ Mazeaud Henri y León y Tunc André. *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.
- ❖ Orgaz Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Editorial Córdoba, 1980.
- ❖ Rivero Sánchez Juan Marcos. (2001). Responsabilidad civil. Tomo II. San José: Editorial Areté.
- ❖ Rojina Villegas Rafael. (1978). *Compendio de derecho civil*. Tomo III. México D. F.: Editorial Porrúa.
- ❖ Zannoni, Eduardo. (1982). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea SRL.

Colisión de principios constitucionales: ¿ponderación o subsunción?

Dr. Fernando A. Castro Padilla.

RESUMEN

En este artículo se analizan las particularidades que suponen las colisiones entre principios constitucionales y se examinan los métodos para procurar su solución. Se propone una forma de engarzar los métodos de la ponderación y la subsunción, a fin de facilitar el control de racionalidad en el razonamiento jurídico.

Palabras claves: Principios constitucionales / colisión de principios / ponderación / subsunción

ABSTRACT

This article describes the particularities involving collisions between constitutional principles and examines the methods to ensure their solution. It is proposed a way to link together the methods of balancing and subsuming in order to facilitate the control of rationality in legal reasoning.

Keywords: Constitutional principles / collisions between constitutional principles/ balancing / subsuming

1. Introducción

Se puede afirmar que, en general, tanto en Europa como en América Latina, los Estados democráticos contemporáneos provistos de textos constitucionales emanados después de la Segunda Guerra Mundial y, en particular, a partir de los años setenta del siglo XX han optado por una versión *fuerte* de constitucionalismo. Lo anterior supone, entre otros extremos, que sus constituciones presentan un denso contenido material (además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, la Constitución también presenta un robusto contenido sustantivo dirigido a indicar a los poderes públicos y, con ciertas matizaciones, también a los particulares, *qué no pueden hacer* y, muchas veces, también *qué deben hacer*)¹.

1 Tales textos constitucionales también se caracterizan por lo siguiente: (i) su carácter normativo o fuerza vinculante (como cualquier otra norma, la Constitución incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe), (ii) su supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes (la Constitución no es solo una norma, sino también es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del ordenamiento jurídico estatal y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario), y (iii) gozan de garantías judiciales (existen órganos y procedimientos destinados a depurar o sancionar su infracción). Ver, al efecto, Prieto Sanchís. (2009). *Justicia constitucional*, pp. 107 a 117.

En cuyo caso y, para efectos de este artículo, lo que interesa destacar es que, como parte de dicho programa normativo, los referidos textos constitucionales incorporan un ambicioso y nutrido conjunto de principios que pretenden dirigir o condicionar, de manera efectiva, la ordenación vinculante de la vida en común, así como la producción y el funcionamiento del resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la doctrina ha puesto en evidencia que, en su pretensión de operar como normas ordenadoras de la realidad, los principios no se nos presentan con un contenido preciso o unívoco, y, en su conjunto, no operan como un marco cerrado y concluyente, sino que, por el contrario, los principios se nos presentan como vagos, inconcretos, porosos, de contenido heterogéneo y con tendencia contradictoria entre sí.

Se habla, por esto, del carácter contradictorio de los documentos constitucionales contemporáneos, en tanto consagran “*un pluralismo o «desorden» de principios que entran en juego simultáneamente*” y que “*parecen responder incluso a un esquema de valores e ideologías diferentes y en tensión*”. (Prieto Sanchís. (2009). *Justicia constitucional*, p. 125).

La situación antes descrita tiende a generar frecuentes problemas de sobredeterminación y de antinomias, esto es, supuestos en que existen al menos dos principios aplicables de manera simultánea a un mismo caso y lo regulan o califican de forma deónticamente incompatible. Con el agravante de que, en general, los propios textos constitucionales no regulan las condiciones de precedencia de unos principios sobre otros.

El propósito de este artículo es, justamente, analizar dicha problemática relativa a las colisiones entre principios constitucionales, sus particularidades y los métodos para su resolución. Interesa, especialmente, analizar la posibilidad de conjugar o hacer compatibles la ponderación y la subsunción en la resolución de tales contradicciones normativas.

2. Principios: concepto y particularidades

Lo primero que debe abordarse es lo relativo a la actual conceptualización de los denominados «principios». Según David Martínez Zorrilla explica (2007, *Conflictos constitucionales*, p. 69), tradicionalmente, cuando se hablaba de «principios», se solía hacer referencia a una fuente del derecho no positiva a la que se podía acudir en defecto de ley (entendida, en sentido amplio, como norma escrita promulgada por una autoridad estatal) y costumbre. Se hablaba de «principios generales del derecho». Pero, en la discusión teórica contemporánea, cuando se habla de principios (por contraposición a las reglas), normalmente, no se hace referencia a esta supuesta fuente del derecho no positiva, sino a un tipo o clase de normas jurídicas positivas, contenidas, fundamentalmente, en los textos constitucionales.

Por tanto, actualmente, se habla de «principios» y «reglas» como dos clases o categorías de normas jurídicas. El problema surge al intentar delimitar los criterios diferenciadores que permiten calificar una norma como «regla» o «principio». El citado autor expone algunos de los principales criterios de distinción planteados por la doctrina (Martínez Zorrilla, (2007), *Conflictos constitucionales*, pp. 69 a 84), de los que interesa resaltar los siguientes:

- a) Un primer criterio hace referencia al «carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación». Según una concepción ampliamente extendida, las normas jurídicas (prescriptivas) se conciben como enunciados condicionales que unen «un supuesto de hecho» (definido por una serie de propiedades) con una «consecuencia jurídica» (una calificación deóntica de un comportamiento –acción u omisión-). En cuyo caso, un sector de la doctrina afirma que solo las reglas tienen esa estructura, porque los principios «carecen de supuesto de hecho». Tal afirmación no debe entenderse en el sentido de que los principios son normas que carecen de condiciones de aplicación, pues ello llevaría al absurdo de entender que hay normas (los principios) que nunca se podrían (lógicamente) aplicar o, dicho con otras palabras, no regulan caso o supuesto alguno. Por el contrario, debe entenderse tal afirmación como que los principios son normas cuyas condiciones de aplicación están indeterminadas o abiertas, al menos parcialmente. De esta forma, las reglas se caracterizarían porque sus condiciones de aplicación están cerradas (en el antecedente de la norma figuran todas y cada una de sus condiciones de aplicación, incluyendo todas las posibles excepciones), mientras que los principios tienen abiertas sus condiciones de aplicación (no catalogan de forma precisa sus condiciones de aplicación ni las posibles excepciones).
- b) Otro sector de la doctrina concibe a los principios como «mandatos de optimización». Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, mientras que las reglas serían normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, los principios son susceptibles de una aplicación o cumplimiento gradual. Se podría distinguir, en consecuencia, entre «normas de acción» o «normas de fin». Las primeras ordenan (prohíben, permiten) una acción (u omisión), mientras que las segundas ordenan (prohíben, permiten) unos fines o estados de cosas a alcanzar, teniendo el sujeto normativo discrecionalidad para elegir los medios adecuados para ello. A diferencia del anterior criterio de clasificación, en este caso la indeterminación no se encontraría en las condiciones de aplicación, sino en la «consecuencia jurídica», esto es: en las reglas aquello que se debe hacer u omitir está mucho más determinado que en los principios que dejarían un amplio marco de acción para su satisfacción. Un tercer criterio hace referencia a que la norma cuente o no con una «dimensión de peso». La diferencia entre ambos tipos de normas radica en que mientras las reglas son normas del tipo «todo-o-nada», en el sentido de que se aplican o no se aplican, los principios tienen una «dimensión de peso» que los convierte en razones a tener en cuenta para tomar una decisión en uno u otro sentido. Las reglas son normas que enlazan unas determinadas condiciones de aplicación («supuesto de hecho») con la modalización deóntica de

una acción («consecuencia jurídica»). En caso de que concurran las condiciones establecidas en la regla, se aplica su consecuencia jurídica, y el caso queda resuelto. Y si no se dan tales condiciones, no se aplica la consecuencia jurídica. No habría alguna otra posibilidad intermedia. Esto no significa que las reglas no puedan tener excepciones, ya que pueden haber otras reglas en el sistema que establezcan consecuencias distintas para algunos supuestos de hecho que se solapen parcialmente. En cambio, los principios contarían con una «dimensión de peso», esto es: ante una determinada situación, los principios cuentan como razones que se deben tener en cuenta y que deben *ponderarse* entre sí a fin de determinar, finalmente, cómo se resuelve el caso. Son elementos que intervienen a la hora de «inclinarse la balanza» en uno u otro sentido. Dicha distinción podría interpretarse de la siguiente forma: las reglas ofrecerían razones definitivas o perentorias para resolver el caso en un determinado sentido (el de la consecuencia jurídica establecida por la regla), mientras que los principios ofrecerían razones *prima facie* o no concluyentes que deben ser comparadas y sopesadas con otras razones.

Ahora bien, Martínez Zorrilla concluye que la distinción entre «reglas» o «principios» resulta bastante problemática, y es poco probable que todo aquello que se califica como «principios» pueda reconducirse a una categoría unitaria.

En todo caso –y en lo que concierne a este artículo– se puede sostener que los actuales textos constitucionales presentan un importante subconjunto de enunciados normativos, denominados como «principios» que se nos presentan, *prima facie*, como estructuralmente abiertos, indeterminados y no concluyentes respecto de sus condiciones de aplicación o consecuencias jurídicas. Y tales particularidades generan especiales dificultades al tener que resolver colisiones entre principios, tal y como se analizará a continuación.

Finalmente, resulta oportuno indicar que, normalmente, en los actuales textos constitucionales, los enunciados normativos relativos a derechos se estructuran como principios. Lo que evidencia, aún más, la trascendencia del tema propuesto.

3. Colisión entre principios constitucionales y ponderación

Lo primero que se puede afirmar es que las antinomias o contradicciones normativas no son infrecuentes dentro de un sistema normativo. Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver tales antinomias son de sobra conocidos: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Se trata de reglas de segundo grado que pretenden resolver los conflictos entre normas. Sin embargo, los dos primeros criterios se suelen mostrar inservibles cuando la antinomia se produce en el seno de un mismo documento normativo, ya que las normas son coetáneas y gozan del mismo nivel jerárquico.

El criterio de especialidad tampoco resulta ser suficiente, respecto de aquellas normas donde no es posible establecer una relación de especialidad entre ellas. Esto es lo que ocurre, normalmente, en el caso de antinomia entre principios constitucionales, supuesto en que tales criterios no resultan aplicables.

En estas hipótesis, un sector de la doctrina sostiene que tan solo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, ya sea trazar una «jerarquía móvil» o «axiológica» y afirmar que, en el caso concreto, una de las razones en pugna debe triunfar, pero sin que ello implique que en otro asunto la contraria no deba triunfar. En tal sentido, la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de este enunciado de preferencia referido al caso concreto. Un método para resolver antinomias entre principios del mismo valor o jerarquía y entre los que no opera una relación de especialidad (Prieto Sanchís, 2009, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, p. 142).

De esta forma, no es que uno de los principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Por eso se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso, y el conflicto debe resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez. (Moreso, 2009, *La Constitución*, p. 56). Se puede formular tal método, de manera sintética o resumida, en los siguientes términos (Moreso, 2009, *Conflictos entre principios constitucionales*, pp. 102 y 103; Vilajosana, 2007, *Identificación y justificación*, p. 119):

- Se realiza la ponderación entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos campos de aplicación se superponen.
- La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida mediante un juicio de valor.
- La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino en su aplicación al caso concreto.
- Cuando, en determinado caso, se resuelva el conflicto dando preferencia a uno de los principios (P1), no significa que el otro (P2) sea inválido. Lo que ocurre es que, en determinadas circunstancias, se dirá que (P1) precede a (P2). Si las circunstancias son distintas, entonces (P2) precederá (P1). Se emplea el método de ponderación, justamente, para establecer esta relación de precedencia entre principios. Habrá que determinarse en qué *condiciones* (P1) precede a (P2) y en qué *condiciones* se da la situación inversa.

Debe señalarse que tal método ha sido blanco de críticas. Se le ha objetado que presenta un carácter totalmente subjetivo y, como tal, no es controlable racionalmente. Frente a tales críticas, se ha refutado que la ponderación no pretende eliminar la discrecionalidad judicial –que, en tal sentido, resulta inevitable ante la indeterminación semántica que los principios constitucionales presentan-, ni trata de garantizar una perfecta objetividad que, de hecho, es un ideal que no puede alcanzarse en ámbito normativo alguno y, mucho menos, en un ámbito tan controvertido como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías (Bernal Pulido, 2007, *Refutación y defensa*, p. 317),

sino que, en su lugar, lo que la ponderación ofrece es un “*modelo de justificación que obliga (que pretende obligar) al intérprete a mostrar las razones en cuya virtud a partir de un juicio de relevancia acerca de la concurrencia de dos normas en conflicto se desemboca en una decisión que privilegia a una de ellas en detrimento de otra*”. (Prieto Sanchís, 2007, *Réplica*, p. 279).

Se añade que la ponderación no tiene que degenerar en un particularismo radical y, por el contrario, a partir del análisis de casos paradigmáticos, es posible aislar un conjunto de propiedades relevantes que permitan ofrecer soluciones normativas susceptibles de universalización, de tal manera que sea posible correlacionar, aunque sea de forma limitada, determinados casos genéricos con sus soluciones normativas y, de este modo, construir «reglas» para subsumir y resolver casos individuales. Así surge la relevancia de analizar las posibles interrelaciones entre ponderación y subsunción frente a la colisión de principios.

4. Ponderar y subsumir

Según Luis Prieto Sanchís explica (2009, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, pp. 144 y 153), se suele indicar que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla. En cambio, los principios serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna. Sin embargo, el citado autor afirma que esto debe matizarse, pues no cree que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, sino que, a su juicio, operan en fases distintas de la aplicación del derecho.

Indica, al efecto, que cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello la subsunción queda arrinconada. Al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que, en el caso examinado, dos principios en pugna resultan relevantes o aplicables. Por ejemplo, antes de ponderar, es preciso «subsumir», esto es, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios. Pero si *antes* de ponderar, es preciso de alguna manera subsumir (sea, mostrar que el caso individual que se examina forma parte del universo de casos en el que dos principios en pugna resultan relevantes), *después* de ponderar también aparece la exigencia de subsunción. Y esto es así, pues la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción.

La ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflictos para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso. La ponderación se constituye, entonces, en una operación que permite pasar de normas estructuradas como principios a normas estructuradas como reglas, las cuales estarían constituidas por un supuesto de hecho, formado por las condiciones relevantes para establecer la relación de precedencia entre principios, y una consecuencia jurídica que será la del principio precedente (Vilajosana, 2007, *Identificación y justificación*, pp. 119 y 120).

Por lo demás y merced al precedente, estas reglas pueden generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados. En tal sentido, existen casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de reglas susceptibles de universalización y subsunción.

5. A modo de ejemplo: sentencia n.º 105/1990 del Tribunal Constitucional español

Para ejemplificar lo anterior, se intentará aplicar lo ya dicho a una sentencia del Tribunal Constitucional español, en la que se abordó una colisión entre los derechos a la libertad de información y a la libertad de expresión frente al derecho al honor. Se trata del recurso de amparo n.º 1695-1987, en el cual se conoció el caso de J.G.P., periodista deportivo, quien, a través de las emisoras de una cadena de radio, difundió información referida a la percepción improcedente de determinadas dietas, por parte de J.L.R., quien era presidente de la Asociación Española de Fútbol y diputado de las Cortes de Aragón.

Pero se formuló una querrela en contra de tal periodista, en la cual se le imputaba la comisión de un delito de desacato (previsto y penado en el artículo 244 del Código Penal español) y, efectivamente, por medio de sentencia del 25 de noviembre de 1987, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó a J.G.P. por tal delito, al proferir, en un programa de radio, frases vejatorias y de menosprecio grave respecto de J.L.R., diputado de las Cortes de Aragón.

El 17 de diciembre de 1987, J.G.P. interpuso un recurso de amparo contra la referida sentencia del 25 de noviembre de ese mismo año, por estimar –entre otros extremos- que se había infringido el derecho reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución española (en adelante: CE): el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión². Finalmente, por medio de sentencia número 105/1990, del 6 de junio de 1990, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional recapituló su doctrina sobre “*la relación y límites recíprocos de los derechos a la información veraz y al honor*”. Indicó que, ciertamente, varios preceptos del Código Penal español concedían una amplia protección a la buena fama y honor de las personas y a la dignidad de las instituciones (mediante la tipificación de los delitos de injurias, calumnias o desacato), y tal protección respondía a valores constitucionalmente consagrados, vinculados a la dignidad de la persona y a la seguridad pública y defensa del orden constitucional.

De forma inmediata, agregó que también debía considerarse que la formación de una opinión pública libre aparecía como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no solo protegía un interés individual, sino que entrañaba “*el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político*”.

2 En concreto, el citado artículo 20.1 d) CE establece que: “*Se reconocen y protegen los derechos: [...] A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional en ejercicio de estas libertades*”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional afirmó que

a la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá, no estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión (protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente), sino, habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional especificó los criterios que había venido “*perfilando*” en su jurisprudencia para llevar a cabo la mencionada ponderación. Señaló que tales criterios eran los siguientes:

- i. Que debe diferenciarse la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). En concreto: a) en el caso de la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de estas (campo de acción que se amplía, aún más, en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1 CE); y b) en el supuesto de la libertad de información, cuando se trata de no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se consideran ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz (requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas)³.
- ii. Que la protección constitucional de los derechos reconocidos en el art. 20 CE opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que

3 El tribunal indicó, al efecto, que el artículo 20.1 d) CE reconocía y protegía el derecho a comunicar libremente información veraz, y aclaró que el requisito constitucional de veracidad suponía que el informador tenía -si quería situarse bajo la protección del artículo 20.1 d)- un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que exponía, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Pese a ello, podía que la información resultara errónea, lo que obviamente, no podía excluirse totalmente. Pero, como ya se había señalado en la sentencia número 6/1988: “*las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad”, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio*”. Por ende, “*información veraz*”, en el sentido del artículo 20.1 d) CE, significa: información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias.

contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. En consecuencia, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si esta “*no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad*”. Así, en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público.

- iii. Que la protección constitucional de tales derechos “*alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción*”. Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional.

Con sustento en tales criterios, el Tribunal Constitucional analizó el caso sometido a su estudio. En primer lugar, para el Tribunal Constitucional, eran hechos relevantes que, en su labor informativa, el amparado había transmitido hechos veraces, obtenidos con previa comprobación, en un medio institucionalizado de comunicación social, referentes a personas y conductas de interés y relevancia públicas.

Por tanto, en principio, había actuado en ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz protegido por el artículo 20.1 d) CE. No obstante, existía otro hecho relevante a tomar en consideración, como era la alegación del ministerio fiscal en el sentido de que el amparado había utilizado expresiones concretas que eran “*afirmaciones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias para el recto ejercicio de la libertad ejercitada*”.

Ante ello, el Tribunal Constitucional añadió que era indudable que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión pública, suponía un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que “*la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental*”. Por este motivo, señaló que era necesario verificar si en ese supuesto, y “*aun partiendo inicialmente del ejercicio legítimo del derecho a la información veraz*”, el amparado había ido “*más allá de los límites de ese derecho*”.

Y una vez analizadas las expresiones y opiniones emitidas por el amparado con respecto a J.L.R., el Tribunal Constitucional concluyó que muchas de ellas, de evidente carácter reprobatorio y de crítica, y que se referían a la conducta de J.L.R., en relación con el hecho denunciado -esto es, la indebida percepción de determinadas dietas-, no podían estimarse como exabruptos gratuitos e innecesarios o como epítetos, pura y simplemente injuriosos.

Al efecto el Tribunal Constitucional afirmó que la crítica de una conducta que se estimaba que era comprobada de un personaje público podía ciertamente resultar penosa -y a veces extremadamente

penosa- para este, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica era parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluyó que el amparado también había empleado:

numerosas expresiones claramente ofensivas, innecesarias para la información que transmitía, e inútilmente vejatorias para el Sr [...], que versaban sobre sus supuestos defectos físicos («lo de "Pedrusquito" lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan sólo un apelativo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante»; «ni ve y no es por las cataratas [...]» «Pedrusquito Catarata Roca [...]»), sobre su valía moral («vil vasallo de Pablo Porta [...]» «impresentable Presidente de la Federación Española de Fútbol») o sobre su capacidad intelectual («ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede [...]» «el tío no sabe de nada y sabe de todo. Bien»). Todo este conjunto de epítetos y afirmaciones, sin relación alguna con el lema del programa, constituyen sin duda insultos en el más estricto sentido de la expresión, y no tienen nada que ver con la crítica, por dura que sea, de una conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable. Se colocan por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión, y representan en consecuencia la privación, a una persona (investida de autoridad, y con ocasión del ejercicio de sus funciones) de su honor y reputación al ser vejada verbalmente en un medio de gran audiencia, por supuestos defectos físicos, morales o intelectuales; sacrificio éste que no se ve justificado por la defensa de ningún bien constitucionalmente protegido y que, en cambio, y a la vista de los arts. 10.1, y 18 de la Constitución, lesiona derechos constitucionalmente protegidos del destinatario de tales expresiones insultantes.

Por estos motivos, finalmente, el Tribunal Constitucional desestimó el amparo. Ahora bien, para efectos de este artículo, lo que interesa es reconstruir el razonamiento del Tribunal Constitucional y, en especial, reconstruir su uso del método de ponderación. Lo primero que debe destacarse, para tal efecto, son los principios en juego, que se pueden formular en el siguiente sentido: **P1** (la libertad de información), **P2** (la libertad de expresión) y **P3** (el derecho al honor).

Por su parte, se podría resumir el núcleo del juicio de ponderación en los siguientes términos: Se corrobora que el Tribunal Constitucional sostiene que la formación de una opinión pública libre constituye una condición necesaria para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático y constituye una garantía de pluralismo político, así como que el ejercicio de las libertades de información y de expresión pueden contribuir a la formación de una opinión pública libre.

En consecuencia, la protección constitucional de las libertades de información y de expresión “se amplía” cuando el ejercicio de las referidas libertades versa sobre materias que contribuyen a la

formación de una opinión pública libre. Y tal protección “*se amplía*” aún más, cuando las referidas libertades son ejercitadas por los y las profesionales de la información a través de la prensa, el vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública.

Al amparo de tales libertades, se goza de una amplia protección para difundir información veraz sobre hechos que revisten interés público (libertad de información), y se pueden expresar opiniones sobre dicha información, incluso de carácter crítico o reprobatorio (libertad de expresión). A esto se añade que la crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa -y a veces extremadamente penosa- para este, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública.

Sin embargo, ello no puede suponer que exista un “*derecho al insulto*”, en el sentido de que se puedan transmitir opiniones o la información en términos insultantes o vejatorios en contra de los personajes públicos que resulten innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión pública, pues ello supone un daño injustificado a la dignidad de tales personas, el cual sería incompatible con la dignidad humana que se proclama en el artículo 10.1 CE.

Por tanto, en tal supuesto se excede la protección que las libertades de información y expresión podrían otorgar, y se vulnera el derecho al honor. Y, como corolario de lo anterior, se pueden articular las siguientes condiciones relevantes para establecer la relación de precedencia entre los principios:

- **C1:** Que un periodista, en ejercicio de la libertad de información, transmita hechos veraces, obtenidos con previa comprobación, en un medio institucionalizado de comunicación social, referentes a personas y conductas de interés y relevancia públicas.
- **C2:** Que un periodista, en ejercicio de la libertad de expresión, transmita opiniones de carácter reprobatorio y de crítica, relativos a hechos veraces -obtenidos con previa comprobación- en un medio institucionalizado de comunicación social, referentes a personas y conductas de interés y relevancia públicas, y que tales opiniones no puedan estimarse como insultos gratuitos e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión pública.
- **C3:** Que un periodista, en ejercicio de la libertad de expresión, transmita opiniones en un medio institucionalizado de comunicación social, que aunque relativas a hechos veraces -obtenidos con previa comprobación-, y referentes a personas y conductas de interés y relevancia públicas, constituyan afirmaciones o calificativos claramente vejatorios y sin relación con la formación de una opinión pública libre.

Con sustento en lo ya expuesto, se pueden establecer las siguientes consecuencias jurídicas:

- Si **C1**, prevalece **P1** sobre **P3**, por lo que: no procede imponer sanción alguna al periodista, aunque la difusión de la información pueda generar alguna pena para la persona a la que la información hace referencia (consecuencia jurídica).

- Si **C2**, prevalece **P2** sobre **P3**, por lo que no procede imponer sanción alguna al periodista, aunque la difusión de opiniones pueda generar alguna pena en la persona a la que la opinión hace referencia (consecuencia jurídica).
- Si **C3**, prevalece **P3** sobre **P2**, por lo que sí se podría imponer una sanción al periodista, por infracción de alguno de los delitos que protegen el derecho al honor (consecuencia jurídica).

Como producto de tales criterios, en el caso analizado en el amparo n.º 1695-1987, se configura el “*supuesto de hecho*” identificado como **C3**, por lo que prevalece el derecho al honor (**P3**) sobre la libertad de expresión (**P2**) y, como colofón, sí se podría imponer una sanción al periodista por infracción de un delito que proteja el bien jurídico honor (consecuencia jurídica).

6. Balance general y conclusiones provisionales

El análisis de la citada sentencia pone en evidencia que sí es posible concebir a la ponderación como una operación compatible con la subsunción, en tanto que la ponderación permite generar, de manera justificada o razonada, un conjunto de reglas explícitas que pueden disciplinar -de forma coherente y general- un problema normativo concreto y se pueden aplicar de modo subsuntivo en casos individuales futuros.

Está claro que, ante nuevos casos individuales, puede surgir la necesidad de revisar la ponderación que se ha realizado de las condiciones o propiedades relevantes para establecer la relación de precedencia entre los principios, al punto de exigir una modificación parcial o general de las reglas que disciplinan el problema normativo. No obstante, en tales casos, es necesario explicitar y justificar tal cambio. Esto permite el control racional de la función judicial.

Bibliografía

Alexy, Robert. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, Carlos. (2007). “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta S.A., pp. 289-325.

Ferrer Murillo, John Mario *et al.* (2012). *Interpretación y argumentación jurídica*. Bogotá: Universidad de Medellín.

Martínez Zorrilla, David. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Moreso, José Juan. (2009). “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., pp. 99-121.

Moreso, José Juan. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Prieto Sanchís, Luis. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Prieto Sanchís, Luis. (2009). “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A. , pp. 123-158.

Prieto Sanchís, Luis. (2007). “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid: Editorial Trotta S.A., pp. 265-288.

Vilajosana, Josep M. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Desestimación de la querella por atipicidad ante el tribunal del procedimiento preparatorio

Mauricio Porras Loría

Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal en 1998, se instauró en síntesis, la posibilidad de que, en los delitos de acción pública, la víctima pueda presentar, en su rol de usuaria del sistema, una querella para ejercitar una persecución penal privada, ya sea provocando la persecución penal pública por parte del Ministerio Público o adhiriéndose a una causa ya iniciada; es decir, utilizando como plataforma los tribunales de justicia penales que conforman la Administración de Justicia para tratar de hacer valer sus pretensiones. La persona usuaria/querellante debe adecuar la búsqueda de una tutela judicial a la función primordial del Poder Judicial, a saber, la prestación estatal de un servicio público.

Ahora bien, en dicho Código ritual, de manera estructurada en el numeral 297 en su inciso a), se estipuló la posibilidad de desestimar la querella, debiéndose supeditar dicha posibilidad, a lo dispuesto en el artículo 282 del mismo cuerpo legal, específicamente para lo que nos interesa, cuando los hechos atribuidos al querellado no encuadran o encajan en ningún tipo penal; es decir, utilizando la jerga propia de la materia, los hechos son atípicos, y se dispuso en dicha norma que el conocimiento de la solicitud fiscal es resorte del tribunal del procedimiento preparatorio.

No obstante, es una práctica reiterada de los juzgados penales del país que, ante una solicitud fiscal de desestimación de la denuncia y querella por atipicidad, dirigida al tribunal del procedimiento preparatorio y sin que se haya realizado la indagatoria de la persona imputada/querellada, estos despachos devuelvan los autos al Ministerio Público, bajo el argumento de que, al tenor del artículo 309 del Código Procesal Penal, se le debe dar la oportunidad a la persona querellada de rendir declaración sobre los hechos que se le pretendieron imputar -punto neurálgico de este desarrollo- y se obliga a la fiscalía a trasladar los autos al tribunal del procedimiento intermedio, para que se realice una audiencia preliminar, conforme al numeral 316 de tal compendio normativo.

Pero no se debe dimensionar tal actuación de forma correcta a la luz de los derechos fundamentales de los y las habitantes del país y la gama de consecuencias negativas que podría acarrear la realización de dicho acto procesal -indagatoria- por demás ilegítimo e innecesario.

El incorrecto proceder de los juzgados penales

De tal manera, los juzgados penales del país han estilado -como se adelantó líneas atrás- que, en el supuesto de que el Ministerio Público solicite ante el tribunal del procedimiento preparatorio, la desestimación por atipicidad de un caso donde se haya presentado una querella (sin que se haya indagado a la persona imputada/querellada) y regresar la causa a la fiscalía, señalando en sinopsis que, al tenor del numeral 309 de nuestro Código ritual, el asunto no puede ser trasladado al procedimiento intermedio, sin que previamente se haya indagado a la persona imputada (ello debe aparejarse con lo dispuesto en el numeral 316 del Código Procesal Penal, el cual dispone para lo que nos interesa, que cuando se formule una querella, el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y convocará a una audiencia oral y privada, entre otros asuntos).

Como sustento de lo anterior, ante una consulta que versó sobre la situación objeto de este trabajo, en el oficio CAP 032-09 del 6 de julio de 2009, la Comisión de Asuntos Penales indicó lo siguiente:

[...]en el caso de la querella presentada simultáneamente con la solicitud de desestimación, el Juez debe convocar a las partes a la audiencia preliminar (artículo 316 del Cpp); en cuyo caso seguirá su trámite con los mismos efectos y consecuencias jurídicas para las partes como si fuera la acusación del órgano fiscal, solo que ejercida por el querellante [...] Como se ha visto, según el diseño del proceso penal especial previsto por el legislador, la interposición de la querella por delito de acción pública puede concluir, en esta etapa procesal, con un auto de apertura a juicio a pesar de la solicitud de desestimación que realizó la fiscalía. Esto en virtud de que el control de las solicitudes que ponen fin a la etapa predatoria corresponde ejercerlo al Juez. De manera que tanto las solicitudes de desestimación, sobreseimiento, o de apertura a juicio por acusación fiscal o del querellante pasan por el tamiz del juez [...] Como se sabe, la presentación de la querella por parte de la víctima o por la persona legitimada para ello, es equivalente a la elaboración de la acusación por parte del Ministerio Público. En ambos casos se imputa la comisión de hechos a una persona, que se consideran constitutivos de delito, para lo cual se aportan los elementos de prueba que se consideran idóneos por los petentes. En este sentido, la interposición de la querella por delito de acción pública aun cuando no esté precedida por actos de investigación policiales o fiscales, constituye el inicio del procedimiento penal y como tal surte efectos jurídicos importantes que afectan a todas las partes del proceso. Uno de los efectos más relevantes es que hace surgir el derecho de defensa del imputado [...] El derecho de defensa es, como bien se sabe, intangible e irrenunciable y por tanto no existen lapsos procesales en que no sea exigible o no deba garantizarse y así lo entiende el Código Procesal Penal en sus artículos 12 y 13. En el caso de la querella por delito de acción privada este derecho debe garantizarse desde la presentación del escrito

ante el Tribunal de juicio según lo dispone el artículo 380 del Código procesal. Mientras que para el caso de la querella por delito de acción pública, el derecho de defensa debe garantizarse desde el momento en que se presenta la querella ante el Ministerio Público (artículo 12 in fine y 13 del Cpp). De manera que es a partir de este momento que corresponde a la autoridad el asegurar su cumplimiento. En este caso el primer obligado a garantizarlo es, obviamente, el Ministerio Público. Obligación que señala la ley sin hacer distinción alguna, de manera que si en el caso concreto la Fiscalía considera que el hecho contenido en la denuncia y en la querella es atípico, tal circunstancia es una razón de más para garantizar el ejercicio pleno y oportuno de ese derecho [...] Precisamente por ser una manifestación del derecho de defensa, considera esta Comisión, que al recibirse una querella de acción pública y antes de que el Ministerio Público se pronuncie sobre ella, debe ajustarse a lo preceptuado por los artículos 12, 13, 300 y 309 del Código Procesal Penal, debiendo brindarle la oportunidad al imputado de rendir su declaración previa advertencia de los derechos que la Constitución y la Ley le confieren y solo después de haber escuchado al imputado, sería factible para el órgano acusador pronunciarse, ya sea mediante la elaboración de una acusación o la solicitud de desestimación [sic] o sobreseimiento según corresponda.

De acuerdo con lo anterior, los juzgados penales constriñen al Ministerio Público, para que “alleguen o presenten” ante los tribunales de la justicia penal, a las personas administradas que han sido ilegítimamente querelladas, por cuanto, no han cometido ningún delito (sus conductas no superan el análisis de tipicidad penal de ningún supuesto de hecho) y, consecuentemente, no existe ni siquiera un grado mínimo de sospecha o probabilidad de un actuar delictivo, para que declaren conforme a la formalidad y la hostilidad propia de enfrentar un proceso penal, sustentado su imposición para la realización de la indagatoria, en las falacias: (i) de que ello es parte del proceso instaurado y, (ii) además, es una reafirmación de su derecho de defensa. Se suscita también que, al forzar una realización innecesaria de la indagatoria, los jueces y las juezas promueven la parsimonia del proceso de manera injustificada, atentando contra los principios rectores de los servicios públicos, a saber: eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad en el funcionamiento¹¹.

Diseño procesal para el procedimiento de la desestimación de la querella por el supuesto de atipicidad

Nuestra ordenanza procesal dispone en su numeral 282:

Desestimación. Cuando el hecho denunciado no constituya delito o sea imposible proceder, el Ministerio Público solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio, mediante requerimiento fundado, la desestimación de la denuncia, la querella o las actuaciones policiales. La desestimación no impedirá reabrir el procedimiento, cuando nuevas circunstancias así lo exijan, ni eximirá al

1 ¹ Al respecto, ver la resolución identificada 18556-10, emitida en data nueve de noviembre de 2010 por nuestra Sala Constitucional.

Ministerio Público del deber de practicar los actos de investigación que no admitan demora. La resolución que admite la desestimación, se comunicará a la víctima de domicilio conocido y será apelable por esta, por el querellante, el actor civil y el Ministerio Público. Si se trata de una víctima que está siendo objeto de protección, el fiscal a cargo del caso deberá informarla de inmediato (Así reformado por el artículo 16 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, N° 8720 de 4 de marzo de 2009). (El remarcado es propio).

Aparte de la lectura de dicha norma adjetiva, en ciertos supuestos establecidos para solicitar la desestimación de la denuncia y la querella (dentro de este análisis, se excluyen los presupuestos para la desestimación establecidos en el artículo 299 del mismo cuerpo legal), para lo que nos interesa, si al aplicar el análisis de la teoría de delito, la conducta denunciada/querellada no supera el examen de tipicidad. Lo procedente es la desestimación por parte del juzgado penal de la etapa preparatoria de la causa sin necesidad de convocar a una audiencia preliminar y se excluye, expresamente, que los autos deban ser enviados al tribunal del procedimiento intermedio y que, por ello, deba ser una obligación indagar a la persona querellada, conforme lo regulado en el artículo 309 del Código Procesal Penal.

Tal diseño de enjuiciamiento criminal resulta lógico, por cuanto, el legislador previó en nuestro modelo procesal que, ante la presentación de una querella basada en cualquier disparate y que no encaje en una descripción típica, resultaría abusivo y atentaría contra el administrado/querellado, tener que traerlo ante los tribunales de justicia, para que se defienda de lo que no ha hecho o no es delito.

A pesar de lo dispuesto en el citado numeral 282, si se asevera que la solicitud fiscal deba ser conocida forzosamente por el tribunal de la etapa intermedia una vez que se haya indagado a la persona querellada ante la fiscalía, sería a todas luces una lectura incorrecta del modelo criminal diseñado por el legislador, y las juezas y los jueces penales incurrirían en una incorrecta imposición al Ministerio Público de realizar actuaciones sin mérito alguno para ello, mediante una aplicación tácita, inválida, arbitraria y deformada del principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Sobre dicho principio, nuestra Sala Constitucional ha señalado lo siguiente:

Lo anterior permite establecer como criterio propio de la Sala, que el principio de Principio de Plenitud Hermética del Ordenamiento Jurídico, que obliga a los jueces a resolver todos los conflictos que se sometan a su conocimiento, aun a falta de fuente formal escrita aplicable al caso (porque en ese supuesto deben atender al sistema en fuentes formales no escritas para integrar el derecho), no aplica en el Derecho Penal y, por tanto, no conlleva en esta rama del Derecho a que el juez deba condenar aún a falta de ley expresa, pues la analogía, que sí se permite en otras ramas del Derecho, no lo está en lo penal, por el mandato constitucional al legislador de que los delitos y las contravenciones sólo pueden estar previstos en una ley ordinaria y sólo de manera legítima si esa ley ordinaria respeta el principio de tipicidad²².

2 ² Ver la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema n.º 13426-04 del 26 de noviembre de 2004.

Se debe destacar que, con la desestimación de la querella por parte del juez o de la jueza penal de la etapa preparatoria, sin que se haya convocado una audiencia preliminar, no se le están vedando al o a la querellante sus derechos a una tutela judicial efectiva, a saber, cuenta con la garantía y la posibilidad de utilizar los medios de impugnación para acudir ante el superior jerárquico, con la finalidad de que este ejerza un control sobre la legalidad y la construcción lógica de la resolución atacada e, inclusive, podría archivarse el asunto. Si aparece algún otro medio de prueba que permita derivar la tipicidad de la conducta, el o la querellante puede aportarlo al proceso para que se valore si se ordena la reapertura de la causa, si se varían las razones por las cuales se dictó a desestimación, mientras en el asunto, la prescripción y la consecuente extinción de la acción penal no hayan operado.

Finalmente, en realidad, el dictado de desestimación por atipicidad debe traducirse como un pronunciamiento de falta de competencia para conocer del conflicto, por lo que la persona gestionante/usuario puede acudir a la respectiva competencia o sede del servicio público judicial para hacer valer sus derechos.

Derecho a la tutela judicial para la víctima/querellante y para la persona imputada/querellada

Como se indicó líneas atrás, en sentido general, la Administración de Justicia tiene como función ofrecer un servicio público esencial, cuyo objetivo es desarrollar una actividad pública prestacional, garantizando el goce de los derechos de las personas que han sido tutelados constitucionalmente, a saber: la vida, salud, libertad, seguridad de la persona y el ambiente, entre otros³³.

Dentro de esa percepción y dimensión, una víctima puede convertirse en querellante acudiendo a la dimensión prestacional de la vía penal, en ejercicio de su derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política. Pero tal derecho a tutela no es irrestricto, sino que la asistencia de los órganos jurisdiccionales en materia penal cobra vida obligatoriamente ante la existencia de un delito; *a contrario sensu*, si no existe un delito que deba ser perseguido por el Ministerio Público y juzgado por los tribunales de justicia, la persona usuaria del sistema penal deja de ser una merecida acreedora a la tutela jurídico-penal y, consecuentemente, no es posible darle trámite a su gestión en forma de querella en un proceso innecesario y antojadizo, evitándose el gasto de los exiguos recursos destinados al servicio público, tanto humanos, como de carácter pecuniario en que la Administración de Justicia incurriría de forma injustificada.

Al respecto, don Osvaldo Henderson García tiene razón, cuando asevera lo siguiente sobre el derecho al acceso a la justicia penal que las personas administradas/usuarios tienen:

3 ³Palazzo; José Luis; Domingo; Juan Sesín; Rolón Lembeye; Víctor Armando. (1992). La transformación del Estado. Buenos Aires: Ediciones De palma, pp. 50 y 55.

[...] la víctima, la mayor perjudicada, pues no buscó la vulneración en la convivencia en sociedad, sino que es un tercero quien violenta un derecho fundamental que el legislador le ha dado tal importancia que lo ha tipificado como delitos y a partir de ello, surge para la víctima un derecho constitucional de acceso a la justicia, de reparación por los daños [...]»⁴⁴.

Llegados a este punto, resulta diáfano y racional sostener que, para que una persona administrada pretenda ser usuaria del sistema penal ejerciendo una acción penal privada dentro de un proceso por un delito de acción pública (presentando una querella), debe existir de forma ineludible, sistemática y coherente una relación consubstancial tripartita entre delito-víctima-querellante; es decir, tales elementos están conectados entre sí, en un escalafón de carácter secuencial, uno a continuación del otro, de tal suerte que cada elemento posterior presupone el anterior. Por tanto, desarrollando dichos elementos de atrás hacia adelante, para que surja el derecho de presentar una querella, es necesario que la persona usuaria sea considerada como una víctima en sentido procesal penal. Pero, para que surja el derecho a ser considerado víctima, antes debió acaecer un delito demostrado y, para que una persona administrada/usuaria pueda pretender acceder a los servicios de la justicia penal mediante la presentación de una querella, es requisito esencial que los hechos querellados sean objeto de subsunción en la descripción típica de un delito.

Ahora bien, partiendo de lo dispuesto en los numerales constitucionales números 28 (principio de lesividad) y el 39 (principio del debido proceso), así como de los artículos 18 y 30 del Código Penal, podemos entender sin dificultad, con respecto al tema en cuestión, que nuestro sistema penal gravita sobre un derecho penal de acto y no de autor; es decir, para que una persona administrada sea procesada penalmente, primeramente, tuvo con sus actos que haber infringido la ley penal vigente. Así los y las habitantes de nuestro país tienen el derecho a que los jueces y las juezas de garantías penales se deban a un marco procesal contrario a la arbitrariedad y los excesos de la potestad punitiva.

No cabe la menor duda de que remitirle una orden de citación a una persona que no ha cometido delito alguno, en la cual se indiquen: un número de causa, un delito, un ofendido y que se le señale como el “imputado”, con la finalidad de que se presente para indagatoria ante la fiscalía, lo cual representa un cúmulo de problemas potenciales para esa persona, verbigracia: si se le remite la orden de citación a su sitio de trabajo, citándola frente a sus compañeros o, si algún compañero o su jefe la recibe en su lugar, le va a generar un ambiente de desconfianza total que puede desembocar hasta en su despido, de igual manera, si la remiten a su casa de habitación, y la recibe alguna persona de su núcleo familiar o empleado doméstico, puede provocarle una serie de inconvenientes en el ámbito de la intimidad de su hogar, sin querer profundizar en el estigma social *per se* que se le causa a una persona, cuando deba presentarse en calidad de imputada ante los estrados judiciales.

4 ⁴ Henderson García, Osvaldo. (2014). La evacuación de la prueba testimonial en el extranjero y los equipos conjuntos de investigación. San José: Editorial Jurídica Continental. Primera edición, pp. 17 y 18.

Exigirle a una persona administrada que se presente a indagatoria, cuando las autoridades tienen conocimiento de que los hechos querellados no superan el análisis de tipicidad penal, de ninguna manera puede interpretarse como la realización de su ejercicio de defensa. Todo lo contrario, es una manifestación en términos de justiciabilidad de un desequilibrio procesal, así como la legitimación de un procedimiento a contrapelo del juego justo y un evidente ataque directo contra el reconocimiento de los contenidos materiales de sus derechos fundamentales. Además, para el intérprete denota un alejamiento y una disociación con la realidad, los cuales no le permiten entender la significación jurídica perjudicial de dicha postura.

Conclusión

Para que una jueza o un juez penal se aparte del modelo de enjuiciamiento definido por el legislador y aplique otra disposición o procedimiento al momento de resolver un asunto, tal medida debe responder a un desarrollo progresivo de las garantías que tutelan las necesidades y ahíncos de las personas, contenidos y reafirmados en los postulados constitucionales. Igualmente, no podría responder a una inviabilidad jurídica y operativa. Efectivamente, es obvia y claramente violatorio de los derechos fundamentales más significativos para la persona administrada, si se devuelve a la fiscalía un expediente sin conocer la solicitud de desestimación presentada por atipicidad ante el tribunal del procedimiento preparatorio, para que se indague a quién ha sido ilegítimamente querellado y se remita luego el expediente al procedimiento de tribunal del procedimiento intermedio, puesto que, sin justificación alguna, se invaden los espacios vitales de su existencia y se atenta contra su felicidad. Por tanto, resulta en una actuación que excede las potestades y atribuciones de la Administración de Justicia y se aleja de una administración de los recursos financieros y humanos que sea armónica con las obligaciones a las que el sector público está sujeto en dicha temática.

Bibliografía

Palazzo; José Luis; Domingo; Juan Sesín; Rolón Lembeye; Víctor Armando. (1992). *La Transformación del Estado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Henderson García, Osvaldo. (2014). *La evacuación de la prueba testimonial en el extranjero y los equipos conjuntos de investigación*. San José: Editorial Jurídica Continental. Primera edición.

El rol y el perfil de las personas que participan en el trámite y la resolución de procesos alimentarios

*M. Sc. Gonzalo Coronado Villarreal*¹

RESUMEN

Se pretende con este artículo dar a conocer ciertas cualidades personales idóneas que se espera que converjan en quienes se encargan de tramitar la materia familiar, específicamente la de pensiones alimentarias, como modo de ayudar a encontrar una forma efectiva de reducir la mora judicial y lograr hacer cumplir el principio de justifica pronta y cumplida en materia tan sensible. PALABRAS CLAVE: pensión alimentaria/ derecho fundamental/ proceso alimentario/ acceso a la justicia/ rol y perfil de persona tramitadora.

ABSTRACT

This article is intended to disclose certain relevant personal qualities that are expected to converge on those responsible for dealing with family matters, specifically that of child support as a way to help find an effective way to reduce the backlog and achieve enforce It justifies the principle of prompt and effective on so sensitive. KEYWORDS: alimony / fundamental law / food processing / access to justice / role and profile of legal processing person.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos en que el Poder Judicial busca darle solución a un grave problema como lo es la mora judicial, se estudian y proponen nuevas formas para conseguir un trámite expedito que asegure la pronta resolución de los diversos asuntos sometidos a conocimiento de los despachos judiciales del país.

Así, en su búsqueda por mejorar y efectivizar el acceso a la justicia en materia de pensiones alimentarias, el Poder Judicial se ha interesado en implementar un modelo oral-electrónico de tramitación eficiente por medio de los juzgados modelo de pensiones alimentarias que ha creado para tal efecto. Este es el caso de los juzgados de esa especie que operan en el Primer Circuito Judicial de Alajuela, en el Segundo y Tercer Circuito Judicial de San José y en el Primer Circuito Judicial de Cartago, por citar ejemplos concretos. Se pretende extender esta implementación a los demás despachos tramitadores de dicha materia, con tal de que, poco a poco, la experiencia obtenida sirva de base a una práctica generalizada que conlleve a una gestión eficiente de los procesos alimentarios.

¹ Máster en Administración de Justicia en Relaciones Familiares, (UNA); juez de contravenciones y pensiones alimentarias.

Por tal razón, es de suma importancia exponer algunas características personales que debe tener el recurso humano encargado de tramitar los asuntos donde se reclama el derecho alimentario, principalmente, el rol y el perfil de los aplicadores del derecho: los jueces y las juezas, su personal auxiliar y la persona técnica judicial, sin la cual cualquier intento de eficiencia no sería posible.

II.- EL ACCESO A LA JUSTICIA

El tema de acceso a la justicia genera hoy una serie de discusiones a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial, en torno a la creación de una plataforma efectiva que le permita a toda persona, sin distinción de su condición social, racial, religiosa, de género, entre otras distinciones o diferencias, ejercer efectivamente el derecho que reconocen las distintas convenciones sobre derechos humanos, luego trasladadas a las constituciones nacionales, de reclamar la vulneración de algún derecho ante las instancias judiciales creadas al efecto y, principalmente, para impartir justicia para dar a cada uno lo suyo, con tal de que el ser humano no la ejerza por su propia mano.

Los entabes procesales de las inveteradas disposiciones civiles han hecho mella, digamos positiva, en el quehacer jurídico, generando lo que se ha conocido como jurisdicciones o tutelas diferenciadas, como aquel medio para procurar esa plataforma jurídico-procesal, como se mencionó, con el objeto de asegurar el ejercicio de un derecho ante el aparato judicial en forma efectiva y sin restricción alguna. Esta cuestión para nosotros no siempre sucede en el proceso civil de corte formalista, donde la ley impone su rigurosa literalidad. En ese sentido, el escritor Jorge W. Peyrano indica:

habrá tutela diferenciada cuando –excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama –se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara, tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia (Peyrano, J.W.).

Trasladada la discusión de cita al tema del derecho alimentario, se ha tratado de ir modelando la ley, tanto procesal como de fondo, con tal de que le permita acudir a todo el componente social de un Estado, a estrados judiciales para reclamar ese derecho de quienes por ley están obligados a suplirlo.

El tema no ha sido llano en relación, puesto que la experiencia forense ha evidenciado varias discriminaciones respecto de ciertas poblaciones o grupo social, imponiendo restricciones de algún tipo que dificultan o impiden el acceso a la justicia; esto es, el poder reclamar un derecho alimentario que, aunque es reconocido por ley, luego no se brindan las herramientas necesarias para su ejercicio o su efectivo reclamo.

Los promotores de la creación de las tutelas diferenciadas se proponen evitar la realidad anterior en el derecho procesal de familia en general y en el tema procesal alimentario en su particularidad, con tal de convertir al proceso alimentario en uno especial que no contenga los trabamientos de otras legislaciones procesales más formalistas como la civil, por ejemplo.

Lo que se pretende es introducir esa especialidad en el proceso alimentario para darle agilidad y efectividad al reclamo de los derechos que se discuten en su seno. Eso es lo que diversos autores dan a entender, entre ellos, José María Torres Traba, quien aduce:

Hablar de una tutela procesal diferenciada, implica para este ponente, que frente a determinados conflictos, donde se afecten derechos esenciales de la persona, necesitaremos recurrir a tipos especiales de procedimientos que difieren de los de cognición plena (Procesos ordinario y sumario), por cuanto se muestran insuficientes para atender la especializada atención que se merecen.

Partimos de estudiar a la tutela procesal diferenciada, como un procedimiento autónomo con reglas propias y flexibles, siendo el juez el facultado para ordenar el debate y el dictado de resoluciones urgentes, cuya procedencia se encuentra determinada por la naturaleza del derecho a judicializar o por la urgencia en la protección del mismo, sea conservando o innovando, para evitar con ello lesiones jurídicas irreparables.

Este montaje procesal deberá brindar al demandante un trato diferenciado y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia (Torres Traba, 2010, p. 3).

Como se indicó, se trata de asegurar sin restricciones ni discriminaciones, el acceso a la justicia de toda la población que requiera que se le reconozca la efectividad de un derecho que le pertenece.

En materia de pensiones alimentarias, la realidad judicial ha debido ir creando la plataforma procesal, con tal de que en este tema tan sensible, como lo es el derecho alimentario, reconocido como derecho fundamental del ser humano, no se tenga ningún tipo de limitación para su acceso o reclamo.

Sobre el derecho alimentario como derecho humano, también Adriana Dreyzin de Klor indica que: “Todos los TDDHHs –particularmente la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Convención de los Derechos del Niño– reconocen esta obligación universal como un derecho humano autónomo e individual”. (Dreyzin de Klor, A. 2012, p. 34).

Por tanto, estos dos conceptos, derecho alimentario y acceso a la justicia, resultan íntimamente ligados entre sí como creaciones sociales por el cual uno (acceso a la justicia), le sirve de medio al otro para su efectividad. Esta es la importancia que se ha señalado sobre el interés de los Estados suscriptores de las diferentes convenciones sobre derechos humanos, de crear una plataforma legal simple, esto es, sin mucha complejidad, que tienda a permitir el acceso efectivo al administrado, al aparato judicial llamado a reconocer derechos y hacerlos cumplir a favor de sus destinatarios.

Se podría advertir que se perjudicarían el ejercicio y la eficacia del derecho alimentario que, como personas funcionarias judiciales, estamos llamadas a proteger o garantizar. Por ejemplo, no se procuraría brindar un servicio de calidad, si las personas encargadas de atender a las partes les dan informaciones incompletas, resuelven los escritos que se presentan en forma tardía; en fin, no se haría conciencia de que los asuntos que tienen que ver con la materia de la que se habla es muy sensible y que interesa a un ser humano con necesidad de hacerse asistir en lo económico por otro que, frente a él o ella, tiene esa obligación.

Por otro lado, si, al resolver los casos sometidos a su consideración, las juezas y los jueces no tienen el conocimiento o capacitación suficientes relacionados con el tema que nos ocupa, no podrán tener la visión de género de necesaria aplicación en la materia, ni proveerán los asuntos con la premura que merecen y, por esto último, se estarían desaplicando principios rectores del proceso alimentario, tales como la celeridad, sencillez e informalidad, por citar algunos de los que rigen la materia y que pretenden hacer una tramitación célere.

Igual sucede, si por falta de capacitación y sensibilización, no se asume la función tendiente a facilitar el acceso a las partes, ni al proceso, ni a garantizarles el derecho que se pretende tutelar, si no aplicamos el trámite de oficio, respecto de la búsqueda de prueba que ahora es accesible al juzgado y respecto de la cual no es necesario recargarles su aporte a las partes.

Entonces lo propio es partir de que el componente humano que debe hacer posible el cambio para operar un proceso más célere tenga el conocimiento, la capacitación y la sensibilidad necesaria, para que tal verdad sea absolutamente posible, pues de otro modo, si no se cuenta con estas virtudes, haría del proceso alimentario uno similar a aquellos por los cuales, la ciencia jurídica y el legislador se han preocupado por independizar; esto es, convertirlo en un proceso especial.

Todo lo anterior lleva a estudiar el siguiente tema de interés, en procura de un procedimiento ágil y efectivo, en pro de asegurar justicia pronta y cumplida.

III.- EL ROL Y EL PERFIL DE QUIENES PARTICIPAN EN EL TRÁMITE Y LA RESOLUCIÓN DE LOS PROCESOS ALIMENTARIOS

Aunque no es la única rama del derecho con ese ideal, ya se había adelantado que el derecho de familia de hoy ha superado difíciles obstáculos para llegar a ser considerado una rama independiente de toda jurisdicción.

Uno de los tantos elementos de importancia en ese proceso es la figura de la persona juzgadora de familia y su equipo humano de trabajo, como una de las piezas clave en el engranaje que mueve la maquinaria familiar hacia su independencia y consolidación, tanto como en permitir bajo la dirección de la primera, que los procesos sean céleres, con tal de darles a las partes lo que a cada quien corresponda, en un tiempo relativamente corto.

Debemos analizar dentro del contexto que nos ocupa, cuál es el rol de la persona juzgadora en esta materia social-humanista, sin descuidar el perfil que una figura tal debe tener para ser merecedora de tan honorable designio: resolver conflictos familiares con visión humana y no únicamente económica o patrimonial, como sucede en otras materias del derecho, con tal de que exista paz en el componente natural y básico de nuestra sociedad, y de ahí a todo el entorno social.

El derecho de familia en general y el alimentario en específico requieren de una persona juzgadora con una actitud de constante análisis, innovaciones y replanteamientos que ayude a la materia a trascender y estar en un avance activo constante. Lo anterior se debe a que, en los procesos de familia, se plantean y debaten cuestiones que demandan cada día y conforme evoluciona la sociedad, soluciones distintas, para lo cual se debe priorizar la necesidad de dar una respuesta a las pretensiones de las partes, sin dejar de lado el derecho de fondo y de forma que rige la materia.

Esa persona juzgadora debe tener presente también las tensiones que generan el enfrentamiento entre el orden público de los intereses generales y el juego reservado a la voluntad de los y las particulares, es decir, la autonomía de la voluntad.

Por eso, es de suma importancia determinar cuál es el rol que el juez o la jueza debe desempeñar de la jurisdicción de familia y para nuestro trabajo, el particular de la materia de pensiones alimentarias, pues de ello depende el éxito de una rama social que busca, desde su ciencia, contribuir con la paz social de los y las miembros de su comunidad.

Es importante rescatar lo que la escritora Silvia Guahnon refiere sobre algunas condiciones particulares que los jueces y las juezas de lo familiar deben tener, cuando se ocupan de los diversos procesos que la jurisdicción conoce. La autora indica:

para cumplir acabadamente esta función, el juez de familia se erige en una figura protagónica, con un rol diferenciado, asumiendo concretas y ampliadas atribuciones que van desde la esfera de comando, o dirección del trámite, pasando por los mayores poderes de instrucción de las causas, a lo que se suma

una misión, al decir de Berizonce, “de apoyo y colaboración con las partes a través de la información, el consejo y el auxilio técnico (Guahnon, S., 2011).

Los roles que la persona juzgadora debe ejercer en la materia que nos ocupa son amplios, puesto que su desempeño, bueno o malo, óptimo o deficiente, incide directamente en una aplicación certera de la justicia o no, lo cual es lo que las partes buscan al acudir a la vía jurisdiccional para resolver sus diferendos.

Para asegurar ese buen desempeño, el juez o la jueza debe tener también características apropiadas; debe ser una persona conciliadora, tolerante, acuciosa; debe actuar de oficio, entre tantas formas de manifestar un buen desempeño, en función de dar un buen servicio, por un lado, y lograr propiciar la tan esperada justicia pronta y cumplida, por otro.

Dentro de las cualidades de las que hablábamos, el ser conciliador por sí solo no es suficiente, sino que bien debe asociarse y ponerse en práctica esa característica o parte del perfil de la persona juzgadora, junto con los principios básicos de un sistema de oralidad, como puede ser, el de la inmediación, por ejemplo, ese contacto cercano con las partes, de modo tal que la persona juzgadora no sea vista como un ser intocable, sentada en su trono, donde se yergue como omnipotente. Por el contrario, debe ser percibida como la persona humanista que las partes conciben, como aquel o aquella que se preocupa por entenderlas; quien se involucra directamente, tanto en la escucha como en la decisión final del proceso, que tiende a ayudar a conseguir un acuerdo beneficioso para ambas partes, pues de esa manera se humaniza el proceso, además del contacto directo del juez o de la jueza con las partes, para tener una visión más personalizada del asunto concreto y así poder dar un veredicto más apegado a la realidad que las propias partes le han transmitido directamente.

La doctora Guahnon señala al respecto:

En cuanto a la inmediación y función conciliadora, las partes en el proceso no deben aparecer como extrañas ante el juez. De allí la conveniencia de la vigilancia atenta del mismo, tomando medidas adecuadas en tiempo oportuno, convocándolas a audiencias para oírlas personalmente cuando la índole del conflicto lo requiera, pues en la mayoría de los casos lo concertado tiene mayor grado de acatamiento que lo impuesto. Y esta importante función conciliadora requiere, al decir de Falcón, de un juez que distinga lo esencial de lo accidental, lo importante de lo banal, que trate de establecer la comunicación rota entre las partes, desentrañando cuáles son sus intereses reales y qué opciones se presentan, para tratar de llevar el planteo hacia criterios objetivos (Guahnon, S.V., 2011).

Otra característica importante del actuar del juez o de la jueza frente al tema que nos ocupa tiene que ver con la actuación oficiosa, con tal de humanizar el proceso, puesto que, como se indicó, se trata de no recargar en las partes la tramitación del proceso, ni hacer llegar al proceso todo aquello, bien sean pruebas o demás, que la misma autoridad puede requerir de oficio.

En este caso, se toma en cuenta que se trata de un procedimiento gratuito y, por otro lado, que el factor pobreza es uno de los principales componentes de un proceso, donde se discute el derecho alimentario, pues en la mayoría de los casos se acude a él, porque no se cuenta con los recursos necesarios para sobrevivir por sí mismo y, con mucha más razón, se propiciará tal realidad, si se imponen cargas a las partes que, por falta de recursos económicos, no podrán cumplir.

Pero también hay que tomar en cuenta lo expuesto por Guahnon y que tiene que ver con el hecho de que no obstan el rol ni el perfil que se exigen al juez o a la jueza de lo familiar, para su buen desempeño y, con ello, tener facultades amplias, con tal de cumplir a cabalidad con el cometido de la materia, para considerar que los poderes que la persona juzgadora debe tener para cumplir con su labor deben tener límites, pues su desempeño no debe ser ilimitado.

En este punto, Guahnon afirma:

En este orden de ideas, considero que esos poderes y facultades tienen que ejercerse con límites. Límites que van a estar dados por el respeto de la jurisdicción a las decisiones que tomen las partes y que afectan sus propias vidas y la de sus hijos (Guahnon, S.V., 2011).

De acuerdo con la escritora citada, creemos que es importante rescatar que a nada conduciría una elaboración de un proceso familiar con amplias facultades de desempeño para la persona juzgadora, si, a su vez, esta no cuenta con la vocación para ejercer tal función. En este caso, para poder ejercer la judicatura, principalmente, la que tiene que ver con la atención de procesos de familia, como característica, la vocación es importante, pues a partir de ella todo lo demás fluye, en función de un buen desempeño profesional que se traduce en satisfacción de la persona usuaria.

En tal sentido, véase, por ejemplo, que un verdadero interés por la función jurisdiccional de lo familiar hace que el juez o la jueza se preocupe por mejorar sus conocimientos, con tal de conocer las posibles causas de los conflictos y sus formas más adecuadas para su resolución, según las nuevas tendencias existentes en el medio nacional y en otras latitudes.

También, facilita la interacción con otras disciplinas auxiliares de lo jurisdiccional, no con el afán de que estas sean las que resuelvan el caso, sino más bien, para que, apoyadas en aquellas, se dé a las partes una explicación científica del porqué de determinada resolución; pero siempre la persona juzgadora será la decisora del conflicto.

En ese sentido, Guahnon indica:

Todo lo dicho, unido a lo expuesto en cuanto a la actuación oficiosa del juez, no solamente en materia cautelar de familia sino también en el impulso del proceso y en la actividad probatoria, hace que los jueces de familia deban tener especial versación en el abordaje de estos conflictos. Este abordaje exige condiciones subjetivas propias. En primer lugar, tiene que contar con una vocación particular hacia este tipo de cuestiones. En segundo lugar, dicha tendencia natural se ha de desarrollar mediante una adecuada formación en derecho de familia y complementarse con una apertura hacia otras asignaturas que permitan comprender los problemas humanos (Guahnon, S.V., 2011).

En relación con el tema de los roles y el perfil del juez y de la jueza de familia, aplicable en nuestro caso, a la materia de pensiones alimentarias, otras personas autoras dan otras pautas. Ese es el caso de la doctora María Mercedes Sosa, quien apunta:

El derecho de familia requiere un fuero especializado a cuyo frente se encuentre un juez comprometido con el propósito de brindar adecuada y oportuna tutela a los planteos de diferentes matices que se efectúan en su ámbito.

Demanda una participación procesal activa del juez que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias (Sosa, M. M., 2007, p. 1).

Por último, esta misma autora indica que, para dar forma a la humanización de este tipo de procesos y, principalmente, de la justicia que se relaciona a ellos:

no esté ausente” porque las personas quieren ver al juez, hablar con él, transmitirle sus parcelas de verdad, sus angustias, necesidades y expectativas, y por sobre todo, desean tener contacto con la persona destinada a tomar una decisión sobre sus vidas en conflicto. (Sosa, M. M., 2007, p. 1).

Sin pretender agotar con las citas anteriores los criterios sobre el rol y el perfil de la persona que tramita la materia alimentaria, véase cómo la doctrina trata de ir construyendo un perfil de la persona juzgadora de familia que, junto al rol que debe desempeñar, asegure un proceso humanista, pues el que nos corresponde, por ejemplo, el de pensiones alimentarias, requiere que esa persona juzgadora no se limite a lo descrito en la ley, sino una que interprete a propósito de su vasto conocimiento de la materia, las diferentes circunstancias en que las partes se encuentran, frente a un conflicto determinado.

De esta manera, se insiste en que solo así, una jurisdicción como la que resuelve casos de derecho alimentario puede crear los mecanismos necesarios y suficientes para facilitar el acercamiento de las partes al proceso, donde se definirán tanto el tema que interesa, como el trato que debe dárseles dentro del proceso, el cual debe ser humanista, poniendo a las partes como el centro u objeto del proceso en sí.

Para Sosa, se debe garantizar esa humanización:

como principio estructural del proceso se impone la oralidad y la concentración de los actos para garantizar una razonable duración –real- del litigio. El juez debe valerse del trato directo y personal con las partes a través de las audiencias, buscar un diálogo y consenso continuos que se traduzcan en acuerdos parciales, para dar sustento con posterioridad a los acuerdos definitivos (Sosa, M. M., 2007, p. 1).

Como punto final, la sumatoria de todas esas características deberían componer a la persona juzgadora y permitirá el cumplimiento de labor tan encomiable y de gran importancia para las partes del proceso, el cual pretende directamente asegurar un derecho de corte humano fundamental como lo es el alimentario. Así surge la necesidad de que la persona juzgadora permeada de un perfil especial y distinto de los que tradicionalmente les asignan a las demás personas con ese designio, pueda construir, a partir de la ley vigente, mecanismos procesales que puedan resolver el caso con prontitud, sin perjudicar los derechos fundamentales de las partes en litigio.

Ojalá esa resolución fuera siempre en procura de la desjudicialización del proceso, con tal de que por medio de la conciliación, por ejemplo, las partes alcancen el ideal de justicia que persiguen al acudir a la vía judicial.

Ciertamente, nos hemos ocupado de ponderar el rol y el perfil de la persona juzgadora de la materia familiar en general y en la materia alimentaria en específico. Sin embargo, consideramos que todas esas cualidades no deben estar ausentes en aquella parte esencial de todo despacho judicial como lo es el personal (persona técnica judicial) que, bajo la directriz de la persona juzgadora, coadyuva a hacer efectivo el acceso a la justicia a las partes del proceso.

Con base en la experiencia forense, rescatar la necesidad de que además el personal de un juzgado que tramita la materia alimentaria debe tener o desarrollar otras virtudes se impone como obligatorio, si se quiere que el proceso alimentario se resuelva rápido, interiorizando que se trata de un asunto con características de humanitario.

A nuestro criterio, se requiere que el componente humano también sea estratega, polifuncional e innovador.

Ahora que se ponen en práctica las conciliaciones tempranas en los procesos alimentarios, la primera característica resulta de gran necesidad para tejer una red de contactos, en aras de citar a las

partes dentro de los diez días luego de llegada la demanda al despacho. Para ello es necesario el diligenciamiento de citas con colaboración de la Fuerza Pública o bien, de las oficinas centralizadas de notificaciones y, por ello, es esencial que la persona técnica judicial encargada de ese trámite realice coordinaciones eficientes. Lo anterior se impone como necesario en un despacho donde se procura minimizar la pérdida de señalamientos y recursos al Estado.

La segunda característica: contar con un personal que se adapte a cualquier función que se le encomiende y que además sea eficiente en su desempeño resulta de gran provecho en un juzgado que tramita la materia alimentaria. El beneficio que se obtiene de un personal con similar característica es que el trámite de los diversos asuntos que se conocen en un despacho de dicha materia no se paraliza o entra en mora por la ausencia de quien usualmente realiza dicho trámite.

Por último, la tercera característica es esencial para idear formas novedosas de tramitación de los asuntos, una vez que los principios de sencillez e informalidad que informan al proceso alimentario lo permiten, siempre y cuando se respete el debido proceso y no se cause indefensión a las partes para hacer más expedito el trámite y/o la atención de la persona usuaria, por ejemplo.

IV.- CONCLUSIONES

El derecho alimentario, como derecho fundamental, requiere para su efectividad de un procedimiento sencillo, informal y expedito.

La Ley de Pensiones Alimentarias resulta ser el marco normativo base propuesto, tendiente a efectivizar aquel derecho humano de cita, complementado con otras disposiciones similares que, en conjunto, establecen derechos y obligaciones, tanto para quienes brindan la ayuda alimentaria, como para quienes la reciben:

Que el recurso humano que compone un juzgado tramitador de la materia de pensiones alimentarias tenga el perfil, desempeñe el rol que el trámite de la materia alimentaria requiere y además, logre trabajar en equipo, es la única forma de superar la mora judicial, las constantes quejas de la persona usuaria, el estrés laboral y con ello el deterioro de la imagen del despacho en específico y del Poder Judicial en general; todo enfocado a brindar un servicio de calidad.

BIBLIOGRAFÍA

Belluscio, Claudio Alejandro. (2006). *Prestación alimentaria: Régimen jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Dreyzin de Klor, Adriana. (2012). *El derecho internacional de familia en la postmodernidad*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Fuentes electrónicas

Guahnon, Silvia. (2011). *El juez de familia, su perfil actual y los límites de su actuación*. Recuperado de:

<http://estudiojuridicobritosferreyra.blogspot.com/2011/08/el-juez-de-familia-su-perfil-actual-y.html>

Navarro Carpio, Ana Lucrecia. Tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho. *La hipoteca dentro del proceso de pensiones alimentarias*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2012. Recuperado de:

Peyrano, Jorge. *PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TUTELA DIFERENCIADA*. Recuperado de: https://www.google.co.cr/#hl=es-419&gs_rn=8&gs_ri=psyab&tok=6LYqJi8LHZR27dMq3EDBqQ&pq=las%20tutelas%20procesales%20diferenciadas.%20aspectos%20pr%C3%A1cticos%20que%20justifican%20su%20sistematizaci%C3%B3n&cp=56&gs_id=9&xhr=t&q=PRECISIONES%20SOBRE%20EL%20CONCEPTO%20DE%20TUTELA%20DIFERENCIADA%20%09%09%09&es_nrs=true&pf=p&sclient=psy-ab&oq=PRECISIONES+SOBRE+EL+CONCEPTO+D+E+TUTELA+DIFERENCIADA+%09%09%09&gs_l=&pbx=1&bav=on.2,or.r_cp.r_qf.&fp=b7cd2308f6763af8&biw=1241&bih=567&bs=1

Sosa, María Mercedes. (2007). *El rol del juez en el proceso de familia*. Recuperado de: <http://www.juscorrientes.gov.ar/informacion/publicaciones/docs/roljuezprocesoflia.pdf>

TorresTraba, José María. *Las tutelas procesales diferenciadas. Aspectos prácticos que justifican su sistematización*. Recuperado de: https://www.google.co.cr/#hl=es-419&gs_rn=8&gs_ri=psy-ab&tok=77HWh1LSocgLfNq7fTVTmQ&cp=90&gs_

¿ES NECESARIO EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN?

Francisco Sánchez Fallas
juez del Tribunal de Pérez Zeledón

RESUMEN: se expone en el artículo la estructura dual, objetivo/subjetiva, generalmente admitida de las causas de justificación o tipos permisivos, y se presentan algunos puntos de vista con el fin de modificar esa estructura para trabajar con una justificación puramente objetiva. Esos puntos de vista se relacionan, por una parte, con la función de los tipos permisivos en el esquema general de la teoría del delito, y por otra, con el principio de lesividad.

Palabras clave: tipos prohibitivos, tipos permisivos, causas de justificación, justificación objetiva, justificación subjetiva, congruencia del tipo permisivo,

1. A modo de introducción

Según la doctrina generalmente aceptada, las causas de justificación o tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja que requiere junto a la existencia de elementos objetivos definidos normativamente, la concurrencia de aspectos subjetivos que exigen que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de la existencia de esos elementos objetivos.

En ese sentido, en un libro de reciente publicación, se señala que en las causas de justificación

*[...] se distingue una doble vertiente: objetiva y subjetiva. A su vez, en la parte objetiva existe un presupuesto de hecho, que es la situación fáctica previa que desencadena la capacidad de actuar de modo lícito vulnerando un bien jurídico [...] Por su parte, el aspecto subjetivo presenta una estructura similar al dolo, pues también requiere un elemento cognoscitivo, que exige que quien actúa bajo una causa de justificación, conozca que concurre el presupuesto de hecho que habilita para actuar justificadamente [...]*¹.

La existencia de ambos elementos, objetivo y subjetivo, conforma la llamada congruencia del tipo permisivo², concepto del que se deriva la exigencia de que ambos elementos deben concurrir para poder aplicar una determinada causa de justificación.

La vertiente subjetiva en las causas de justificación ha sido reconocida, de forma constante, por la jurisprudencia nacional y, al respecto, se dispuso lo siguiente:

*[...] No obstante, para que la mencionada causa de justificación nazca a la vida jurídica es necesario que exista una congruencia entre el tipo objetivo de la permisión y el tipo subjetivo de ella. En otras palabras, deben concurrir los requisitos objetivos señalados en el artículo 27 del Código Penal: una situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, que el peligro sea actual o inminente, que no haya sido provocado voluntariamente por el justificado, que no sea evitable de otra manera, y que exista la necesidad de una ponderación de bienes para escoger la defensa de aquél más importante, y, además, aspectos de conocimiento del sujeto actuante que coincidan con esos elementos objetivos de la justificante. La valoración jerárquica de bienes es propia exclusivamente del tipo permisivo contemplado en el artículo 27 del Código Penal, la legítima defensa (artículo 28 del Código Penal), por ejemplo, no requiere el examen de los bienes jurídicos en concurrencia o peligro sino que son otros sus requisitos objetivos y subjetivos los que la ley le ha previsto. Estos requisitos objetivos deben concurrir necesariamente junto con requisitos de carácter subjetivo. A este suceso de concurrencia es a lo que se refiere la doctrina como tipo permisivo congruente [...]*³.

Al respecto, y en el mismo sentido, Sancinetti señala, desde una perspectiva finalista, que el tipo objetivo de la causa de justificación, por sí solo, carece de toda significación en cuanto la exclusión del ilícito⁴.

No obstante, resulta válido cuestionar, si tratándose de los tipos permisivos o causas de justificación, estos deben replicar, necesariamente, la estructura compleja que corresponde a los tipos prohibitivos, y si, en consecuencia, requieren de la concurrencia de un elemento subjetivo para su aplicación.

En este breve trabajo, se exploran, básicamente, dos puntos de vista. Según estos no es necesario el elemento subjetivo de justificación para aplicar un tipo permisivo: uno de ellos se halla relacionado con la función de los tipos permisivos en la sistemática de la teoría del delito, y el otro es referente al principio de lesividad.

2. Función de los tipos prohibitivos y de los tipos permisivos en el derecho penal

Siguiendo a Roxin^{<?>5}, debe indicarse que el tipo prohibitivo y el tipo permisivo cumplen, en la sistemática de la teoría del delito, funciones político-criminales diversas. En lo que respecta al tipo penal o tipo prohibitivo, este reúne la descripción de las circunstancias que fundamentan el contenido del merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito; es decir, contiene todos los elementos y características que hacen que una conducta deba ser considerada; por ejemplo, hurto, estafa u homicidio: desde esa perspectiva, primigeniamente fundamentadora de la sanción penal, los tipos prohibitivos están sujetos, necesaria e irremediabilmente, al principio de legalidad como garantía para la ciudadanía frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Esa función de garantía es expuesta por Silvestroni:

[...] De la premisa de que el delito es una acción, se deriva la necesidad de que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible, la conducta penalmente relevante que será objeto de desvaloración jurídica. La herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización es el tipo penal al que se define como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante. Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo esa función [...]^{<?>6}.

En consecuencia, el tipo penal, en tanto portador de los elementos que hacen a la valoración social negativa de una determinada conducta, debe contener los elementos constitutivos de la punibilidad, de forma tal que ahí la conducta que merece castigo se encuentre definida en todos sus extremos.

Por su parte, los tipos permisivos o causas de justificación tienen una función distinta en la sistemática de la teoría del delito, en tanto son institutos que hacen que una conducta típica no sea considerada antijurídica y, en consecuencia, eximen de responsabilidad penal y civil, a la persona que actúa bajo las circunstancias de hecho que las configuran.

Desde esa perspectiva, los tipos permisivos pueden ser considerados como dispositivos aseguradores de espacios de libertad frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que, en consecuencia, no se ven limitados en forma alguna por el principio de legalidad, lo que da cabida a pensar en la posibilidad de construir causas de justificación más allá de las definidas en el Código Penal^{<?>7}.

Usando la terminología desarrollada por Bobbio^{<?>8}, podemos indicar que los tipos permisivos son, en su mayoría^{<?>9}, normas jurídicas no sancionadas, es decir, normas que no llevan aparejada ninguna consecuencia desfavorable en caso de incumplimiento, en este caso por tratarse del ejercicio facultativo de derechos subjetivos que atañen al ámbito de autoorganización de la vida privada.

3. Estructura generalmente aceptada de los tipos permisivos

Tal y como se ha señalado, usualmente se considera que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura dual o compleja. Castillo señala que “[...] *se hace un paralelismo entre los elementos del tipo objetivo y subjetivo a nivel de la tipicidad y con las causas de justificación [...]*”^{<?>0}, y la misma idea es expuesta por Küper quien señala “[...] *La comprobación de la tipicidad de un delito (doloso) debe llevarse a cabo en el orden objetivo y subjetivo del tipo [...]. El mismo fenómeno aparece nuevamente en el segundo escalón de la estructura del delito, esto es, la antijuridicidad: las causas de justificación se componen de características objetivas y de elementos subjetivos de justificación [...]*”^{<?>1}.

Por su parte, Sancinetti^{<?>2} apoya la conformación objetivo/subjetiva de las causas de justificación, pues señala que detrás de ella “[...] *está la idea -sin duda correcta- de ver los preceptos permisivos, al igual que las normas, como proposiciones dirigidas a la motivación de la conducta [...]*”; señala este autor que “[...] *así como quien no reconoce estar matando a un hombre no puede ser motivado por la prohibición de matar a otro, así tampoco puede motivarse en la permisión quien no reconoce los presupuestos de la exclusión del ilícito [...]*”.

No obstante, tal y como correctamente se ha hecho ver en doctrina, esa pretensión de mantener una estructura objetivo/subjetivo en los tipos permisivos es consecuencia de un afán de simetría mal entendido, el cual parte de conceptualizar la justificación como la simple derogación de la prohibición, pretendiendo así definir los permisos desde las prohibiciones, cuando en realidad la justificación tiene una naturaleza distinta que tiene que ver, más bien, con la reafirmación de la libertad personal^{<?>3}.

4. ¿Por qué los tipos prohibitivos tienen una estructura compleja?

Cuando hablamos de “estructura compleja”, hacemos referencia a la necesidad de que concurren elementos objetivos y subjetivos para poder aplicar un determinado tipo penal.

Tal y como Castillo^{<?>4} señala, el tipo penal se caracterizaba por ser objetivo y no valorativo, es decir, no incluía ninguna consideración de tipo subjetivo, que fuera relegada a la categoría de la culpabilidad. Sin embargo, en virtud del surgimiento de la teoría finalista de la acción, se incluyeron en el tipo penal el dolo y otras características subjetivas, lo cual llevó a distinguir entre elementos descriptivos y normativos del tipo.

En nuestro país, es esencialmente a partir de la sentencia 446-F-92 de la Sala Tercera de la Corte, cuando se empieza a trabajar con el concepto de tipo complejo, señalando en lo que interesa:

[...] el Código Penal exige un dolo de tipo o dolo natural (dolus naturalis), de modo que el tipo se compone de un aspecto subjetivo (tipo subjetivo) integrado alternativamente por el dolo natural o la culpa y, un aspecto objetivo (tipo objetivo) compuesto de los elementos descriptivos, elementos normativos y condiciones personales constitutivas de la infracción [...].

Esta afirmación no conlleva necesariamente a pensar que nuestro derecho penal trabaje con un esquema finalista, el cual por sus características asume una conformación dual -objetiva/subjetiva- del tipo penal. Se trata, más bien, de que en razón de la regulación que el artículo 35 del Código Penal hace del error de prohibición vencible, una visión armónica y sistemática del diseño legal de la teoría del delito nos lleva a la conclusión de que, necesariamente, debemos trabajar con una estructura dual del tipo penal. Se trata pues de una conclusión más de índole normativa que dogmática.

Los tipos penales prohibitivos tienen, con toda claridad, una función motivadora, en el sentido de que, a través de la definición de determinadas conductas como delito, en tanto lesionan bienes jurídicos socialmente relevantes, y mediante la atribución consecuente de una sanción a quien las cometa, se busca que las personas no incurran en ellas. Respecto de esta función preventivo/motivadora de la norma penal, se ha señalado:

[...] en la medida en que la norma está señalando de forma anticipada cuál es la forma en que no debe ser utilizada por los actores sociales para la solución del conflicto, se puede decir que su función es prevenir de un modo general, esto es, prevenir en el sentido de advertir, que, si se realiza la conducta prohibida o se omite la conducta mandada, el Estado reaccionará aplicando la pena [...] ⁵.

Esta función motivadora de la norma penal ⁶ está íntimamente relacionada con la función de prevención general de la pena, al punto de que, como Schünemann ⁷ señala, el fin que el derecho penal persigue consiste en evitar comportamientos socialmente lesivos mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a derecho.

Es claro que, para definir lo prohibido, sí resulta relevante el aspecto subjetivo de la acción, porque el reproche penal, que puede derivar en la aplicación de una sanción, se completa solo en el momento en que la persona, además de que realiza una acción típica, tiene conocimiento de las características de la acción que está ejecutando y tiene además la voluntad de realizarla.

Por tanto, en caso de que exista algún error en el sujeto activo que le impida conocer que estaba realizando la acción prevista en determinado tipo penal, es de aplicación la figura del error de tipo que elimina toda consideración sobre la tipicidad de la acción. Es decir, para el reproche o valoración negativa de una conducta, no se puede prescindir del aspecto subjetivo de la acción, por lo que no se puede castigar a quien no conoce el hecho que realiza. Como mínimo, se requiere de ese conocimiento y de la voluntad que le es correlativa, y es por ello que la tentativa resulta punible. Esta figura castiga esencialmente la finalidad de realizar una acción típica que lesione un bien jurídico, aunque esa lesión, en definitiva, no se haya llegado a dar por causas ajenas a la persona autora de la acción.

5. Crítica a la estructura dual de los tipos permisivos

No obstante, es posible preguntarse si ese paralelismo o estructura dual, objetivo/subjetiva debe existir en las causas de justificación, o lo que es lo mismo, debemos preguntarnos, qué función cumple el aspecto subjetivo en una causa de justificación. Es decir, hasta dónde es importante que la persona que actúa objetivamente bajo una causa de justificación conozca de la existencia de la llamada situación objetiva justificante?

5.1. En mi opinión, la respuesta a estas interrogantes pasa, en parte, por entender la función motivadora que corresponde a los tipos permisivos, la cual no es la misma en los tipos prohibitivos.

Si bien es cierto, como ya se indicó, Sancinetti hace ver que no puede motivarse por la permisión quien desconoce los presupuestos que excluyen el ilícito, esa aseveración no es, en mi criterio, correcta. En primer lugar, siendo los tipos permisivos, en su mayoría^{<?>8}, normas facultativas, es decir, se trata de conductas que pueden ser realizadas o no libremente por la persona, carece de sentido hablar de la existencia de una “*motivación*” de relevancia penal, para actuar de una u otra forma.

Si bien, el hecho de que una persona conozca acerca de la existencia de un determinado tipo permisivo puede llevarla a actuar de manera lícita y permitida, no tiene sentido analizar esa “*motivación*”, puesto que, en tal caso, no procede formular juicio de reproche alguno. Cabe agregar que si los pensamientos antisociales, siempre que no trasciendan al exterior, resultan penalmente irrelevantes, sería un sinsentido indagar y/o reprochar los pensamientos o motivaciones que, más bien, desembocan en actos externos promovidos por el ordenamiento jurídico o ajustados a este.

La función de motivación en los tipos prohibitivos no tiene las mismas características que la motivación que pueda darse a través de los tipos permisivos. En lo que respecta a los tipos prohibitivos, es decir, los que definen como delito determinadas conductas, las personas se ven movidas a ajustar su conducta a la previsión legal, pues de lo contrario, pueden ser castigados con una determinada pena, ya que en ese proceso es especialmente importante la certeza que se tenga de que se puede ser castigado: es entonces una motivación que opera como disuasión.

Pero en los tipos permisivos, esa disuasión es contraproducente, puesto que más bien lo que se busca es transmitir a las personas la idea de que si actúan de la forma autorizada por una determinada causa de justificación, lo hacen con apoyo jurídico suficiente, al punto de que su conducta será

acorde al ordenamiento jurídico. Y si a ello se suma la consideración de que los tipos permisivos son, generalmente, normas facultativas, resulta claro que estos no tienen una función motivadora de la misma naturaleza que la que corresponde a los tipos prohibitivos.

En definitiva, podemos señalar que con el derecho penal no se pretende premiar a alguien por sus buenas acciones^{<?>9}, sino que más bien de lo que se trata es de limitar las posibilidades de aplicar el *ius puniendi* estatal.

5.2. Desde otra perspectiva, existen razones vinculadas al principio de lesividad, las cuales hacen incorrecto el análisis o la exigencia de aspectos subjetivos en el nivel de la antijuridicidad.

El principio de lesividad, que permea no solo la categoría de la antijuridicidad sino también toda la teoría del delito, es esencialmente de naturaleza objetiva, al punto de que según el artículo 28, párrafo segundo de la Constitución Política lo señala: “*las acciones privadas que no causen daño ni perjudiquen a tercero, quedan fuera del alcance de la ley*”, siendo el daño un elemento externo del hecho: si ese daño no es socialmente relevante, la conducta no resulta materialmente antijurídica.

Por tanto, es fundamental, para establecer la antijuridicidad de una acción o no, determinar cuál es el daño objetivo causado por la acción típica y disponer si este es relevante, pues solo de esa forma resulta legítimo imponer la sanción prevista en el tipo penal^{<?>0}.

Cuando nos encontramos frente a una acción típica que solo está objetivamente justificada; es decir, respecto de la cual no concurre la justificación subjetiva, nos encontramos, en definitiva, frente a un resultado que resulta conforme a derecho. La existencia de la justificación objetiva implica que el resultado obtenido no es desvalorado socialmente, puesto que se produjo en circunstancias externas que lo hacen socialmente adecuado. Se tratará, por ejemplo, del caso de una persona que dispara contra otra ignorando que esta última está empuñando un arma con la cual pretendía, sin motivo válido, atacarlo y darle muerte, de forma que, con el disparo y, sin saberlo, responde de manera necesaria a una agresión ilegítima^{<?>1}.

En tales casos, calificar la conducta como antijurídica carece de sentido último e implica una sanción de las motivaciones internas de la persona, ya que, si bien al momento del hecho, el sujeto activo desconocía que se daban las circunstancias objetivas de un tipo permisivo, el resultado finalmente obtenido, es decir, la salvaguarda de la vida y/o integridad física de la persona que estaba siendo agredida ilegítimamente resultan objetivamente ajustadas a las expectativas sociales.

La antijuridicidad material resulta ser un instrumento que permite ajustar en la práctica la respuesta penal a las características del caso concreto, lo cual resulta muy difícil de realizar desde la tipicidad, dado que la realidad social es mucho más rica y variada que las previsiones generales y abstractas que el legislador pueda realizar.

Así, tal y como Rivera ha señalado, la antijuridicidad material constituye un “[...] *punto de unión entre realidad (dimensión social del derecho) y valoración jurídico penal* [...]”², dotando a la praxis judicial de un sentido de utilidad social que no puede menospreciarse.

6. Conclusión. Si bien es cierto es un lugar común señalar que los tipos permisivos, al igual que los tipos prohibitivos, tienen una estructura compleja que incluye elementos objetivos y elementos subjetivos, existen buenas razones para apartarse de esa concepción y abogar por una conformación simple, puramente objetiva, de las causas de justificación. Por una parte, al liberar a la justificación del componente subjetivo, se reducen las exigencias para poder excluir la antijuridicidad de la conducta, ampliándose de tal manera el ámbito de libertad personal. La supresión de la justificación subjetiva es además una consecuencia de reconocer que la naturaleza y la función de los tipos permisivos difieren, esencialmente, de la naturaleza y la función de los tipos prohibitivos. Asimismo, al prescindir del elemento subjetivo de justificación, se reconoce que la categoría de la antijuridicidad es, esencialmente, de carácter objetivo, conclusión que viene impuesta por la prevalencia del principio de lesividad como límite al *ius puniendi* estatal.

La usucapión de bienes inmuebles en la jurisprudencia costarricense, durante el periodo 2010-2014

Carlos Eduardo González Mora

Sumario. Introducción. Para que opere la usucapión, es necesaria la concurrencia de varios requisitos. Si falta uno solo de ellos, no opera la prescripción adquisitiva. El título traslativo de dominio no debe confundirse con la posesión ni resulta de la mera tenencia del inmueble. La posesión no equivale ni sustituye al título. La posesión adquirida en virtud de un título no traslativo no es apta para la usucapión. Los actos facultativos o de simple tolerancia no dan derecho de posesión, pues esta requiere tanto el *corpus* como el *animus*. La usucapión opera cuando el título de transmisión o adquisición es *a non domino*. En materia civil, algunas personas juzgadoras señalan que es jurídicamente imposible adquirir por usucapión un bien inmueble inscrito. En materia agraria, sí es posible adquirir por usucapión un bien inmueble inscrito. Los convenios traslativos de dominio, según su cuantía, requieren documentarse, de modo que en materia civil los testimonios no son aptos para ese fin. En materia agraria, los criterios de apreciación de la prueba son más amplios y pueden basarse en normas de derecho o equidad.

RESUMEN EJECUTIVO

En este ensayo se pretenden mostrar los criterios vigentes en las materias agraria y civil, en torno a la figura de la usucapión de bienes inmuebles, emanados de algunos tribunales superiores agrarios y civiles de San José y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en procesos ordinarios, durante el periodo 2010- 2014, usualmente coincidentes, aunque, en ocasiones contrarios, pese a que ambas ramas del derecho parten de una misma base normativa.

Se presenta también una breve reseña doctrinal y normativa, con el fin de tener una visión general del origen y evolución del instituto de la usucapión y de las tendencias actuales en cuanto a su regulación a nivel internacional. El tema es de gran vigencia y actualidad, dada la afirmación de un sector de la judicatura que afirma que no es posible usucapir sobre los bienes inmuebles.

En resumen, dichos criterios destacan que para la usucapión es necesaria la concurrencia de varios requisitos, entre estos el título traslativo de dominio, por lo cual al faltar uno solo de ellos, no opera la prescripción adquisitiva. El título traslativo de dominio no debe confundirse con la posesión ni resulta de la mera tenencia del inmueble.

La posesión no equivale ni sustituye al título. La posesión adquirida en virtud de un título no traslativo no es apta para la usucapión. Los actos facultativos o de simple tolerancia no dan derecho de posesión, pues esta requiere tanto el *corpus* como el *animus*. La usucapión opera cuando el título de transmisión o adquisición es *a non domino*.

Algunos tribunales civiles señalan que es jurídicamente imposible adquirir por usucapión un bien inmueble inscrito. En materia agraria, sí es posible la usucapión contra tábulas. En materia civil, los convenios traslativos de dominio, según su cuantía, requieren documentarse, de modo que los testimonios no son aptos para ese fin. En materia agraria, los criterios de apreciación de la prueba son más amplios y pueden basarse en normas de derecho o equidad.

PALABRAS CLAVE: usucapión, prescripción adquisitiva, título traslativo de dominio.

ABSTRACT

In this essay is to show the current criteria in the agrarian and civil matters, around the figure of the adverse possession of real estate, emanating from some Agrarians and Civil High Courts of San Jose and the First Chamber of the Supreme Court, in ordinary processes usually coincide during the period 2010- 2014, although sometimes opposites, although both branches of law rules stem from the same base. a brief doctrinal and regulatory review, this in order to have an overview of the origin and evolution of the Institute of usurpation and current trends is also presented in terms of international regulation. The issue is of great force and present, given the assertion of a sector of the judiciary is not possible usucapir claims on real estate. In summary, these criteria include that the concurrence of several requirements, among them the deed transferring ownership, is required for adverse possession so to miss one of them, does not operate acquisitive prescription. The deed transferring ownership should not be confused with the possession or results from the mere possession of the property. Possession is not equivalent or substitute the title. Possession acquired under a non traslativo title, is not suitable for adverse possession. Physicians acts or mere tolerance is not entitled to possession, as this requires both the corpus and the animus. The title "usucapión" operates when the transmission or acquisition is a non domino. Some civil courts say it is legally impossible to acquire by adverse possession a registered real estate. To farming it is possible adverse possession against tabulae. In civil matters, conveyances agreements domain, according to their amount, require documented, so that the testimonies are not suitable for this purpose. In agricultural matters, the assessment criteria of the test are wider, can be based on rules of law or equity.

KEY WORDS: usucaption, purchasing prescription, domain traslative title

1. Introducción

La usucapión, también conocida como prescripción adquisitiva, modo originario de adquisición de la propiedad, es un instituto jurídico cuyo origen se remonta al derecho romano y, desde entonces, genera intensos debates en el ámbito académico y jurisdiccional. Así, en esta breve reseña, se pretenden mostrar los criterios vigentes en las materias agraria y civil, emanados de los máximos tribunales durante el periodo 2010-2014, en ocasiones coincidentes y, en otras divergentes, pese a que ambas ramas del derecho parten de una misma base normativa.

Criterio 1. Para que opere la usucapión, es necesaria la concurrencia de varios requisitos: cosa hábil, es decir, **susceptible de propiedad privada**; ubicada dentro del comercio; título traslativo de dominio o justo título; buena fe; posesión y transcurso del tiempo, ejercida aquella en calidad de propietario, en forma continua, pública, pacífica y por diez años o más. **Si falta uno solo de ellos, no opera la prescripción adquisitiva.** Dichos requisitos pueden ser revisados de oficio por la persona juzgadora.

Estos requisitos legales se derivan precisamente de los artículos 853 y siguientes del Código Civil (Capítulo II. De la prescripción positiva). Además, se mencionan como presupuestos de la usucapión desde el derecho romano clásico: *possessio, tempus, res habilis, iusta causa o iusto titulus, bona fides*.

Hay coincidencia entre tribunales civiles y agrarios, al exigir todos y cada uno de dichos requisitos, rechazando en varias resoluciones la pretensión de usucapión, al faltar al menos uno de estos requisitos, pese a que, por lo general, en los casos revisados, se logró demostrar la posesión ejercida en forma continua, pública, pacífica, por diez años o más.

Donde usualmente aquellos que pretenden usucapir fallan, es en demostrar que se ejerció la posesión sobre el bien a título de dueño (en muchas ocasiones se trata de servidores de la posesión, peones, administradores que buscan aprovechar dicha circunstancia y la inercia del titular para intentar usucapir).

También es usual que el requisito ausente sea la buena fe que, aunque se presume, en numerosos casos los titulares registrales logran demostrar lo contrario, por ejemplo, que la persona sabía quién era el legítimo dueño del inmueble. El otro requisito que con frecuencia está ausente para configurar la usucapión es precisamente el título traslativo de dominio.

Se pueden consultar, entre otros votos, los siguientes: **Sala Primera, n.º 1595** de las 8:15 horas del 6 de diciembre de 2012; **n.º 274** de las 9:05 horas del 17 de marzo de 2011; **n.º 1261** de las 9:35 horas del 4 de octubre de 2012; **n.º 1322** de las 15:10 horas del 1º de octubre de 2013; **n.º 260** de las 14:30 horas del 18 de febrero del 2010; **n.º 470** de las 10:55 horas del 7 de abril de 2011. **Tribunal Agrario, n.º 345** de las 10:42 horas del 6 de abril de 2011 y **n.º 489** de las 9:00 horas del 26 de mayo de 2010. **Tribunal 2º Civil, Sección Segunda, n.º 73** de las 10:20 horas del 27 de marzo de 2013.

Criterio 2. El título traslativo de dominio **no debe confundirse con la posesión**, ni resulta de la mera tenencia del inmueble. Esta **posesión no equivale ni sustituye al título.** Desde hace veinticinco años, este es uno de los aspectos divergentes sobre el tema de la usucapión entre personas juzgadoras civiles y agrarias.

El título y la buena fe se hallan tan ligados que incluso se ha llegado a afirmar que "la falta de justo título excluye la buena fe", según se desprende de la resolución del Tribunal 2º Civil, Sección Primera, n.º 320 de las 14:50 horas del 29 de agosto de 2012:

Además del título, la posesión requiere buena fe en el poseedor. Si el poseedor tiene duda, no se reputa de buena fe. Además de ello, se requiere que sea una creencia seria y fundada. Por eso la falta de título excluye la buena fe porque nadie puede creerse seriamente propietario de la cosa si no tuviere justo título para ello. Pero no basta el título para tener por cumplido el requisito de buena fe, porque puede suceder que aun teniéndolo, el poseedor sepa que ese título está viciado de nulidad, como ocurriría si la transmisión se hiciera por dolo o violencia ejercidas por el poseedor. En otras palabras, la falta de justo título excluye la buena fe; pero el justo título no necesariamente supone la buena fe, sin embargo, la hace presumir, puesto que la buena fe se presume (art. 285 y 286 del C.C.). Eso significa que habiendo justo título, corre por cuenta del propietario la prueba de que el poseedor era de mala fe.

Desde finales de los años noventa, la línea mayoritaria en la Sala Primera señala que la posesión por sí misma no puede justificar la usucapión. No obstante, en definitiva no es un tema pacífico, particularmente en aquellos casos donde se alega una posesión originaria. Así, en el voto n.º 756-2008 de las 10:25 horas del 7 de noviembre de 2008, con integración de tres suplentes y con redacción de la magistrada Bresciani Quirós, se emite el criterio de que, “en razón de la falta de título, en la prescripción adquisitiva concuerda con el acto de obtención posesoria”.

Se pueden consultar de la Sala Primera: voto n.º 136 de las 8:35 horas del 30 de enero de 2012 y **n.º 410** de las 8:50 horas del 20 de marzo de 2014. **Tribunal 2º Civil, Sección I, n.º 382** de las 10:30 horas del 18 de octubre del 2012. **Tribunal Agrario n.º 635** de las 11:06 horas del 3 de junio de 2013.

Criterio 3. La posesión adquirida en virtud de un **título no traslativo** no es apta para la usucapión. No puede modificarse la causa adquisitiva. Esto se explica en cuanto existen otras formas de adquirir la posesión, independientemente del derecho de propiedad, por ejemplo mediante consentimiento o contrato, por el hecho de conservar la posesión por más de un año, y en todos los casos en que la ley lo autoriza como seguridad del acreedor, para retener la cosa de su deudor o manda que los bienes pasen a un depositario (art. 279, Código Civil).

De tal forma, si se ha entrado en posesión en virtud de un arrendamiento o, si por mera tolerancia, no se cuenta con el requisito del título y, si se trata de un derecho real diverso del dominio (por ejemplo, el usufructo), se podría adquirirlo por usucapión, pero no el derecho de propiedad.

Este criterio es el mismo tanto en resoluciones de personas juzgadoras agrarias y civiles. Si una persona ingresó a través de un permiso o convenio (arriendo, préstamo u otros no traslativos de dominio), de ninguna manera, a pesar del transcurso de los diez años, puede afirmarse como dueño por usucapión.

Es frecuente en los procesos judiciales de prescripción adquisitiva, que algunos aleguen que si bien ingresaron a la propiedad como peones, cuidadores, administradores o cualquier otro servidor de la posesión, luego de un tiempo, continuaron la posesión a título de dueños.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido unánime al señalar que no es posible variar unilateralmente la causa por la cual se ingresó al inmueble.

Se pueden consultar las siguientes resoluciones entre otras:

Sala Primera, n.º 410 de las 8:50 horas del 20 de marzo de 2014; **n.º 431** de las 9:10 horas del 8 de abril de 2010.

Tribunal 2º Civil, Sección II, n.º 314 de las 11:40 horas del 24 de octubre de 2013; **n.º 301** de las 10:40 horas del 31 de agosto de 2010; **n.º 77** de las 11 horas del 27 de marzo de 2013.

Tribunal 2º Civil, Sección I, n.º 301 de las 14:20 horas del 13 de septiembre de 2013 y **n.º 320** de las 14:50 horas del 29 de agosto de 2012.

Tribunal Agrario n.º 478 de las 16:01 horas del 26 de abril de 2012; **n.º 592** de las 8:01 horas del 18 de mayo de 2012; **n.º 64** de las 11:50 horas del 29 de enero de 2013; **n.º 52** de las 14:15 horas del 28 de enero de 2010; **n.º 80** las 10:40 horas del 29 de enero de 2010; **n.º 99** de las 16:03 horas del 8 de febrero de 2010; **n.º 107** de las 14:00 horas del 11 de febrero de 2010 y **n.º 890** de las 15:01 horas del 30 de julio de 2012.

Criterio 4. Los actos facultativos o de **simple tolerancia** no dan derecho de posesión. El principio de que los actos facultativos o de **simple tolerancia** no dan derecho de posesión está expresamente contenido en el artículo 279, inciso 1) del Código Civil.

Tal y como se indica en doctrina, la posesión abarca dos elementos: *corpus* y *animus*, este último elemento distingue la posesión de la mera tenencia, ya que la “posesión con *animus domini* se configura cuando la posesión se ejerce con la intención de convertirse en dueño del bien que se posee, y es este tipo de posesión, unida a otros requisitos, la idónea para adquirir la propiedad”. (Meza, 2009, p. 23).

La mera detentación produce efectos limitados, pues si bien proporciona acciones de defensa interdictal (conforme a los artículos 307 del Código Civil, 457 y siguientes del Código Procesal Civil), no es apta para usucapir.

En cambio, Brenes Córdoba señala, “está sujeta a todas las responsabilidades tanto penales como civiles que en su contra establece el derecho positivo, pues su posesión comprende un caso de evidente mala fe” (1989, p. 54).

La mera tolerancia se da, por lo general, en relaciones de parentesco o de mucha confianza, en las cuales, sin que exista siquiera un convenio, el titular registral del bien permite a una persona que realice actos posesorios sobre el inmueble.

Tal y como el Código Civil costarricense lo señala, la simple tolerancia no da derecho de posesión (artículo 279). La mera detentación produce efectos limitados, pues si bien proporciona acciones de defensa interdictal (conforme a los artículos 307 del Código Civil, 457 y siguientes del Código Procesal Civil), no es apta para usucapir. Albaladejo señala:

Las expresiones en virtud de licencia o por mera tolerancia abarcan, entre ambas, cualesquier supuesto en que: 1) realmente el autorizado o tolerado posea la cosa o derecho, es decir, ejecute verdaderamente actos posesorios pero no como titular, sino admitiendo que la propiedad u otro derecho que sea corresponde al que le da licencia o tolerancia; 2) el autorizado o tolerado realiza actos que se le permiten o que, sin mediar permiso, no se reprimen, pero que recayendo sobre la cosa no dan lugar a verdadera posesión de ésta. (2013, p. 355).

Tal y como se indica en doctrina, la posesión abarca dos elementos: *corpus* y *animus*. Este último elemento distingue la posesión de la mera tenencia. La posesión con *animus domini* se configura cuando se ejerce la posesión con la intención de convertirse en dueño del bien que se posee, y es este tipo de posesión, unido a otros requisitos, el idónea para adquirir la propiedad (Meza, 2009, p. 23). Se observa este criterio en estos votos:

Sala Primera, n.º 594 de las 8:30 horas del 15 de mayo de 2013. **Tribunal Agrario, n.º 1049** de las 9:10 horas del 29 de septiembre de 2011; **n.º 562** de las 16:05 horas del 8 de mayo de 2012 y **n.º 755** de las 13:53 horas del 22 de junio de 2012.

Criterio 5. La usucapión opera cuando el título de transmisión o adquisición es a ***non domino***, es decir, de quien no es dueño (*verus domino*). El título traslativo de dominio debe provenir de quien no es dueño, por lo cual cuando la transmisión proviene del *verus domino*, sea cuando emana del dueño o verdadero dueño, porque en este caso, si el título es perfecto, todos sus efectos surten de inmediato, y si tiene algún vicio de otra índole, por emanar del verdadero propietario, su *convalidación* puede producirse por la prescripción negativa o *extintiva* de la acción de nulidad y no por la prescripción adquisitiva o usucapión.

Este es un criterio pacífico tanto en doctrina como en jurisprudencia. Si el dueño verdadero hace la transmisión del bien y, si por cualquier razón, no se logra su inscripción, lo correcto es gestionar la culminación del negocio jurídico mediante una ejecución forzosa del contrato. Por ejemplo, se hace una compraventa, el adquirente paga el precio y entra en posesión a título de dueño. Aun cuando transcurran diez años, la usucapión no procede.

Se pueden consultar entre otros votos:

Sala Primera, n.º 1363 de las 8:20 horas del 18 de octubre de 2012; **n.º 1320** de las 15:00 horas del 1º de octubre de 2013; **n.º 764** de las 8:30 horas del 24 de junio de 2010. **Tribunal 2º Civil, Sección I, n.º 316** de las 10 horas del 8 de septiembre de 2014. **Tribunal 2º Civil, Sección II, n.º 208** de las 13:30 horas del 28 de julio de 2011.

Tribunal Agrario, n.º 1023 de las 10:02 horas del 20 de septiembre de 2011; n.º 719 de las 16:30 horas del 24 de julio de 2013.

Criterio 6. En materia civil, algunas personas juzgadoras consideran que es jurídicamente imposible adquirir por usucapión un bien inmueble inscrito. En materia agraria, lo usual es que se presente la demanda de prescripción adquisitiva contra el titular registral del bien inmueble y si se declara la usucapión contra tábulas.

Según este criterio observado, en las resoluciones del Tribunal Civil, no resulta posible por vía de la prescripción positiva vencer el derecho de propiedad debidamente inscrito. El **Tribunal 2º Civil, Sección I**, expresa en forma tajante que “**no procede adquirir por usucapión cuando la parte accionada es la titular registral del inmueble**”. (n.º 002 de las 9:10 horas del 15 de enero de 2013).

Este es un criterio que es indudablemente divergente de los criterios utilizados en la jurisdicción agraria, donde la usucapión contra tábulas es usual, pues el proceso ordinario siempre se interpone siempre contra el titular registral.

La Sala Primera ha confirmado las resoluciones venidas en alzada, sin ahondar en el punto en particular. El criterio se basa, según las resoluciones consultadas, en que el ordenamiento jurídico le otorga una validez superior a la inscripción registral de la propiedad, en aras del principio de seguridad jurídica. Indudablemente este criterio busca tutelar el tráfico mercantil y dar primacía a la publicidad y buena fe registral. Este definitivamente no es un tema pacífico, es divergente del criterio del Tribunal Agrario. Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló en la resolución n.º 197 de las 9:05 horas del 8 de marzo de 2002:

*Respecto de los alcances que pueda conferírsele al artículo 853 del Código Civil, y el diferendo existente, respecto de **usucapión contra bienes inscritos** en el Registro Público, como sucede en la especie, no es un tema que sea pacífico. Existen votos de la Sala Civil, verbigracia la resolución número 27 de las 15:30 minutos, del diez de noviembre de 1995, en que se acepta la llamada usucapión contra un bien inscrito, principio que se dice se reconoce como aplicable en forma amplia a todo poseedor sobre terreno ajeno y no solo en el caso que por vía de excepción que contemplan los artículos 92 y 101 de la Ley de Tierras y Colonización número 2825, del catorce de febrero de 1961 y sus reformas para el poseedor en precario.*

Dicha resolución continúa señalando que la usucapión contra tábulas (es decir, sobre bienes inscritos) tiene sus opositores, al efecto se cita la resolución 001- F – 99 de las 14 horas del 6 de enero de 1990, con la redacción del magistrado Hugo Picado, en la cual de modo extenso se expone la problemática. En esta resolución, la Sala Primera sostiene que, en el sistema costarricense, tratándose de bienes inscritos, se demuestra la condición de propietario con la titularidad registral,

con fundamento en los artículos 455 y 456 del Código Civil, de lo cual concluye que la inscripción registral es lo relevante para hacer prevalecer el título.

Este criterio hace recordar la discusión planteada sobre el tema en el derecho español, en la cual durante muchos años se debatió sobre la posibilidad o no de usucapir bienes inmuebles inscritos, dada la existencia de una norma expresa que señala:

Contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo. (Art. 1949, Código Civil Español).

Dicha discusión surgió por la existencia de dos normas, aparentemente contrapuestas, una en la Ley Hipotecaria y otra en el Código Civil. No obstante, recientemente en la resolución del Tribunal Superior (S.T.S., 21 enero de 2014), se resolvió que en materia de usucapición “contra tábulas”, el artículo 1949 del Código Civil ha quedado derogado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, con lo cual **ya no es necesario** que quien pretenda la usucapición contra tercero registral tenga su **título también inscrito en el Registro de la Propiedad**, sino que le basta con la mera posesión de hecho.

Tribunal 2º Civil, Sección I., n.º 329 de las 11:00 horas del 28 de octubre de 2011.

De seguir la tesis del recurrente en el sentido de la posesión decenal vence al derecho de propiedad, se violentaría el principio de seguridad jurídica, puesto que toda persona interesada en adquirir un bien inmueble debería investigar aspectos extra registrales, como por ejemplo, quien ostenta la posesión del bien a adquirir, lo cual provocaría un impedimento a la rapidez que debe, imperar en las negociaciones de bienes. Por ende, todos los argumentos de la parte recurrente, en torno a que su derecho de posesión debe ser tutelado por encima del de propiedad, carecen de contenido jurídico. [...] Tal y como lo señalamos supra, **no resulta posible por vía de la prescripción positiva vencer el derecho de propiedad debidamente inscrito**, ya que nuestro ordenamiento jurídico le otorga una validez superior a la inscripción registral de la propiedad, en aras del principio de seguridad jurídica (artículos 267, 455 y 456 del Código Civil).

Dicha resolución del Tribunal Civil fue confirmada por la Sala Primera en la resolución número **599** de las 9:00 horas del 15 de mayo de 2013, la cual además agregó:

*De lo recién transcrito, resulta claro que el rechazo de la demanda –en cuanto al extremo que se reclama- deriva, no del incumplimiento de los requisitos fijados en el ordenamiento sino de la **imposibilidad jurídica** de adquirir la propiedad de un bien inmueble mediante la usucapión cuando el bien se encuentra inscrito registralmente. Se trata, como se puede observar, de la improcedencia de la pretensión adquisitiva en el caso concreto, criterio que no fue cuestionado en el recurso.*

Tribunal 2° Civil, Sección Primera, n.° 150 de las 10 horas del 2 de junio de 2011.

*Si no se cuenta con justo título traslativo del derecho de propiedad, no cabe admitir la usucapión en contra de quien tiene título inscrito en el Registro. En tema de usucapión, este Tribunal en la sentencia número 126 de 9 horas del 16 de mayo de 2006, resolvió: "**VIII.-[...] No es jurídicamente posible que se pueda adquirir un inmueble que se encuentra inscrito** en el Registro Público de la Propiedad, mediante prescripción positiva o usucapión.- Se ha de tener en consideración que la finca a que se refiere este litigio se encuentra debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad y no se puede usucapir, se reitera, como lo pretende la actora contra inmueble inscrito".*

Criterio 7. En materia civil, los convenios traslativos de dominio, según su cuantía, **requieren documentarse para acreditarlos**, de modo que los testimonios (declaraciones de testigos) no son aptos para ese fin. En agrario, puede acreditarse incluso con prueba testimonial.

Sala Primera, n.° 242 de las 13:40 horas del 22 de febrero de 2012.

Los testimonios, en este caso son insuficientes para demostrar la existencia del contrato que se pretende probar. Esto implica que en este proceso la prueba testimonial no puede acreditar el título traslativo de dominio.

Sala Primera, n.° 1363 de las 8:20 horas del 18 de octubre de 2012:

En punto a la solicitud de que se ordene escriturar el traspaso para inscribir a su nombre, no logró probar que adquirió la finca en virtud de un contrato traslativo de dominio. Convenios de este tipo y según su cuantía, requieren documentarse, de modo que los testimonios no son aptos para ese fin.

Tribunal 2° Civil, Sección II, n.º 356 de las 11:00 horas del 31 de octubre de 2014.

*[...] esas manifestaciones no pueden interpretarse como una **donación verbal** del inmueble, pues ese tipo de contrato **no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico**.*

Tribunal Agrario, n.º 177 de las 16:25 horas del 26 de febrero de 2010.

[...]no se hizo ningún documento de traspaso sobre el inmueble en litigio por parte del señor Vitalino A., pero [...] en este caso incluso se le traspasó la posesión al señor Ronulfo G., estando en vida el señor Vitalino, configurándose la venta con la determinación de cosa y precio únicamente, por lo que no requiere para su validez y eficacia se realice en documento alguno.

Hay diferencias en materia agraria y en materia civil, respecto a la apreciación o valoración de la prueba del título traslativo de dominio. En materia civil, según su cuantía, los convenios traslativos de dominio requieren documentarse para tenerlos por acreditados, de modo que los testimonios (declaraciones de testigos) no son aptos para ese fin. La situación es diferente en materia agraria, en la cual rige el principio de libre valoración de la prueba que permite resolver con criterios de equidad y de derecho.

En el caso *supra* expuesto, se considera válida una donación verbal como título traslativo de dominio, lo cual supone desde la perspectiva civil un quebranto a la normativa general, el cual establece que la donación verbal es un contrato solemne, solo se admite cuando ha habido tradición y cuando se trate de bienes muebles. cuyo valor no pase de doscientos cincuenta colones. En los demás casos, se requiere escritura pública, según el artículo 1397 del Código indica. Al respecto, la regla general en la legislación civil establece que:

No será admisible la prueba testimonial para demostrar la convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor al 10% de la suma mínima que se haya fijado para la procedencia del recurso de casación. En tal caso, toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento. (Art. 351, Código Procesal Civil).

El mismo artículo establece excepciones a dicha regla, al indicar que “la prueba testimonial será admisible para comprobar actos jurídicos cuyo objeto tenga un valor mayor al indicado, y para comprobar las convenciones que haya habido entre las partes”, en los siguientes casos:

- Cuando exista un principio de prueba por escrito.
- Cuando haya sido imposible al que invoca la prueba testimonial procurarse una literal, o cuando, a consecuencia de caso fortuito, haya perdido la que se había procurado.

Se admite la prueba testimonial, aunque el objeto que constituya la materia de la obligación exceda del valor indicado, si la persona acreedora limita su reclamo a ese valor y renuncia al exceso. Cabe agregar que los tribunales podrán permitir la prueba testimonial más allá del límite indicado, teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza de la convención o acto jurídico y cualquier otra circunstancia.

Por el contrario, en materia agraria, esta limitación probatoria no existe; conforme al principio de libre valoración de la prueba (artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria), establece que la persona juzgadora resolverá con criterios de derecho y de equidad, sin sujeción a las normas tasadas del derecho ordinario. Esta facultad de la persona juzgadora agraria ha sido interpretada de múltiples maneras:

Cuando la ley permite al juez agrario la libre apreciación probatoria, la premisa es la regla de la experiencia que él conoce y aplica en el campo agrario. La base del razonamiento es la experiencia externa e interna de la realidad agraria -y el medio en el que se desenvuelve- y del orden moral. Por ello a la valoración del Juez Agrario se agrega la imaginación, la sicología y la sociología. Así lo ha establecido reiteradamente el Tribunal Superior Agrario, al momento de redactar los fallos. Las reglas o máximas de experiencia le sirven para rechazar las afirmaciones del testigo, o la confesión de la parte, o lo relatado en un documento, o las conclusiones que se pretende obtener de los indicios, y hasta el dictamen de peritos. La convicción del juez agrario es un acto puramente psicológico, aplicado a una situación concreta, viva, propia de la realidad agraria. El Juez Agrario debe examinar la credibilidad de lo que dice un testigo, o de una parte, para justipreciar su valor. Pero también ha de analizar la experiencia social, el medio -mundo agrario- en donde se desenvuelve el conflicto, e incluso la cultura y el comportamiento del campesino. Por ello debe tenerse en cuenta, por un lado la autenticidad y sinceridad de cada prueba cuando se trate de documentos, confesiones y testimonios; por otro lado, determinar su exactitud y credibilidad. Con ello se garantizan los principios de lealtad y probidad en el resultado del elemento probatorio. (Tribunal Agrario n.º 100 -1999).

Comentario: Difiere en este aspecto de la valoración de la prueba que se da en materia agraria, la cual no tiene limitaciones en cuanto a la admisión de prueba testimonial para demostrar la existencia de un contrato, independientemente de su cuantía. Esto se dispone conforme al principio de libre valoración de la prueba, previsto en el artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria.

Cabe recordar además que, según el sistema de nudo consenso que rige la transmisión de derechos reales en Costa Rica, la cual sigue el modelo francés, se transmite la propiedad de bienes muebles e inmuebles, en relación con las partes contratantes, por el solo hecho del convenio que tenga por objeto transmitirla, independientemente de su inscripción en el registro respectivo y la tradición, lo cual está expresamente regulado en el artículo 480 del Código Civil costarricense.

Evidentemente, esto excluye a terceros que no intervinieron en el convenio, quienes se verán afectados únicamente a partir de la fecha de presentación del título al registro, cuando esté sujeto a inscripción (artículo 455 del Código Civil).

Conclusiones

En general, durante los últimos cinco años, los criterios jurisprudenciales en torno al título traslativo de dominio a efectos de la usucapión de bienes inmuebles, en los procesos ordinarios, resueltos por los tribunales superiores agrarios y civiles de San José y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se han mantenido uniformes.

Como punto de partida, para que la usucapión opere, es necesaria la concurrencia de varios requisitos: cosa hábil, es decir, susceptible de propiedad privada; ubicada dentro del comercio; título traslativo de dominio o justo título; buena fe; posesión y transcurso del tiempo, ejercida aquella en calidad de propietario, en forma continua, pública, pacífica y por diez años o más. Según se logró verificar en las resoluciones consultadas, hay plena coincidencia, tanto en la jurisdicción agraria como en la civil de que si falta uno solo de ellos, la prescripción adquisitiva no opera.

Es claro también que no debe confundirse el título traslativo de dominio con la posesión, ni resulta de la mera tenencia del inmueble. Es decir, la posesión no equivale ni sustituye al título. Ahora bien, no compartimos la idea de que la falta de justo título excluye la buena fe, pues son presupuestos independientes, y la ausencia de uno no lleva, necesariamente, a la ausencia del otro. Cada persona juzgadora deberá hacer el análisis por separado, de todos y cada uno de los presupuestos para usucapir.

También es criterio común, tanto de la jurisdicción civil como de la jurisdicción agraria, la convicción de que la posesión adquirida en virtud de un título no traslativo no es apta para la usucapión. Más que ello, se requiere una *iusta causa possidendi* – conforme la denominación en el derecho romano clásico- sea que el usucapiente adquiera la posesión teniendo como base una relación con el poseedor precedente, idónea o apta para justificar positivamente la adquisición. Con ello, se descartan arrendatarios, usufructuarios, depositarios, herederos (antes de la adjudicación de bienes), fiduciarios y otras personas que poseen patrimonios o bienes sin título traslativo de dominio.

Los actos facultativos o de simple tolerancia no dan derecho de posesión. Una posesión tolerada en razones de parentesco, amistad, solidaridad, de manera alguna faculta para que, transcurridos diez años, la persona beneficiada de dicha tolerancia pueda adquirir, por prescripción adquisitiva, criterio coincidente en personas juzgadoras civiles y agrarios.

Hay coincidencia jurisprudencial también al establecerse que la usucapión opera cuando el título de transmisión o adquisición es *a non domino*; es decir, de quien no es dueño, pues cuando la transmisión proviene del titular registral del inmueble en litis, podría estarse en presencia de un problema contractual, pero no de una adquisición por usucapión común o prescripción positiva.

Se observa un criterio más polémico en algunas resoluciones dictadas en materia civil, pues de manera tajante establecen que es jurídicamente imposible adquirir por usucapión un bien inmueble inscrito. Si bien es cierto, ya en periodos anteriores, se observan criterios más moderados dirigidos a cuestionar la ausencia del título del usucapiente. En los últimos años, se observa esta afirmación que, de manera absoluta, niega la posibilidad jurídica de la conocida "usucapión contra tábulas". De acuerdo con la motivación que llevó a algunas personas juzgadoras civiles a emitir dicho criterio, se observa como justificación que, si se permite la usucapión contra bienes inmuebles inscritos, *"se violentaría el principio de seguridad jurídica"*, puesto que toda persona interesada en adquirir un bien inmueble, debería investigar aspectos extrarregistrales, como por ejemplo, quien ostenta la posesión del bien a adquirir, *"lo cual provocaría un impedimento a la rapidez que debe, imperar en las negociaciones de bienes"*.

La realidad es que, en Costa Rica y en otros países, se ha impulsado la *due dilligence* o diligencia debida del profesional asesor de la persona compradora previo a suscribir un negocio jurídico, lo cual incluye, sin duda alguna, la investigación de aspectos extrarregistrales, para garantizar al adquirente que su derecho inscrito en el Registro Público no esté vacío de contenido.

No se comparte ese criterio en materia agraria, pues la usucapión contra propietario registral es la regla general en los procesos ordinarios agrarios, en donde el conflicto se origina precisamente cuando la persona que ha ejercido la posesión a título de dueña, en forma continua, pública, pacífica y por diez años o más, con buena fe y justo título, dirige su demanda precisamente contra el titular registral del inmueble. Esto sucede también en la contrademanda, cuando el titular registral intenta una acción reivindicatoria.

Finalmente, un aspecto más de índole procesal consiste en el criterio vigente en materia civil, derivado de la disposición contenida en el artículo 351 del Código Procesal Civil, en cuanto a que los convenios traslativos de dominio, según su cuantía, requieren documentarse para acreditarlos, de modo que los testimonios (declaraciones de testigos) no son aptos para ese fin, particularmente cuando se trata de la donación, contrato solemne que requiere de escritura pública.

La jurisdicción agraria mantiene un criterio diverso, amparada en el principio de libre apreciación de la prueba, sin sujeción estricta de las normas del derecho común, según el artículo 54 de la Ley de la Jurisdicción Agraria establece. Por este motivo, es admisible cualquier medio de prueba, incluyendo testimonial, para acreditar un convenio traslativo de dominio.

En resumen, se puede observar que, en el último quinquenio, prácticamente se mantienen vigentes y sin cambios los criterios jurisprudenciales de los años precedentes. Con las excepciones expuestas, los criterios han sido uniformes a través de los años, con más puntos de convergencia que divergencia, situación que parece que no ha variado para la unidad de tiempo seleccionada (años 2010 a 2014).

Eso sí, se debe advertir que en lo interno de cada jurisdicción (civil o agraria), según la integración del tribunal, se pueden observar criterios de mayorías y minorías, lo cual confirma que la temática no es pacífica.

Se concluye este estudio señalando que los supracitados criterios jurisprudenciales de juzgados agrarios y civiles en ningún caso son de acatamiento obligatorio (ya que en Costa Rica solo las resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia son vinculantes), sí pueden servir de referencia a las personas juzgadoras y usuarias del sistema de Administración de Justicia costarricense, al momento de dirimir un conflicto.

La idea central que parece permear a través del tiempo es que, desde sus orígenes romanos, el tema del título tiene una fuerte connotación ética, pues de lo que trata en principio es verificar que una persona pueda adquirir un inmueble –y que se debe autorizar- por razones de seguridad jurídica, tratando de minimizar el daño patrimonial a otras personas.

Por ello, se insiste en la necesidad de que sea una posesión calificada, a título de dueño, con buena fe y con justo título, presupuestos que muchas veces se constituyen en verdaderas barreras para los *usucapientes* y que originan el rechazo de muchas demandas de prescripción positiva.

Una última reflexión: la usucapición tiene como finalidad cesar el estado de incertidumbre de quien posee un bien determinado. Por ello, la jurisprudencia, mediante criterios convergentes, también debería coadyuvar a brindar un mínimo estándar de seguridad jurídica.

En este sentido, se recomienda reformar el Código Civil para la incorporación de la prescripción extraordinaria en la legislación costarricense, acorde con la evolución histórica del instituto de la usucapición y, a la vez, conforme con las tendencias en las legislaciones modernas. Dicha reforma zanjará cualquier discusión sobre el título en aquellos casos de prescripción extraordinaria, donde se exigirá que una posesión extraordinaria sea el doble de tiempo que la ordinaria.

Referencias bibliográficas

Libros

Albaladejo, M. (2004). *La usucapición*. Madrid: Editorial Bosch.

Albaladejo, M. (2013). *Derechos reales: Parte general I. La propiedad II. Iura in re aliena III. /* comentado por Ricardo Zeledón Zeledón. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.

Abreu, L. (2012). *La función socio-ambiental de la propiedad agraria. Temas de derecho agrario contemporáneo*. San José: ISOLMA.

Amaral, F. (2003). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Ed.Renovar. (5ª ed).

Brenes, A. (1989). *Tratado de los bienes*. San José: Editorial Juricentro.

Guerrero, R. (1996). *Derecho agrario costarricense. La Usucapición y la oposición a la inscripción del título*. Antología derechos reales II. Universidad de Costa Rica.

- Hernández, A. (1987). *La posesión. Obras completas.*. Madrid: Editorial Espasa Calpe. Tomo II.
- Lasarte, C. (2012). *Compendio de derechos reales*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Mazzart, A. (2001). *El contenido normativo de la legislación sobre tierras incultas en Italia: el rol del Estado*. En: Síntesis de derecho agrario. Piza: Editorial ETS. (3ª ed.).
- Meza, A. (1994). *La posesión agraria*. (2ª ed.). San José: Editorial Barrabás.
- Meza, A. (2009). *Tratado de la posesión*. San José: Editorial Barrabás.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1997). *Derecho civil. Clásicos del derecho*, Harla.
- Ulate, E. (2006). *Manual de derecho agrario y justicia agraria*. CONAMAJ. Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia. San José.
- Ulate, E. (2012). *Jurisprudencia del tribunal agrario y la Ley de Tierras y Colonización*. Temas de derecho agrario contemporáneo. San José: ISOLMA.
- Zeledón, R. (1983). *La propiedad*. Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado. San José: Editorial Juricentro.
- Zeledón, R. (1987). *Código Civil y realidad*. San José: Editorial Alma Mater.

Revistas

- Castro, M (2010). Tutela del demanio costero. *Derecho agrario y derecho procesal agrario*. Editorial de la Escuela Judicial.
- Escoto, C. (2010). Retos en el agro a la luz de la sostenibilidad del ambiente del siglo XXI. *Derecho agrario y derecho procesal agrario. Revista de la Escuela Judicial*, año 1.
- Facio, G. (1996). La primacía del título registral en la acción reivindicatoria. *Revista Ivstitia*, año 10, n.º 120, diciembre.
- Meza, A. (1998). Los problemas del título: la posesión y la buena fe en los conflictos agrarios. *Revista Ivstitia*, año 12, n.º. 141-142, septiembre-octubre.

Meza, A. (1999). Sobre hipótesis muertas y tumbas vacías. *Revista Ivstitia*, año 13, n.º 151-152, julio-agosto.

Rivero, J. (1996). ¿Problemas de posesión? ¿Y el justo título y la buena fe en la usucapión? *Revista Ivstitia*, año 10, n.º. 118-119, octubre-noviembre.

Rivero, J. (1999). La hipótesis de la tumba vacía. *Revista Ivstitia*, año 13, n.º 147-148 marzo-abril.

Sánchez, L. (1991). Vías para ejercitar la acciones de prescripción adquisitiva. *Revista Ivstitia*, año 5, n.º 49, enero.

Torrealba, F. (2007). Modos de adquisición y transmisión de derechos reales. Bases para la reforma del derecho positivo costarricense. *Revista Ivstitia*, año 21, n.º 251-252. noviembre –diciembre.

Ulate, E. (2008). Código Civil: evolución actual de los institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 115, enero-abril.

Ulate, E. (2010). La dimensión constitucional de la propiedad agraria. En: *Derecho agrario y derecho procesal agrario*. *Revista de la Escuela Judicial*.

Anexo n.º 1. Sentencias consultadas de la Corte Suprema de Justicia

Sala Constitucional,

n.º 4587 de las 15:45 horas del 5 de agosto de 1997.

Sala Primera

n.º 16 de las 16:00 horas del 23 de marzo de 1982.

n.º 162 de las 14:30 horas del 4 de diciembre de 1992.

n.º 19 de las 14:00 horas del 7 de abril de 1993.

n.º 68 de las 14:55 horas del 16 de agosto de 1994.

n.º 127 de las 15:30 horas del 10 de noviembre de 1995.

n.º 45 de las 15:05 horas del 22 de mayo de 1996.

n.º 117 de las 10:00 horas del 31 de octubre de 1996.

n.º 1 de las 14 horas del 6 de enero de 1999.

n.º 821 de las 15:35 horas del 1º de noviembre de 2000.

n.º 197 de las 9:05 horas del 8 de marzo de 2002.

n.º 936 de las 9:20 horas del 4 de noviembre de 2004.

n.º 134 de las 10:10 horas del 10 de marzo de 2005.

n.º 45 de las 9:20 horas del 26 de enero de 2007.

n.º 756 de las 10:25 horas del 7 de noviembre de 2008.

n.º 910 de las 11:04 horas del 10 de septiembre de 2009.

n.º 260 de las 14:30 horas del 18 de febrero de 2010.

n.º 431 de las 9:10 horas del 8 de abril de 2010.

n.º 764 de las 8:30 horas del 24 de junio de 2010.

n.º 796 de las 14:20 horas del 1º de julio del 2010.

n.º 274 de las 9:05 horas del 17 de marzo de 2011.

n.º 470 de las 10:55 horas del 7 de abril de 2011.

n.º 1083 de las 8:30 horas del 8 de septiembre de 2011.

n.º 242 de las 13:40 horas del 22 de febrero de 2012.

n.º 390 de las 15:20 horas del 15 de marzo de 2012.

n.º 1261 de las 9:35 horas del 4 de octubre de 2012.

n.º 1363 de las 8:20 horas del 18 de octubre de 2012.

n.º 1595 de las 8:15 horas del 6 de diciembre de 2012.

n.º 594 de las 8:30 horas del 15 de mayo de 2013.

n.º 599 de las 9:00 horas del 15 de mayo de 2013.

n.º 829 de las 9:55 horas del 4 de julio de 2013.

n.º 1207 de las 10:45 horas del 18 de septiembre de 2013.

n.º 1196 de las 9:50 horas del 18 de septiembre de 2013.

n.º 1320 de las 15:00 horas del 1º de octubre de 2013.

n.º 1322 de las 15:10 horas del 1º de octubre del 2013.

n.º 1425 de las 9:50 horas del 24 de octubre de 2013.

n.º 1450 de las 8:45 del 31 de octubre de 2013.
n.º 136 de las 8:35 horas del 30 de enero de 2014.
n.º 410 de las 8:50 horas del 20 de marzo de 2014.
n.º 678 de las 9:15 horas del 21 de mayo de 2014.
n.º 1423 de las 17:30 horas del 30 de octubre de 2014.
n.º 1497 de las 14:05 horas del 20 de noviembre de 2014.

Tribunal Agrario

n.º 529 de las 15:16 horas del 29 de junio de 2007.
n.º 549 de las 11:08 horas del 3 de julio de 2007.
n.º 555 de las 10:31 horas del 5 de julio de 2007.
n.º 401 de las 9:40 horas del 5 de junio de 2009.
n.º 1 de las 9:00 horas del 7 de enero de 2010.
n.º 52 de las 14:15 horas del 28 de enero de 2010.
n.º 80 las 10: 40 horas del 29 de enero del 2010.
n.º 99 de las 16:03 horas del 8 de febrero de 2010.
n.º 107 de las 14:00 horas del 11 de febrero de 2010.
n.º 177 de las 16:25 horas del 26 de febrero de 2010.
n.º 489 de las 9:00 horas del 26 de mayo de 2010.
n.º 345 de las 10:42 horas del 6 de abril de 2011.
n.º 366 de las 15:25 horas del 14 de abril de 2011.
n.º 728 de las 16:09 horas del 19 de julio de 2011.
n.º 1023 de las 10:02 horas del 20 de septiembre de 2011.
n.º 1049 de las 9:10 horas del 29 de septiembre de 2011.
n.º 1351 de las 14:30 del 2 de diciembre de 2011.
n.º 1352 las 15:20 horas del 2 de diciembre de 2011.
n.º 1465 de las 15:33 horas del 23 de diciembre de 2011.
n.º 478 de las 16:01 horas del 26 de abril de 2012.
n.º 562 de las 16:05 horas del 8 de mayo de 2012.
n.º 676 de las 15:19 horas del 31 de mayo de 2012.
n.º 708 de las 14:42 horas del 12 de junio de 2012.
n.º 755 de las 13:53 horas del 22 de junio de 2012.
n.º 592 de las 8:01 horas del 18 de mayo de 2012.

n.º 890 de las 15:01 horas del 30 de julio de 2012.
n.º 64 de las 11:50 horas del 29 de enero de 2013.
n.º 635 de las 11:03 horas del 6 de julio de 2013.
n.º 719 de las 16:30 horas del 24 de julio de 2013.
n.º 806 de las 15:00 horas del 17 de septiembre de 2014.
n.º 921 de las 9:02 horas del 15 de octubre de 2014.
n.º 398 de las 14:20 horas del 20 de abril de 2015.

Tribunal Segundo Civil. Sección Primera

n.º 122 de las 10:30 horas del 19 de febrero de 2009.
n.º 83 de las 9:10 horas del 3 de marzo de 2010.
n.º 247 de las 10:20 horas del 23 de agosto de 2010.
n.º 150 de las 10:00 horas del 2 de junio de 2011.
n.º 329 de las 11:00 horas del 28 de octubre de 2011.
n.º 320 de las 14:50 horas del 29 de agosto de 2012.
n.º 382 de las 10:30 horas del 18 de octubre de 2012.
n.º 2 de las 9:10 horas del 15 de enero de 2013.
n.º 197 de las 11:00 horas del 27 de junio de 2013.
n.º 301 de las 14:20 horas del 13 de septiembre de 2013.
n.º 316 de las 10:00 horas del 8 de septiembre de 2014.
n.º 531 de las 11:54 horas del 26 de junio de 2014.

Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda

n.º 246 de las 11:10 horas del 30 de junio de 2010.
n.º 301 de las 10:40 horas del 31 de agosto de 2010.
n.º 11 de las 10:05 horas del 28 de enero de 2011.
n.º 208 de las 13:30 horas del 28 de julio de 2011.
n.º 150 de las 10:30 horas del 31 de mayo de 2012.
n.º 73 de las 10:20 horas del 27 de marzo de 2013.
n.º 77 de las 11:00 horas del 27 de marzo de 2013.
n.º 301 de las 14:20 horas del 13 de septiembre de 2013.
n.º 314 de las 11:40 horas del 24 de octubre de 2013.
n.º 359 de las 10:00 horas del 28 de noviembre de 2013.
n.º 356 de las 11:00 horas del 31 de octubre de 2014.

Las conclusiones en juicio penal, desde el punto de vista de la retórica de Cicerón

Miguel Zamora-Acevedo²

Resumen

Las conclusiones son un trámite esencial para el proceso. Son la oportunidad de los abogados y las abogadas para valorar el resultado de la prueba e ilustrar a la persona juzgadora acerca de esta, indicándole cómo y por qué ha servido para reforzar sus posiciones. Sin embargo, no tienen una forma establecida, por lo cual en las presentes notas, seguiremos los esquemas de Cicerón.

Palabras clave: juicio, conclusiones, discurso, decisión.

Abstract

The report of findings is an essential item for the process. It is the opportunity, for the lawyers to evaluate the pieces of evidence and, also, to illustrate the judge about them, indicating to him how and why these proofs have served to endorse their positions. However it has no definite shape, which is intended to give an example, from the parts of speech of Cicero.

Keywords: Judgment, report of findings, speech, decision.

Sumario

1. Introducción
2. Las partes del discurso
 - 2.1 El exordio
 - 2.2 La narración
 - 2.3 La división
 - 2.4 La demostración (argumentación)

² Máster en Argumentación Jurídica, profesor de la Universidad de Costa Rica, defensor público en materia penal.

2.4.1. De los argumentos

2.5 La refutación y la conclusión

2.6 Consideraciones finales

2.7 Bibliografía

Es la elocuencia más que la razón la que ha servido para fundar muchas ciudades, sofocar muchas guerras y establecer muchas y muy firmes alianzas y amistades inviolables.

Cicerón

1. INTRODUCCIÓN

Según la normativa procesal penal costarricense, el proceso penal tiene diversas fases. Así, la etapa preparatoria tiene por objeto determinar si estamos en presencia o no, de las bases para el juicio oral y público, mediante la recolección de los elementos que permitan fundamentar las diversas gestiones del Ministerio Público, querellante y demás sujetos intervinientes, además de las tesis de la defensa de la parte imputada.

Por su parte, en la fase intermedia, le corresponde a la jueza o al juez respectivo, valorar las diversas gestiones que las partes realicen, desde la acusación, querella, acción civil o solicitudes de sobreseimiento. Igualmente, es la etapa procesal idónea para la gestión de las medidas alternas o formas consensuadas de solución de los conflictos.

Finalmente, en dado caso que, en la etapa intermedia, se eleve a juicio la causa, corresponderá la realización del debate oral y público, siendo la fase primordial, porque el juicio es el resultado de la aparición de una acusación adecuadamente fundamentada (fáctica y jurídicamente hablando), por lo que constituye el momento preponderante del sistema acusatorio.

En esta etapa, se aplican las génesis de la dialéctica jurídica del proceso, pues en ella se da la confrontación entre las diversas partes mediante una serie de actos procesales, culminando con las peticiones finales de las partes para la obtención de un resultado correspondiente a una absolutoria o condenatoria.

El juicio comienza con su apertura y, de seguido, se dan la producción de pruebas, su valoración y, finalmente, las conclusiones. Por ello, se indica que el “juicio es la etapa principal del proceso penal, porque es allí donde se resuelve, mejor dicho, se redefine el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal”. (Binder, 2000, p. 60).

Ahora bien, dentro del juicio, la discusión final o también llamada etapa de conclusiones es el punto dominante del debate, por medio de la cual se manifiestan las funciones de los diversos actores del proceso, mediante las técnicas de la oralidad.

Además constituye el último momento que tienen los profesionales en Derecho de comunicación directa con el tribunal de juicio y así precisar y concretar su posición y visión del proceso, mediante el análisis de las pruebas y las diversas solicitudes de los otros actores, víctima, Ministerio Público, querellante, actor civil, si los hay. Por último, vemos que, mediante las conclusiones, las partes tratan de persuadir a los jueces y las juezas de aceptar sus argumentos para la toma de decisión.

Conforme a la normativa penal, artículo 356 del CPP, por ser las conclusiones una etapa de oralidad, no se deben leer memoriales, aunque en casos especiales, se puede recurrir a los medios tecnológicos. No obstante, debe ser una discusión de manera oral, aunque se podría recurrir a la lectura parcial de notas, doctrina o jurisprudencia como auxilio necesario. Sin embargo, la explicación de estas debe ser verbal.

Así, las conclusiones dan pie a la discusión final, por medio de la cual, cada sujeto procesal formula oralmente su panegírico, en el cual presenta las soluciones que considera más adecuadas, utilizando el análisis probatorio y el derecho aplicable al caso, por lo que, siendo un discurso, resulta primordial analizar sus fases y su incidencia en la labor de convencimiento. Debido a que nuestra normativa poco nos dice sobre la forma de realizarlo, salvo que sea oralmente, resulta de interés conocer algunas formas del discurso en general. Para ello, nos guiaremos por las divisiones que Cicerón planea en su *Invenición retórica*, pues consideramos que los clásicos ya lo han dicho *casi* todo.

Con las siguientes notas, no pretendemos dar instructivos o recetas, sino simplemente brindar un esbozo de las formas en las cuales un gran orador realizaba su labor.

2. LAS PARTES DEL DISCURSOS

2.1 EI EXORDIO

Antes de comenzar a estudiar las partes del discurso, es importante aclarar que su división se debe a meras exigencias de descripción, en ningún modo pretendemos establecer una clasificación con alguna otra función que no sea la mera descripción. Así, podría darse el caso de que no todos los discursos conclusivos puedan y deban tener la forma propuesta por Cicerón aquí indicada. Ello dependerá de una serie de variables y casuística, y conforme a los argumentos que se presenten, los auditorios y, en especialmente, al acervo probatorio que se evacúe en juicio.

Las conclusiones son una técnica de comunicación, tendientes a lograr una persuasión por medio de las palabras, y es importante saber decir las cosas. Esto constituye la estrategia o teoría del caso. Por tanto, resulta de primordial interés estar atentos al discurso de las demás partes por la necesidad de réplicas o dúplicas.

En una primera aproximación, Aristóteles indica que los discursos tienen dos partes: la proposición y la demostración, porque primero, hay que exponer antes el argumento acerca de lo que se habla y, posteriormente, se debe demostrarlo (1999, p. 555). Por ello, el estagirita agrega que es imposible hablar sin demostrar o al revés, demostrar sin hablar previamente.

No obstante y, como señalamos, el discurso forense y, más específicamente, el que se realiza en las conclusiones del juicio penal, requiere mayores elementos de análisis, de ahí surge la necesidad de basarnos en las propuestas de Cicerón.

En este caso, para nuestros efectos, consideramos que los elementos básicos del discurso serían los propuestos por el autor romano: exordio, narración, división, demostración, refutación y conclusión.

Algunas de estas partes se subdividen, a su vez, en secciones. En nuestro caso, para el “exordio”, este se dividirá en dos: directo y por insinuación. Pero también se podría presentar según la causa que lo justifique. El exordio es la primera de las partes en que se puede dividir el discurso. Es una introducción mediante la cual pretendemos captar el interés del tribunal hacia nuestra tesis y es la parte que *“dispone favorablemente el ánimo del oyente para escuchar el resto de la exposición”*. (Cicerón, 1997, p. 111).

Las causas pueden dividirse en digna, extraordinaria, insignificante, dudosa y oscura. En el primer caso, es digna cuando, desde antes del discurso, el ánimo del auditorio (tribunal) se muestra favorable a nuestro punto; es extraordinaria cuando es en sentido contrario a la causa digna, es decir, nuestros oyentes están en contra nuestra. Decimos insignificante cuando se desprecia nuestra tesis y no se considera merecedora de atención. La causa es dudosa cuando el punto de exposición es incierto o cuando es más o menos digna o deshonrosa. Por último, la causa es oscura cuando la *“causa está por encima de la inteligencia de los oyentes o comporta circunstancias difíciles de comprender”*. (Cicerón, 1997, p. 112).

En consecuencia, los exordios pueden variar en función de la causa de la alocución. En este caso, existen dos tipos: directo y por insinuación. En el primer caso, pretendemos conseguir abiertamente que el auditorio se muestre, tanto favorable como interesado a nuestros requerimientos. Esto se puede conseguir, a partir de los hechos, elogiando nuestra causa y desfavoreciendo la contraria.

No obstante, en algunos casos, se puede prescindir del exordio, como ya Aristóteles (1999) lo había señalado, especialmente cuando nuestra causa es honesta, en cuyo caso sería conveniente pasar a la narración o la invocación de alguna cita legal *“o por algún razonamiento sólido que apoye nuestro discurso”*. (Cicerón, 1997, p. 113).

En este punto, resultan curiosas las razones que Cicerón no brinda sobre la forma de atraer el favor del oyente: *Hablando de nosotros, de los adversarios, de los oyentes o de los hechos* (p. 114).

Lo anterior está asociado al proceso penal, se aplica a plenitud en la posición institucional de la fiscalía y la defensa. Así, en el primer caso, es lo propio que se refiera a la posición de las víctimas, lo cual va asociado con “los buenos” del proceso y, en general, con las personas honestas que

sufren los delitos, pero desde el punto de la defensa, sería alcanzar que el auditorio se convenza de que tiene delante a un profesional honesto, de modo que el disertante *“parezca que aporta a la causa no sólo el celo del defensor, sino incluso la palabra casi sincera y fiel de un testigo”*. (Quintiliano, 1887).

En sentido contrario, cuando se refieren al adversario, es claro que los ejemplos nos devienen de la parte imputada, la cual se le refiere peyorativamente con calificativos como delincuente, antisocial, malhechor e, incluso, como reincidente, si ya tiene alguna condena previa. Igualmente se daría cuando intentamos hacer ver las contradicciones en las que haya caído, con el ánimo de reducir o eliminar su credibilidad.

Por su parte, cuando nos referimos al auditorio, es lo propio que se puede lograr elogiando la sabiduría y la prudencia del tribunal, claro está sin mostrar mucha adulación, pues podría ser más bien perjudicial. Además, es común que se le indique de alguna forma la confianza que la resolución del caso genera por medio de él.

Por último, aunque no por ello menos importante, también genera la simpatía cuando se citan criterios jurisprudenciales que el tribunal comparte, en función de los casos donde el juez o la jueza *ad quem* ha conocido sentencias del tribunal al cual nos dirigimos.

Por su parte, cuando nos referimos a los hechos, resulta primordial darles calificativos importantes, novedosos o por el interés que revisten para la sociedad. Así, las falacias de generalización pueden colaborar en este fin, las referencias a la criminalidad, la condición de ciertos delitos, la gravedad de estos, el perjuicio social, etc. y cualesquiera de esos conceptos indeterminados que abundan en la jerga forense.

En cuanto a los defectos que podemos encontrar en el exordio, se citan lo banal, común, intercambiable, largo, inapropiado, fuera de lugar y contrario a la reglas.

Lo banal se refiere cuando se puede usar el exordio para distintas causas; por su parte, lo común indica que se pueda usar *“tanto para la defensa como para la acusación”*. Lo intercambiable sucede cuando con *“ligeros retoques, el adversario puede utilizarlo en su propio beneficio”*; lo largo se refiere cuando *“se desarrolla más de lo necesario, mediante exceso de palabras o de ideas”*; lo inapropiado indica que no surge de las circunstancias; lo fuera de lugar hace alusión al resultado producido diferente del exigido por la clase de la causa; y por último, es contrario a las reglas cuando no se produce ninguno de los fines del exordio (Cicerón, 1997, p. 119).

En el caso de la defensa, muchas veces se tendrá a los auditorios en contra, por lo menos en la parte emotiva. Por ello, la tarea del disertante parece esencialmente difícil a causa de una hostilidad evidente del auditorio, ya sea por el sujeto a defender o por los hechos del proceso. En estos casos, las conclusiones revierten un mayor esfuerzo persuasivo, en el cual no es suficiente el exordio directo, sino que requiere mayor emotividad en detrimento de las razones jurídicas imperantes. Es retórica antes que argumentación.

En consecuencia, lo ideal sería recurrir al exordio por insinuación, el cual consiste en intentar llegar al ánimo de quien escucha por vías indirectas, casi sin que se dé cuenta (Cicerón, 1997, p. 112). De acuerdo con Cicerón, se puede hacer esto mediante cuatro formas antes expuestas: hablando acerca de nosotros mismos, de nuestros adversarios, de los auditorios y de los hechos.

Por último, el propio Cicerón nos brinda un hermoso ejemplo de exordio por insinuación, logrado a partir de las circunstancias en las que se examina una causa, con el objetivo de desmitificar lo grave de las acusaciones, en el discurso *Pro Caelio*:

Si por ventura, oh jueces, se presentase aquí alguien, ignorante de las leyes, del procedimiento, de nuestros usos, se preguntaría sorprendido cuál es la gravedad excepcional de este proceso, que en día de fiesta y de juegos públicos, cuando cualquier otra actividad forense está suspendida, se juzga; y no tendría ninguna duda de que está persiguiendo a un indiciado de un delito tal que si lo trascurrásemos, la ciudad no quedaría en pie.

Y cuando llegara a saber que no se trata ni de un atentado, ni de un alzamiento, o de cualquier violencia, sino de un joven conocido por su ingenio esplendoroso, por su simpatía, acusado por el hijo de quien por dos veces él llevó a juicio, pagado con el dinero de una prostituta, él seguramente no condenará su devoción filial, sino que pedirá que se le reprenda por el indigno capricho de una mujer y les juzgará víctimas de un exagerado celo en el trabajo, que ni siquiera os concede el reposo del que disfrutaban todos (1919).

2.2 LA NARRACIÓN

La parte del discurso que presenta la exposición de los hechos sobre los que el tribunal se pronunciará se llama narración. La excepción se presenta en el caso de que los hechos sean notorios, indubitados o aceptados por las demás partes. Según Quintiliano consiste en la “*exposición persuasiva de los hechos sucedidos o que se supone que han ocurrido*”. (Quintiliano, 1887).

Cicerón indica que la narración debe ser concisa, lo cual no quiere indicar necesariamente que sea breve, ya que debe ser completa, pero sin citar hechos irrelevantes, además debe ser también verosímil (1997, p. 122). Igualmente nosotros le agregamos que debe ser ordenada y clara. Además por mandato de ley, se exponen los hechos en orden cronológico, aplicando los requisitos de la acusación o querella, según corresponda.

En resumen, la brevedad de la exposición surge “cuanto sea necesario” (*quantum opus est*) y “cuanto sea suficiente” (*quantum satis est*). Con respecto a lo claro, nos referimos a que sea estructurada de manera que cuente los hechos en el orden en que sucedieron. Cuando nos referimos a que debe ser verosímil, nos referimos a la verdad; el orador deberá planear los hechos de manera que puedan prestarse a deducciones favorables para su tesis, porque se busca organizar los hechos siguiendo los pasos de un razonamiento lógico, de manera que se adelante al tribunal lo que puede ser el razonamiento de su sentencia. Vemos un ejemplo por antonomasia en el principio de correlación entre acusación y sentencia.

En este caso, la defensa de la persona acusada podría tener una ventaja (aunque no siempre se da) si expone hechos como creíbles, los cuales podrían ser mejores si los apoya en los hechos probados o no controvertidos en el juicio oral, por lo contrario, la fiscalía tendría que probar siempre todo sus alegatos.

También la narración debe ser expuesta de forma sencilla, los abogados y las abogadas deben evitar los adornos retóricos o formalistas y los conceptos indeterminados que no sean propios de la práctica forense. En consecuencia, la narración integra un aspecto preparatorio de la argumentación jurídica, porque tiene la doble tarea; primero, debe contribuir a la reconstrucción de los hechos según una sucesión lógica y cronológica de la teoría el caso; segundo, debe anticipar los argumentos que se van a tratar al finalizar con la refutación y la conclusión.

En síntesis, para los procesos judiciales, especialmente en el campo penal, por regla general, la narración de los hechos beneficia más a la acusación –pública o privada- que a la defensa. Por tanto, para Quintiliano, en estos casos, la narración se debe omitir. Ello tiene especial importancia para la psicología del tribunal, pues no resulta adecuada una descripción de hechos perjudiciales a nuestra causa. Por el contrario, lo adecuado sería referirse a: “que el hecho no ha sucedido; o que no es perjudicial; o que no es injusto; o bien que no posee una gravedad determinada”. (Aristóteles, 1999, pp. 574-575).

Debe reconocerse que, algunas veces, la narración puede ser útil incluso a fines defensivos. Así, por ejemplo, cuando se pretenda establecer alguna causa de justificación.

Lo importante es tener presente que la narración debe ir antes que la argumentación para seguir el orden lógico de los discursos; aunque, en algunos casos y para los fines de volver más disponible al auditorio, entre la narración y la argumentación, se puede insertar una digresión (*digressio*). Esta es una forma de desviación temporal del argumento principal que tiene como objeto un tema ajeno al tema *probandum*; pero es útil en su calidad de preparatorio o reforzador respecto al que nos proponemos demostrar, como por ejemplo, la inclusión de antecedentes de la persona denunciante (denuncias falsas) o de la persona acusada (reincidencia).

Por último, para que la digresión tenga cierta utilidad, esta debe ser breve, pero inteligente y amena. Por ello lo deseable sería considerar apoyarse en algunas figuras retóricas particulares del lenguaje común.

2.3 LA DIVISIÓN

En las conclusiones, es de suma importancia la división, esta se presenta cuando las razones o argumentos a desarrollar son diversos, incluso en casos con diferentes alternativas o tesis, sea principal y/o secundaria. Por ello, es recomendable mencionar esas cuestiones que se van a tratar como una forma de introducción, además brinda cierto orden en la deposición.

La división ayuda al discurso a tener brillantez y claridad expositiva de las ideas, igual es una muestra de preparación y conocimiento. Así, para Cicerón la división tiene dos partes. La primera “determina aquellos puntos en los que estamos de acuerdo con los adversarios y aquellos en los que disentimos” (1997, p. 126). Esto tiende a señalarle al tribunal dónde debe prestar más atención. Lo segundo “consiste en exponer breve y ordenadamente los asuntos que nos disponemos a tratar, esto lleva al oyente a retener en su mente unos puntos concretos y le hace ver, un vez que estos han sido ya discutidos, que el discurso ha terminado”. (*Ibidem*).

La división debe ser breve, completa y concisa. Logramos lo primero cuando no incluimos palabras innecesarias o frases profusas. La importancia de esta característica es que ayuda al tribunal a centrarse en los hechos de la causa, “*no en las palabras*”. (*Ibidem*).

La completud hace referencia a la inclusión de “*todo aquello que la causa implica y de lo que debemos hablar, sin omitir nada útil ni incluir algo demasiado tarde [...]*”. (Cicerón, p. 127). Por su parte, seremos concisos cuando precisamos el género propio de los hechos sin mezclarlo ni confundirlo con las especies (*Ibidem*).

2.4 LA DEMOSTRACIÓN (ARGUMENTACIÓN)

La demostración es la parte del discurso en la que debemos exponer las reglas de la justificación. (Cicerón, p. 130). En esta parte de la disertación, el o la jurista analiza las pruebas que respaldan los hechos de la narración; es decir, estimará el resultado de los medios de prueba evacuados en juicio, y de que manera confirman los puntos de sus conclusiones.

Consiste en la parte argumentativa de la prueba del juicio oral, al servicio de sus objetivos. Todo ello puede apoyarse en la jurisprudencia, doctrina, pero sin abusar de estos recursos. Los razonamientos expuestos son lo importante.

Cicerón afirma que, en la argumentación, toda afirmación debe ser probada mediante los atributos de la persona o los atributos de los hechos (1997, p. 131). Lo primero comprende el nombre, la naturaleza, la clase de vida, la condición, la manera de ser, los sentimientos, la afición, la intención, la conducta, las acciones y las palabras.

De seguido nos explica estableciendo que el nombre es aquello que se da a cada persona y sirve para designarla. Al ser de difícil definición, la naturaleza se anuncia con los atributos que la incluyen, citándose en estos y de manera general *“las cualidades espirituales y corporales que le hayan concedido”*. (Ibidem).

La clase de vida hace referencia a la educación y las costumbres familiares, lo relativo a la condición hace alusión a los oficios, mientras que, en la manera de ser, se *entiende la cualidad moral o física permanente definitiva, como podría ser alguna virtud o cualidad del sujeto* (ibidem) para algo en especial.

Los sentimientos son los cambios temporales en las mentes o en el cuerpo, producidos por algún motivo, como sería la alegría o la tristeza. La afición es la ocupación intelectual, constante aplicada con placer, como sería el amor por la lectura.

Por otra parte, la intención es la decisión razonada de hacer o no hacer algo, mientras que se deben analizar la conducta, los accidentes y las palabras en tres momentos: qué ha hecho, qué le ha ocurrido o qué ha dicho. (1997, p. 134).

Como podemos deducir, lo que Cicerón nos ilustra con los atributos de la persona, son en realidad las cualidades sociales y culturales que se deben valorar según las reglas del interrogatorio y del contrainterrogatorio, a efectos de valorar su credibilidad como testigo. Ello deviene de los estándares de prueba que nuestra normativa sigue, ya sean las reglas de la sana crítica, con sus elementos de la lógica, la psicología y la experiencia.

Por su parte, por sus atributos los hechos, son intrínsecos, circunstanciados, accesorios y las consecuencias. Lo primero se refiere a los atributos que aparecen siempre en relación con ella (la acción) y de la que no se puede separar. Las circunstancias hacen referencia al lugar, el tiempo, modo, ocasión y posibilidad (Cicerón, 1997, p. 134). Estos elementos tienen plena vigencia, ya que incluso la mayoría son requisitos necesarios sobre los cuales se discuten en juicio los hechos de la acusación. Además son requisitos esenciales en la constitución de la parte objetiva de la tipicidad penal.

Así, también nuestro código procesal establece una serie de reglas sobre la formulación de los hechos, tanto para la acusación, como para la querella, en tanto establece que "la acusación deberá contener: [...] b) La relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya". (Art. 303 CPP).

Es importante recalcar que, en los discursos de la práctica forense, la acusación está obligada solamente a demostrar la validez de sus razones probatorias; pero para la defensa normalmente tiene que argumentar, mediante la confrontación debatiendo los puntos y razonamientos del ente acusador.

Por ello, indicamos que para que la argumentación sea persuasiva, debe ir precedida por la confrontación de argumentos, lo cual es propio del principio de contradictorio del debate. Esto es por la dialéctica argumentativa de las partes, mediante la cual se contradicen las razones del adversario, por medio de la exposición de la contrahipótesis reconstructiva del hecho (por medio de la narración) y por la explicación de los argumentos de apoyo a dicha contrahipótesis. Incluso para la defensa, es factible simplemente contestar “que el hecho no ha sucedido; que no se han producido daños, que la entidad del daño no es tanta como pretenden o que han actuado justamente”. (Aristóteles, 1999, pp. 574-575).

Se debe disponer lo anterior, mediante las reglas lógicas y las técnicas argumentativas, así como algunos recursos oratorios a los cuales podríamos aplicar al caso en concreto que estemos discutiendo.

Para finalizar con este punto, encontramos un ejemplo de refutación en el ya mencionado discurso *Pro Celio* de Cicerón:

Dos son las acusaciones que se le han imputado a Celio por dos gravísimos crímenes horrendos contra la misma mujer: la primera de haber tomado prestado oro de Clodia; la segunda de haber preparado el veneno para matar a Clodia. Parece que el oro lo cogió, según lo que ustedes dicen, para dárselo a los siervos de Lucio Luceyo y mediante él matar a Dión Alejandrino, huésped de Luceyo precisamente. Tanto haber insidiado la vida de un embajador como haber empujado a unos esclavos a matar a un huésped de su amo son delitos enormes; un propósito de infamia negra y de temeridad. Pero en cuanto a esta acusación yo me pregunto antes que nada, si Celio reveló a Clodia el objetivo para el que le pedía el oro, o no. Si no se lo dijo, ¿cómo es que ella se lo dio? Si se lo dijo, ella se convirtió en cómplice... Y tú, Clodia, ¿verdaderamente has osado sacar de tu armario esos objetos de oro [...] sabiendo que ese oro era para cometer un delito, para asesinar a un embajador, para vergüenza eterna de ese hombre pío e integérrimo que es Lucio Luceyo? No, tu ánimo generoso no puede ser consiente de una maldad así [...]; Balbo lo entendió perfectamente y declaró entonces que Clodia ignoraba el objetivo verdadero para el que había sido pedido el oro y que Celio había aducido como pretexto que lo necesitaba para preparar unos juegos públicos. Pero si él hubiera sido tan íntimo como tú dices que era [...], ¿quieres que no le haya dicho para qué quería el oro? Sino existía tal intimidad, entonces ella no tenía motivos para dárselo. En otras palabras, si Celio te ha dicho la verdad, tú misma, loca, les ha dado concientemente el oro para el delito; sino osó decírtelo, tú no se lo has dado [...].

Permanece la acusa de envenenamiento a la que yo no sé encontrar sentido. ¿Cuál sería la causa, por qué motivo Celia habría querido envenenar a esta mujer? ¿Para no restituírle el oro? ¿Le había pedido que se lo devolviera? ¿Para que no lo implicaran en otro delito? ¿Y quién se lo habría echado en cara? ¿Quién habría hablado de ello nunca sí él mismo no fuera el acusador en el juicio? ¿No se dan cuenta de que la acusación de este delito mayor fue fabricada solamente para facilitarle un pretexto a la otra? ¿A quién le encargó la ejecución, Celio? ¿Qué confidente, qué compañero lo ayudó, en manos de quién habría puesto un delito así, a él mismo y a su propia vida? ¿En la de los esclavos de la mujer? ¿Podría estar tan loco como para confiar a esclavos ajenos su propia vida? (Cicerón, 1919, parr. 51-57).

2.4.1 DE LOS ARGUMENTOS

Cicerón indica que se realiza toda argumentación mediante inducción o deducción, pues para los clásicos no existía la abducción (1997, p. 145), la veían como una forma de inducción.

La inducción es un razonamiento que mediante proposiciones no dudosas logra la aprobación de la persona con la que se discute (Cicerón, 1997, p. 146).. Para ello, Cicerón nos ilustra la idea con el ejemplo de la discusión de la mujer de Jenofonte.

El caso es el siguiente: Sócrates presenta a Aspasia hablando con la mujer de Jenofonte y el propio Jenofonte, al cual se le pregunta: “Dime por favor, mujer de Jenofonte, si tu vecina tuviera una joya de oro más valiosa que la tuya, ¿preferirías la tuya o la suya? La suya, respondió. Y si tuviera vestidos y ornamentos femeninos más caros que los tuyos, ¿preferirías los tuyos o los suyos? Los suyos, por supuesto, respondió. De acuerdo. Y si ella tuviera un marido mejor que el tuyo, ¿preferirías el tuyo o el suyo? Ante esta última pregunta, la mujer de Jenofonte se ruborizó.

Entonces, Aspasia se dirigió al propio Jenofonte: Dime Jenofonte, si tu vecino tuviera un caballo mejor que el tuyo, ¿preferirías tu caballo o el suyo? El suyo, respondió. Y si tuviera una finca mejor que la tuya, ¿cuál de la dos preferirías tener? La mejor, por supuesto, respondió. Y si tuviera una esposa mejor que la tuya, ¿preferirías la tuya o la suya? Al llegar a este punto, Jenofonte se calló también (Cicerón, 1997, p. 147).

Así, en este tipo de razonamiento, lo importante es introducir un enunciado que fundamente la analogía y que sea imposible de rechazar, como sucedió en el anterior ejemplo, donde podríamos especular cuál sería la respuesta según el orden de los anteriores enunciados.

Como se puede apreciar, un razonamiento inductivo tiene tres partes; en la primera, consta de una o varias analogías; la segunda, una proposición que queremos que sea admitida y por la cual hemos utilizado esas analogías; la tercera es la conclusión que refuerza lo que ha sido admitido o muestra las conclusiones que se siguen de ella (1997, p. 149).

Por su parte, la deducción es un razonamiento que obtiene una conclusión probable a partir de los propios hechos considerados. Esta conclusión, expuesta y considerada en sí misma, se impone por su propia evidencia (1997, p. 149).

En consecuencia, los argumentos deben seguir un orden de importancia notable al conferirles una mayor fuerza de persuasión. Pero la fuerza de los argumentos se deriva, además del orden en el que se dispone, de su capacidad de determinar la adhesión del auditorio y, sobre todo, de la mayor o menor medida de su convergencia.

La capacidad de un argumento debe suscitar el apego del auditorio, lo cual va de la mano con su eficacia intrínseca y la coincidencia deductiva de la narración, porque cualquier argumento objetivamente válido de por sí debería ser también persuasivo, aunque no siempre esto es así, y ello se debe a que la fuerza de un argumento depende de su capacidad de resistir a las objeciones

de la persona adversaria. Por ello, lo ideal sería que, en casos de discrepancia en el contradictorio, las partes utilizaran las réplicas y las réplicas.

Por último, debemos recordar que el razonamiento se basa en generalizaciones, y las hay, pero el derecho no toma en cuenta cualquier generalización. Entonces, ¿cuando sí es aceptable por el derecho? Cuando existen probabilidades suficientes, y eso se logra mediante la justificación racional de mi generalización, por medio de argumentos sólidos aceptados.

2.5 LA REFUTACIÓN Y CONCLUSIÓN

La refutación es la parte del discurso en que las pruebas de los adversarios son atenuadas o rebajadas, debilitadas (Cicerón, 1997, pp. 161-162), mediante los argumentos. Por su parte, por medio de la conclusión, terminamos nuestro discurso y, por ende, es el cierre de nuestras conclusiones.

En las conclusiones del juicio penal, por lo general, las refutaciones van de la mano con la conclusión, pues estas tienen una función de persuasión y de implicación del auditorio doble. Esta se realiza por medio de la “recapitulación”, la “indignación” o la “compasión”.

La recapitulación consiste en recordar y pasar revista rápidamente de los principales argumentos tratados durante la argumentación y de la refutación; “*hemos mostrado este punto, hemos probado aquel otro*” (Cicerón, 1997, p. 181). No obstante, es importante no repetir todo nuevamente, sino elegir de cada una de las argumentaciones, los puntos centrales y tratarlos con la máxima expresión.

La indignación es la parte que “*sirve para provocar una gran hostilidad contra alguien o una animadversión igualmente fuerte contra algo*”. (Cicerón, 1997, p. 182), como puede ser el propio sistema judicial o las reglas implementadas para ese determinado delito; por ejemplo, las políticas contra las drogas. La indignación puede ser usada por ambas partes: acusador y defensa. Para el primero, la ventaja está en las posturas de alarma social y miedo a la delincuencia, mientras que, para la defensa, en arengas sobre la desproporcionalidad en las penas, el hacinamiento carcelario, los derechos humanos e, incluso, el principio de culpabilidad de la sociedad. Lógicamente, todo ello sucede cuando proceda.

Por su parte, en la compasión, lo típico de los discursos judiciales de defensa sería la búsqueda de “*la benevolencia de los jueces*” (Cicerón, 1997, p. 185), ya sea amparado en argumentos, en fines emotivos, por circunstancias personales del infractor o simplemente retórica.

Cicerón nos refiere un buen ejemplo de “compasión, en el epílogo del discurso en defensa de Marco Celio, ampliamente citado en las presentes notas:

Mirad la juventud, pero tened presente al mismo tiempo ante vosotros la edad tardía de este infeliz que no tiene otra ayuda que ese hijo único, más esperanza que él, que esto sólo teme, perderlo; este infeliz que, suplicante ante vuestra autoridad, postrado más que a vuestros pies, ante vuestro ánimo y vuestra sensibilidad, vosotros aliviaréis, en recuerdo de vuestros padres, de la sonrisa de vuestros hijos, exaltando en el dolor ajeno, vuestra piedad y vuestra bondad. No queráis, oh jueces, afrentar, todavía más con vuestra herida que por la ley del tiempo, el fin de este hombre ahora cercano al ocaso, ni quebrantar esta joven vida ya radicada en la virtud en su primera flor, como un torbellino o una tempestad imprevista. Conservadle el hijo al padre para que no parezca que habéis golpeado y truncado una juventud rica de toda esperanza. Si nos lo conservaréis para nosotros, para los suyos y para la república lo reduciréis estrechamente devoto a vosotros -oh jueces- más que cualquier otro, habréis recogido los frutos más ricos duraderos. (Cicerón 1919, Obras completas. Vida y discursos. Tomo XVI).

2.6 CONSIDERACIONES FINALES

No existen manuales que nos enseñen cómo hablar adecuadamente en un debate y, aunque existieran, las variables de cada persona hacen imposible un mínimo común de reglas. Sin embargo, podemos encontrar en los clásicos algunos *topoi* que nos sirvan de guía, mas no de breviario de cabecera.

No obstante, hoy es cada vez menos común encontrar juezas y jueces dispuestos a escuchar largos discursos, por lo cual resulta mejor ser concisos y precisos. Y una forma de lograrlo es siguiendo los pasos que Cicerón describe. Igualmente, como al final, las conclusiones son arbitrarias en el sentido de contingencia, se deberá cumplir un mínimo de puntos del discurso, los cuales no necesariamente se cumplan todos.

Para finalizar, se deberá realizar un epílogo como cierre de las conclusiones. Con carácter general, esta fase puede dividirse en dos partes: la recapitulación del sumario y las consideraciones jurídicas, donde se recuerden las ideas esenciales de la prueba de la refutación, y la conclusión, en forma de petición final donde se “solicita” o se afirma que “proceden” la condenatoria y la absolutoria del sujeto del proceso.

Por su importancia, las conclusiones aconsejan que su contenido haya sido preparado previamente, para hacer la conclusión de manera ordenada y clara, dando una buena impresión final al tribunal.

En este sentido, vemos que las ideas de Cicerón, más que más, reflejan en gran medida la práctica forense de las conclusiones. Sin embargo, la práctica nos indica que la mayoría de la veces, no se discute sobre derecho penal, menos sobre la concurrencia de algún delito, sino que casi exclusivamente disertamos sobre la credibilidad de los y las testigos o sobre la legalidad de alguna prueba.

No obstante, con las presentes notas, pretendemos hacer ver que eso que venimos haciendo es solo una parte del discurso jurídico –la narración-, por lo que se deben explotar muchos otros recursos que, ya desde la época romana, Cicerón enseñaba y practicaba.

Por último, debemos recordar que no se gana o se pierde un juicio por la oratoria de las partes, sino por la prueba. Por mejores destrezas que posea un letrado o una letrada, no serán sus palabras las que inclinen la balanza, por lo cual, podría pensarse en que las presentes notas pierden su relevancia.

Pero considero importantes las conclusiones con argumentos sólidos para ilustrar los elementos de prueba y hacer verle al tribunal, las dimensiones y aristas del caso. Se trata de orientar interesadamente a la persona juzgadora, quien deberá ser capaz de admitir aquella orientación que se le dirija, por medio de una correcta valoración de la prueba y rechazar aquella otra que trate de (des)orientarla hacia otros lugares.

La tesis aceptada de la defensa o la acusación no dependerá de los actores, sino de las personas juzgadoras, puesto que tienen la obligación de justificar la aceptación de una, y el rechazo de otra. Son medios, no resultados.

2.7 Bibliografía

Aristóteles. (1999). *Retórica*. (Q. Racionero, Trad.). Madrid: Gredos.

Binder, A. (2000). *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Buenos Aires: Publicaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

Cicerón, M. T. (1919). *Obras completas. Vida y discursos. Tomo XVI*. (D. Tendero, & F. L. Calvo, Trads.) Madrid: Librería de Perlado. Páez y Cía.

Cicerón, M. T. (1997). *La invención retórica*. (S. Núñez, Trad.) Madrid: Gredos.

Quintiliano, M. F. (1887). *Instituto oratoria*. (I. Rodríguez & P. Sandier, Trads.). Madrid: Fundación El Libro Total.

“Tratamiento diferenciado de la solicitud de medidas de protección reguladas por la Ley de Violencia Doméstica de Costa Rica, a favor de personas adultas mayores y personas menores de edad”

José Miguel Fonseca Vindas
Marisselle Zamora Ramírez

RESUMEN

En este artículo se pretende analizar –brevemente – el tratamiento diferenciado que debe emplearse en las solicitudes de medidas de protección bajo la Ley contra la Violencia Doméstica, a favor de personas menores de edad y personas adultas mayores, bajo la intención de proponer distintos lineamientos en cada caso bajo examen.- Se parte de la premisa de que no se debe aplicar la Ley mencionada de la misma manera que se utiliza cuando quien solicita medidas es pareja sentimental de su contra parte.- Atendiendo para ello principios fundamentales de protección especial para personas adultas mayores, y el interés superior para personas menores de edad.-

Palabras claves: Solicitud de medidas de protección / Personas Adultas Mayores / Personas Menores de edad / Violencia doméstica / protección especial / interés superior / Tratamiento / Código de Niñez y Adolescencia / Ley Integral de la Persona Adulta Mayor.-

ABSTRACT

This article aims to analyze -briefly- the differential treatment to be used in applications for protective measures under the Law on Domestic Violence, for minors and the elderly , under the intention to propose different guidelines in examen.- Each case under the premise is that you should not apply the Act referred to in the same way that is used when the person requesting measures is girlfriend of Parties- Response against fundamental principles for this special protection for people older adults, and the best interest for people under age.-

Keywords: Application of protective measures / Older Persons / Minors / Domestic Violence / special protection / interests / Treatment / Code of Childhood and Adolescence / Integral Adult Person Act Mayor.-

1. Introducción

El Estado costarricense aprobó mediante la Ley 7499, publicada en La Gaceta No. 123 del 28 de junio de 1995, la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención Belem do Pará.-

En el marco de esta Convención, el artículo 2 estableció la preocupación por la violencia que sufren las mujeres, tanto en el ámbito familiar (violencia doméstica) como fuera de la familia (violencia de

género) y para combatir ese flagelo, los Estados asumieron una serie de deberes, entre los cuales se destacan:

- *- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- *- Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;*
- *- Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*

Para cumplir con lo ordenado, Costa Rica ha implementado leyes como las de Violencia Doméstica, la cual promulgó mediante Ley 7586, publicada el día 2 de mayo de 1996; así como la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, promulgada mediante Ley 8589, publicada el día 30 de mayo de 2007.-

En cuanto a la primera (Ley 7586), el Estado costarricense instauro un procedimiento ágil y sencillo –el cual con la reforma del 2011 se hizo aún más ágil y más sencillo– para combatir la violencia que se produce contra las mujeres en el plano de la violencia intrafamiliar.-

No obstante, Costa Rica trascendió esa obligación al disponer que por medio de la Ley contra la Violencia Doméstica se brindara –además– protección especial a madres, a personas menores de edad, a personas adultas mayores y a personas que presenten alguna condición de discapacidad.- (Artículo 01 LVD)

Bajo tales supuestos, nos resulta importante realizar una diferenciación entre el procedimiento o tratamiento que se debe realizar en los procesos de solicitud de medidas de protección a favor de personas menores de edad, a personas adultas mayores, en relación con aquellos procesos en donde las partes involucradas mantengan una condición sentimental de pareja.-

La idea es definir que en cada supuesto la persona juzgadora, no puede ni debe resolver de la misma manera, ya que la naturaleza de cada pretensión es distinta.-

En el caso de las personas menores de edad, el tratamiento de la solicitud de las medidas de protección, mantiene una naturaleza proteccionista, la cual debe tutelarse bajo la óptica de la protección integral de dichas personas, a partir de su interés superior.-

En tanto, con relación a las personas adultas mayores, la protección que se brinda es de resorte constitucional, por lo que no requiere de relaciones de parentesco, dependencia o subordinación.-

2. Marco teórico

Pretendemos realizar una corta investigación cualitativa de las distintas vicisitudes del proceso de solicitud de medidas de protección a favor de personas menores de edad y a favor de personas adultas mayores; bajo la premisa de conformar una seria, razonada y fundamentada diferenciación entre el otorgamiento de dichas medidas en cada supuesto, comparando dicha investigación con criterios recientes del Tribunal de Familia, algunos de la Sala Constitucional y la normativa nacional y convencional vigente.-

Contamos además con la entrevista de tres –reconocidas– personas juzgadoras en el área de la Violencia Doméstica.- La señora Shirley González, Jueza de Violencia Doméstica de Alajuela; el señor Robert Camacho y la señora María Ester Brenes, Juez y Jueza del Juzgado de Violencia Doméstica de Heredia.- El criterio de estas tres personas es fundamental para poder asumir desde ya, que la solicitud de medidas de protección merece un tratamiento diferenciado, dependiendo de la naturaleza del conflicto a tratar.-

3. Objetivos generales

Priorizar sobre las distinciones procesales del otorgamiento de medidas de protección a favor de personas menores de edad y personas adultas mayores, bajo la intención de proponer distintos lineamientos en cada caso bajo examen.-

4. Objetivos específicos

Comparar el proceso de medidas de protección regulado por la Ley 7586, en tres distintos escenarios; el “más regular” donde se otorgan medidas de protección a una persona que sufre violencia intrafamiliar por parte de su pareja, en relación con aquellos procesos en donde la persona beneficiaria de tales medidas es una persona menor de edad, o bien, una persona adulta mayor.-

Se parte de la premisa de que los tres escenarios son diferentes entre sí, por lo que no pueden tramitarse de la misma manera, ni tampoco, se puede ofrecer una única solución procesal a cada caso concreto.-

5. ¿Qué son las medidas de protección que otorga la Ley Contra la Violencia Doméstica?

Ante todo debemos explicar –básicamente– que la solicitud de medidas de protección; “*son mecanismos especiales de protección, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional*” (Mata, Liana. 2011, pag.90).-

Podemos decir que tal protección obedece a la naturaleza del proceso cautelar, pero que en sí mismas se consideran medidas autosatisfactivas, las cuales pretenden la protección de los derechos humanos, considerados bienes jurídicos de relevancia para la sociedad; entre otros la vida, la integridad física, psicológica, sexual y patrimonial; se contempla la violencia doméstica – específicamente la violencia intrafamiliar– como violación flagrante de estos derechos, establecidos como prioritarios.-

Bajo esa línea de pensamiento, podemos asumir que las medidas de protección tienen una naturaleza autosatisfactiva, exclusivamente para brindar protección, adoptadas por la autoridad judicial competente para garantizar el derecho a la vida, la integridad y dignidad de las personas víctimas de violencia doméstica, sin que con ellas se pretende la declaración ni constitución de derechos entre las personas involucradas en el caso concreto.-

5.1 Solicitud

Generalmente, el trámite inicia con la solicitud de medidas de protección ante la autoridad judicial competente.- Es importante destacar que la gestión inicial del proceso no se llama ni demanda ni tampoco denuncia, sino simplemente es una la solicitud de medidas de protección que realiza una persona por escrito, o bien, en los propios estrados judiciales a la autoridad competente.- No se requiere patrocinio letrado y puede recibir –en el caso de las mujeres– asistencia jurídica del Instituto Nacional de la Mujer (INAMU).-

En asuntos donde las medidas de protección vayan dirigidas a favor de personas adultas mayores o bien a favor de personas menores de edad, la solicitud de tales medidas puede iniciarse a través de un informe, gestión, aviso u cualquier otro medio de instituciones encargadas de tutelar o proteger a esta población; ejemplo de ello son las referencias de la Caja Costarricense del Seguro Social, del Ministerio de Educación, Albergues o Centros de cuido.-

En la mayoría de los procesos de solicitud de medidas de protección, la legitimación activa la mantiene aquella persona solicitante que mantenga una condición de vulnerabilidad por sufrir violencia intrafamiliar.- Obviamente, la persona que resulte ser la presunta agresora, mantendrá la legitimación pasiva para asumir el cumplimiento de las posibles medidas a imponer.-

Al respecto de la legitimación activa, la Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, establece la posibilidad de que cualquier persona que conozca de los abusos puede solicitar las medidas de protección –párrafo segundo del numeral 57–; en tanto la Ley de Violencia Doméstica, establece que solo existe legitimación activa de terceras personas cuando la víctima se encuentra imposibilitada para solicitar las medidas de protección.- (Artículo 7).-

En cuanto a la legitimación pasiva, podemos advertir que la Ley de Violencia Doméstica, solo resulta aplicable cuando los actos de agresión son cometidos por los cónyuges, los convivientes o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.- Con respecto a la Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, no existe esta limitación.-

Por otro lado, con relación a la competencia material, son los despachos de Violencia Doméstica –especializados– o bien, los Juzgados Contravencionales, de Familia o Penales, quienes deben atender este tipo de gestiones.- Con respecto a la competencia territorial, será competente cualquier despacho judicial de los antes mencionados para el otorgamiento de medidas de protección, dejando claro que sólo en turnos de disponibilidad –fuera de la jornada ordinaria– podrá prorrogarse la competencia territorial.-

En otro orden, los presupuestos formales de la solicitud de medidas de protección, serán aquellos que establece la misma Ley.- El numeral 09 de la Ley bajo examen, nos establece que la solicitud de medidas debe indicar el nombre, apellidos, calidades completas, vecindario de ambas partes; los hechos en que se funda; las pruebas correspondientes; las medidas que pretende en el caso concreto; y el señalamiento de medio o lugar para recibir notificaciones.-

Recordemos que la persona solicitante de medidas de protección, bajo el parámetro de la Ley contra la Violencia Doméstica, obtiene un tratamiento diferenciado de otros procesos, donde la interpretación de dicha Ley es aplicable en lo dispuesto por las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos como la CEDAW y la Convención Belem do Pará, normativa que posee rango superior a la ley, e incluso a la Constitución en cuanto establezca mayores o mejores derechos.- De ahí que es importante destacar la informalidad, sumariedad, oficiosidad y celeridad que tiene este tipo de asuntos.-

5.2 Procedimiento

Tengamos presente que desde la reforma a la Ley Contra la Violencia Doméstica –año dos mil once– el procedimiento diseñado por el legislador para el conocimiento de este tipo de asuntos, tiene una estructura **monitoria** según la cual, una vez realizada la solicitud de protección, la autoridad judicial debe decidir si ordena o no las medidas peticionadas.-

Bajo el Voto 00079-2015 del Tribunal de Familia, se dijo que “...cuando se formula la solicitud, la persona Juzgadora debe valorar: **a) Si la Ley contra la Violencia Doméstica resulta aplicable**, pues hay escenarios en que pese a que exista violencia no procede aplicarla. Piénsese por ejemplo en un pleito entre vecinos. **b) Si la persona que solicita la protección está legitimada para hacer la petición**. El Estado costarricense respeta el principio de autonomía de la voluntad y, en consecuencia, aunque persona reciba agresión, el Estado no debe actuar a menos de que la solicitud de protección provenga de un solicitante legitimado.- **c) Si los hechos que se describen constituyen, objetivamente, una conducta de violencia...**” (Lo resaltado no es del original); bajo estos parámetros procede la imposición de medidas de protección; o mejor dicho, el otorgamiento de tales medidas.- Contrario sensu, si el escenario presentado no obedece a estos presupuestos, es necesario denegar aquello que se pretende.-

Es importante destacar, que si la decisión de la autoridad judicial es otorgar medidas, o bien, denegar las mismas, debe resolverse la cuestión mediante una resolución debidamente fundamentada, en donde se indiquen las razones de hecho y de derecho por las cuales la autoridad judicial considera procedente o no imponer o denegar las mismas.-

Hágase énfasis en la obligación de la persona juzgadora resolver la solicitud de medidas en resolución fundada, sin que se permita –siquiera– rechazar o denegar la gestión en estrados judiciales, por cuanto, hacerlo de esa forma sería ir en contra de la garantía constitucional de acceso a una justicia pronta y cumplida.-

En caso de rechazar la solicitud de medidas, esa resolución –fundamentada– puede ser apelada ante el Superior en Grado dentro del tercero día.- Empero, si la resolución acoge la solicitud y otorga medidas de protección, la misma carece de todo recurso (artículo 10 LVD), por lo que la persona llamada a cumplirlas efectivamente debe acatarlas de inmediato, a partir de su notificación personal.-

Esa persona que debe cumplir las medidas de protección, puede solicitar a la autoridad judicial que ordene medidas en su contra, la realización de una comparecencia, en donde pueda negar los hechos que le atribuyen y por los cuales se piden medidas de protección; o bien, puede solicitar se admitan los hechos alegados por la solicitante, pero con variantes, con rectificaciones o con justificaciones; de igual manera, la persona obligada a cumplir con las medidas de protección, puede estimar que la Ley contra la Violencia Doméstica no es aplicable al caso concreto y bajo esa tesis, realizar una teoría del caso distinta en dicha audiencia.-

Siguiendo con el Voto 00079-2015 del Tribunal de Familia, debemos tener en claro que la importancia de la comparecencia en esta materia, radica en que la parte obligada a cumplir las medidas, puede alegar que las mismas son irrazonables, innecesarias o desproporcionadas, por lo que podría demostrar circunstancias distintas de las alegadas por la parte solicitante; no quizás para que se revoquen tales medidas, sino para que éstas se adecuen al caso concreto; este escenario es interesante, ya que para la audiencia mencionada, podría ser tema de controversia la falta o indebida fundamentación de la resolución que otorga medidas de protección, por lo que en este momento procesal se podría subsanar la posible falta cometida.-

En otras palabras, la comparecencia no sólo sirve para discutir si los hechos se produjeron o no; sino que se abre la posibilidad de discutir la procedencia de lo resuelto, subsanando posibles defectos en el procedimiento.-

5.3 Medidas típicas y atípicas

En los procesos de solicitud de medidas de protección, se podrán ordenar tanto medidas típicas como atípicas.- Serán típicas aquellas que expresamente contempla la Ley en su numeral 03, es decir, aquellas que taxativamente dispone la norma.- En cuanto a las atípicas, podemos decir que son todas aquellas medidas, que sin estar previstas de forma expresa en la Ley, pueden ser ordenadas por la autoridad judicial en caso de estimarse necesario y previa valoración de cada caso concreto.-

La existencia de las medidas de protección llamadas atípicas, implica el reconocer la imposibilidad de contemplar en el articulado de una ley, la totalidad de las posibles situaciones que se presenten en la realidad social, y pretenden brindar una *“mayor tutela y protección de derechos humanos,*

como la vida, dignidad e integridad de las personas, ante una sociedad sumamente cambiante, en la que el derecho irá siempre detrás, como un reflejo de esa realidad social”.- (Mata, Liana. 2011, pag.91).-

Es importante destacar que bajo los supuestos de solicitud de medidas de protección a favor de personas menores de edad o personas adultas mayores, la taxatividad del numeral 03 de la Ley de Rito es insuficiente, por lo que, bien podemos acudir a otra normativa que disponga en su ordenamiento jurídico, otras distintas medidas que protejan a la persona solicitante.-

Recordemos que la imposición de medidas de protección, tienen un carácter autosatisfactivo por el cual sustenta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho –también fundamental– a la protección especial que debe brindar el Estado a poblaciones en condición de vulnerabilidad.-

Sobre el primero –tutela judicial efectiva– nuestra Sala Constitucional ha reconocido el derecho de toda persona a la tutela cautelar, para la efectiva protección de sus derechos fundamentales; bajo el Voto N° 2005-6224 de las 15:16 horas del 25 de mayo de 2005 –dicha Sala– estimó que a *“partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables (sic) a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) **No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito.** (...) Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador (sic) no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez (sic) debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia.”.-* (Lo resaltado se suple)

En cuanto al segundo –protección especial– la misma Sala Constitucional, ha dicho que con base al numeral 51 de la Constitución Política, se deriva una obligación especial para el Estado costarricense, la de dotar de una protección especial a la familia, a la mujer, al niño, al anciano y al enfermo desvalido.- (Leer al respecto Sentencia 1465-01).-

5.4 Plazo de vigencia

Las medidas de protección, según el numeral 04 de la Ley de Rito, mantendrán una duración de un año, mientras no sean levantadas o modificadas con anterioridad por resolución judicial firme.- El plazo corre a partir de la notificación de la persona obligada a cumplir las mismas.-

Con relación al cese de las medidas de protección, el artículo 05 ibídem establece que se podrá solicitar el levantamiento anticipado de la medida, pudiendo la autoridad judicial, ordenar –si lo considera conveniente– previa valoración de los informes de trabajos social y psicología.-

Importante destacar que el párrafo infine del numeral de cita, establece que aún de oficio podrá levantarse la medida de protección, siempre y cuando, se evidencie que la Ley está siendo utilizada en contra de sus fines –artículo 01 misma Ley–; ya que la creación de esta Ley es para garantizar la

protección de las personas víctimas de la violencia doméstica y no de aquellas personas que utilizan la misma Ley para reforzar conductas violentas.-

Sobre este punto –el plazo– debemos considerar que de acuerdo con la Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, no existe ese límite temporal por el simple hecho de que la patología jurídica es distinta.- En estos procesos como se verá más adelante, se regula una protección especial, que por la consideración de un espectro más amplio de la condición de vulnerabilidad, merece una atención procesal distinta y con ello, un flexibilidad en el plazo de su vigencia.-

5.5 Audiencia y dictado de sentencia

Son los numerales 12, 13 y 14 de la Ley Contra la Violencia Doméstica, los que regulan de manera básica el señalamiento, desarrollo y finalización de una única audiencia la cual pretende recabar la prueba necesaria ofrecida entre las partes, para proceder de manera inmediata al dictado de la sentencia.-

Se señala dicha comparecencia en los casos donde la persona obligada a cumplir las medidas de protección, lo hubiese solicitado, o bien, cuando la persona que solicito dichas medidas tuviese antecedentes como agresora.-

Cuando la comparecencia sirva para decidir la procedencia de la solicitud de medidas, se debe recabar la prueba ofrecida por las partes para resolver si se mantienen o no las mismas; bajo el entendido de que la vigencia de las medidas de protección obedece a la comprobación de la conducta que constituye violencia en perjuicio de la persona solicitante.-

Recordemos que en la audiencia que nos ocupa, el material probatorio debe ser sometido al contradictorio y por ello es que a la hora de tomar la decisión, la autoridad judicial tiene el deber de valorar todos los elementos de prueba en conjunto, y solo en caso de duda, es posible que disponga mantener las medidas correspondientes; obviamente señalando por cuales dudas mantiene en vigencia tales medidas.-

Si las pruebas no le generan duda y llega a la conclusión de que los hechos no se produjeron, o bien, que los hechos sucedieron de una forma distinta o incluso que sí sucedieron pero medió una justificación (como cuando la persona agrede para defenderse de un ataque); entonces la persona juzgadora, debe ser coherente y decretar el cese de las medidas de protección, en resolución fundada.- (Dar lectura al ya mencionado Voto 00079-2015 del Tribunal de Familia).-

5.6 Seguimiento

Bajo el numeral 17 de la Ley Contra la Violencia Doméstica, se establece la obligación de la autoridad judicial que otorgó medidas de protección, el deber de revisar los resultados de la ejecución de las mismas.- Se pretende con esto reforzar el tratamiento multidisciplinario de las posibles medidas concedidas y que las mismas, estén dando resultado positivo.-

El seguimiento de las medidas, las realiza la persona juzgadora, quien se puede auxiliar del Departamento de Trabajo Social y Psicología, o la Policía.-

En esta etapa del proceso, de acuerdo con los posibles escenarios del caso concreto, podría valorarse la necesidad y procedencia, de imponer otras medidas de protección que complementen el marco de protección a la persona víctima, o bien, podría resultar que la vigencia de las medidas resulte innecesaria por mayor plazo, por lo que se disponga de un cese anticipado.-

6. Tratamiento de solicitudes de medidas de protección a favor de personas adultas mayores.

Para un buen entendimiento de lo que se pretende exponer, debemos tener presente que la protección para la población adulta mayor, surge como un deber del Estado y la propia sociedad.-

El artículo 51 de la Constitución Política dispone que: "*La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, **el anciano** y el enfermo desvalido.*"- (El destacado no corresponde al original).-

Nuestra la Sala Constitucional, bajo el Voto N°2008-14183 de fecha veinticuatro de setiembre del dos mil ocho, ha señalado que en virtud de lo dispuesto en la norma antes transcrita, se debe advertir que la protección especial por parte del Estado para estos grupos de personas, constituye **un verdadero derecho fundamental**, exigible en las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia.- Este carácter de derecho la Sala se lo otorga a la protección de las personas adultas mayores, reforzando en las personas Juzgadoras, su deber a la hora de resolver estos asuntos con absoluto esmero y cuidado, ya que está de por medio, brindar la protección necesaria para aquellos sectores especiales de la población que, por su condición, así lo requieren.-

Es importante advertir, que este deber de tutela está incluso cobijado en el ámbito supraconstitucional, toda vez que múltiples instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos lo contemplan.-

El numeral 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

*"Artículo 17.- Protección de los ancianos.- **Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad.** En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones*

de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.” (El destacado se suple).-

Bajo los lineamientos convencionales, de acuerdo con el numeral 48 de nuestra Ley Fundamental, la protección derivada de los derechos humanos no está constreñida a los convenios y tratados formalmente ratificados por Costa Rica (como sucede con el protocolo supra citado), sino que se extiende a cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no esté formalmente suscrito ni aprobado conforme al trámite constitucional (Leer al respecto sentencias de la Sala Constitucional 2007-001682, 2007- 03043 y 2007-004276).- Es decir, para brindar esta protección especial, las personas juzgadoras pueden (deben) tomar en consideración otros instrumentos internacionales de derechos humanos **que no han sufrido** el trámite constitucional, pero que conforme a lo arriba explicado, forman parte del parámetro de constitucionalidad y, por ende, resultan aplicables.-

Entre tales instrumentos destacan el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (Resolución de la Asamblea General 37/51 del 3 de diciembre de 1982), que reafirma la convicción de que los derechos fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican plena e íntegramente a la población adulta mayor, al reconocer que la "*calidad de Vida, no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las Personas de Edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades, de una vida plena, saludable, segura, satisfactoria y ser estimadas como parte integrante de la Sociedad*".- Asimismo, la dignidad, el respeto, los cuidados especiales y toda consideración que deben gozar las personas adultas mayores dentro de la sociedad, están avaladas por lo establecido en los Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas Adultas Mayores (Resolución de la Asamblea General 46/91 del 16 de diciembre de 1991).-

De reciente data –junio 2015– bajo la necesidad de tener un instrumento regional jurídicamente vinculante que proteja los derechos humanos de las personas mayores y fomente un envejecimiento activo en todos los ámbitos, la Asamblea General de la OEA estableció la **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores**, la cual tiene por objeto (Artículo 1) el promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.-

El inciso n) del numeral 3 de la Convención mencionada, establece –como principio general aplicable– la protección judicial efectiva, mediante la cual se deberán realizar todas las medidas afirmativas que enmarca este cuerpo normativo, a fin de brindar un adecuado acceso a la justicia, garantizando a la persona mayor, un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.-

El artículo 9 ibídem, establece el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia.- Bajo tal óptica, se regula que la persona adulta mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.-

Es importante dejar claro que para los efectos de esta Convención, se entenderá por violencia contra la persona mayor cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado.- Además, se dice que la definición de violencia contra la persona mayor comprende, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica o que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra.-

Bajo este encuadre Convencional, podemos entender –aún más– el alcance del marco de protección legal que ostentan las personas adultas mayores.-

Al respecto, nótese que el numeral 31 ibídem, regula en lo concerniente al derecho al acceso a la justicia, en el tanto, que toda persona adulta mayor, **tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable**, por un juez/a o tribunal competente; pero además establece que los Estados parte, deben asegurar que la persona mayor tenga acceso **efectivo** a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, **incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas**.-

En Costa Rica, las políticas institucionales del Poder Judicial, ofrecen un adecuado tratamiento al respecto, ya que se garantiza la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos judiciales.- De ahí la importancia de ofrecer un tratamiento distinto a este tipo de asuntos, donde la actuación judicial debe ser particularmente expedita.-

En lo que toca al derecho interno, es relevante lo dispuesto por la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley número 7935 de 25 de octubre de 1999, cuyo artículo 1º establece como objetivo garantizarle a las personas adultas mayores igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos, atención integral e interinstitucional por parte de las entidades públicas y privadas, funcionamiento adecuado de los programas y servicios destinados a ellos, y la protección y seguridad social.- Dicha normativa nacional en su numeral 57 establece en lo literal:

*“Para **prevenir la violencia** física, psicológica, patrimonial o sexual **contra las personas adultas mayores, se aplicarán las medidas de protección y los procedimientos ordenados***

***en la Ley contra la violencia doméstica**, No. 7586, de 10 de abril de 1996. Estarán legitimados para solicitarlos, en especial los representantes de las instituciones públicas y privadas encargadas de los programas de atención a la persona adulta mayor, así como cualquier persona que conozca de estos abusos.” (Lo resaltado se suple).-*

Esto básicamente lo que instituye es que a favor de personas adultas mayores, con el fin de prevenir la violencia en contra de tal población, resulta posible aplicar las medidas de protección que regula la Ley Contra la Violencia Doméstica y para ello, se aplicara el procedimiento allí establecido.-

Véase que la norma de comentario, únicamente remite a la Ley objeto de análisis, **en cuanto al procedimiento**; y que con respecto a las medidas de protección aplicables, se trata tanto de aquellas establecidas en la misma Ley (las típicas) cómo aquellas que no lo están (las atípicas).-

Como se dijo líneas atrás, en cuanto a la legitimación para incoar la solicitud de medidas, la Ley de comentario, establece que estará legitimado para solicitar medidas de protección a favor de personas adultas mayores, los representantes de las instituciones públicas y privadas encargadas de los programas de atención a la persona adulta mayor, así como cualquier persona que conozca de estos abusos.- Esto permite una legitimación activa extensiva para quienes requieran –por Ley– estar llamados a brindar la protección necesaria de esta población.-

De igual manera, se colige la amplitud de formas en que una solicitud de medidas de protección, debe resolverse, incluso a partir de un simple llamado o manifestación de tercera persona, la autoridad judicial está obligada a iniciar los procedimientos necesarios para atender a esta población.-

Véase como todo este marco legal, brinda una protección extensiva a las personas adultas mayores, por lo que el tratamiento del proceso de solicitud de medidas no debe encasillarse únicamente a las regulaciones de la Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, o bien, a la Ley Contra la Violencia Doméstica.-

De ahí la importancia de hacer notar que la naturaleza de este tipo de procesos, en donde se pretenda la protección especial de una persona adulta mayor, no puede limitarse al empleo de las medidas típicas del numeral 03 de la Ley bajo examen, sino que serán las condiciones y circunstancias del caso concreto, lo que definan el tipo, modo y plazo de las medidas a imponer.-

El Tribunal de Familia ha desarrollado un criterio uniforme en este tipo de procesos, en donde destaca que no es necesario –para imponer medidas de protección– los requisitos de parentesco, dependencia o subordinación; la razón primordial sería que la aplicación de la tutela judicial –en este tipo de asuntos– se fundamenta en un cuerpo normativo especial (numeral 57 arriba transcrito), por lo que únicamente se requiere que la solicitud de tutela judicial la haga una persona adulta mayor y que además se alegue la existencia en su contra de algún tipo de violencia, ya sea física, psicológica, patrimonial o sexual.- (Leer al respecto Sentencia 00307-2015 de fecha 22/06/2015 del Tribunal de Familia).-

7. Tratamiento de solicitudes de medidas de protección a favor de personas menores de edad

Desde el año 2014 en el Tribunal de Familia, hubo –en minoría– el criterio de replantearse la utilización de la solicitud de medidas de protección a favor de personas menores de edad, cuando la persona presuntamente agresora lo era alguno de sus progenitores.-

Bajo el Voto 380-14 –criterio de minoría– se estimó necesario identificar la evolución de la legislación que regula el tema de la protección que el Estado costarricense debe brindar a las personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad.-

Costa Rica, mediante Ley 7184, publicada en La Gaceta 149 del 9 de agosto de 1990 aprobado la Convención sobre los Derechos del Niño; dicha Convención trajo consigo un cambio radical en el tema de los derechos y deberes de los niños, las niñas y las personas adolescentes, pues con ella se pasó de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral.-

Básicamente el cambio supuso que las personas menores de edad ya no serían objetos de protección, sino sujetos titulares de derechos fundamentales.-

Lo fundamental en ese este nuevo paradigma, es la consideración de que los niños, niñas y adolescentes son personas, sujetos titulares de derechos.- Por ende, se abandonaba –al menos formalmente– la idea de que estas personas eran incapaces, “menores”, que no tenían derechos, en estricto sentido, y que estaban supeditados en todo a la opinión y decisión que, sobre los mismos, se hacían los padres y las madres, o las personas con las que convivían.-

A partir de este cambio legal, se pretende no solo otorgar a las personas menores de edad, la condición de titulares de derechos, sino que además, se pretende que tales derechos deban ser ejercidos por sus titulares, sin más límites que los establecidos en la Constitución y la ley.-

Lo anterior nos dice que debemos mirar de manera distinta a las personas menores de edad, ya no como meros objetos de decisión y protección, sino como principales protagonistas en el proceso de su desarrollo.-

Para ello se deben desarrollar las normas programáticas contenidas en la Convención supra mencionada, las cuales se encuentran regladas por nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia – Ley 7739, Gaceta No. 26 del 6 de febrero de 1998–; este cuerpo normativo tiene la particularidad de establecer una jerarquía normativa que lo coloca por encima de la demás legislación ordinaria, por lo que sus disposiciones resultan transversales al resto de la legislación que regule temas vinculados a la niñez y la adolescencia.-

Bajo el Código supra mencionado, se aborda el tema de las **medidas de protección** que se deben decretar a favor de las personas menores de edad, dedicando a ello todo el Capítulo II del Título III, artículos 128 a 153; dentro de las regulaciones más interesantes y novedosas se encuentra el hecho de que el órgano competente para decretarlas es el Patronato Nacional de la Infancia, institución

autónoma que de acuerdo al artículo 55 de nuestra Constitución, es la encargada de proteger a las madres y a las personas menores de edad, con la colaboración de otras instituciones del Estado.-

En tal sentido, podemos decir que las medidas de protección que decreten las Oficinas Locales del PANI son apelables ante la Presidencia Ejecutiva (art. 139) y además se puede acudir ante la sede judicial (arts. 141 a 153), en donde "*se tramitarán las situaciones suscitadas a partir del dictado de las medidas de protección por las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia*" (art. 152).- Lo relevante acá es atender que cuando la norma remite a una sede judicial, no lo hace ante los Juzgados contra la Violencia Doméstica, sino ante los Juzgados que tienen competencia en materia de Niñez y Adolescencia, verbigracia el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia en San José y los diferentes Juzgados de Familia que existen en las demás provincias.-

En el plano del Código de la Niñez y la Adolescencia, se contempla **expresamente** la procedencia de las medidas de protección a favor de las personas menores de edad ante la "**falta, omisión o abuso de los padres, tutores, encargados o responsables**." (Artículo 130.b).-

Por ende, sí el Código de la Niñez y la Adolescencia –el cual es posterior y especial a la Ley contra la Violencia Doméstica– contempla de forma explícita la situación de violencia en que pueda estar inmersa una persona menor de edad por parte de sus progenitores, o de alguno de ellos; y para ello tiene desarrollado el mecanismo para imponer las correspondientes medidas de protección, se puede advertir que prevalece en este tipo de asuntos el tratamiento del Código de Niñez y Adolescencia, frente al trámite de la Ley Contra la Violencia Doméstica.-

Del Voto de minoría arriba señalado, se concluye básicamente que los Juzgados Contra la Violencia Doméstica **no son competentes para conocer de las solicitudes de protección que se formulan a favor de las personas menores de edad**, sino que estos procesos deben ser conocidos ante las Oficinas Locales del Patronato Nacional de la Infancia, o bien, ante Juzgados de Niñez y Adolescencia o de Familia.-

Tal postura se comparte porque es evidente que el abordaje que la Ley contra la Violencia Doméstica ofrece, no es compatible con el que requiere la situación jurídica expuesta.- Es decir, no es lo mismo abordar un asunto donde la persona víctima sea pareja sentimental de quien le agrede, con relación aquel asunto, donde quien es víctima es además hijo o hija de esa persona agresora.-

La Ley de Violencia Doméstica impone un abordaje fuerte de choque, en donde –prácticamente– desvincula a la persona agresora de la víctima; tal proceder es comprensible en relaciones de pareja donde –generalmente– la víctima corre grave riesgo; no obstante, en aquellos asuntos, donde la persona agredida es hija o hijo de quien agrede, en el tanto esas agresiones no representen un grave riesgo a la persona menor de edad, el tratamiento que se debe emplear es bajo la óptica que ofrece la Convención del Niño y el Código de Niñez y Adolescencia.-

Al respecto, tanto la Convención como el Código supra señalados establecen que la persona menor de edad, debe ejercer y gozar los derechos fundamentales que le son reconocidos; dentro de estos derechos, uno muy importante es el derecho a crecer y a desarrollarse al lado de sus progenitores.-

Obviamente tal postura se avala en el tanto no exista riesgo eminente de la persona menor de edad en permanecer con sus progenitores; pero lo que pretendemos rescatar, es que no en todo asunto de violencia doméstica, donde se alegue maltrato o castigo físico de uno de los progenitores a su hijo o hija menores de edad, se debe emplear la desvinculación familiar, sino por el contrario, acceder por medio de la normativa especializada, a una atención coherente, razonable y proporcional que permita la permanencia sana de esa persona menor de edad con sus progenitores o cuidadores.-

Nótese que el Código de la Niñez y la Adolescencia contempla medidas de protección tales como la orientación, el apoyo y el seguimiento a la familia; matrícula y asistencia obligatoria a establecimientos de enseñanza; así como medidas específicas para los progenitores, a quienes se les puede remitir a programas de protección a la familia.-

Si bien tenemos claro que dicho Código también contempla medidas más drásticas (*como por el ejemplo, en casos donde se alegue algún delito de lesiones o contra la libertad sexual, se podría ordenar el desalojo de la persona agresora a solicitud del PANI u otra institución o persona pública o privada; ver artículo 34 ibídem*), que implican la separación de la persona menor de edad de la custodia de sus progenitores, debemos advertir que estos casos –aún en la sede administrativa– tal medida tiene un plazo máximo de seis meses –no un año como con la Ley de Violencia Doméstica– y que en ese período, la institución debe hacer todo cuanto sea necesario para procurar que la persona menor de edad regrese con ellos, obviamente, con garantía de que la situación que originó la separación ha sido superada.-

Todo lo anterior no quiere decir que los Juzgados contra la Violencia Doméstica nunca deban de conocer las solicitudes de protección que se formulan a favor de personas menores de edad; evidentemente esa no es la propuesta, sino que se apela a que el tratamiento del caso bajo conocimiento de la persona juzgadora, contenga y mantenga las garantías que establece la normativa nacional y convencional, antes referidas.-

Es evidente que el rol de atención que brindan los Juzgados de Violencia Doméstica, es de mayor espectro que aquel por el cual puede intervenir la oficina local del Patronato Nacional de la Infancia, empero, esa atención debe ir de la mano con la protección que regula la normativa especializada.- (*En cuanto al horario de atención, los despachos de Violencia Doméstica, mantienen una disponibilidad durante las horas no hábiles, a su vez, cuentan con la colaboración de la Fuerza Pública para mantener a su orden –hasta por 24 horas– a la persona agresora, según el inciso b del numeral 20).*-

En tal virtud, sí es procedente que el Juzgado contra la Violencia Doméstica asuma, en circunstancias excepcionales, el conocimiento de estas solicitudes, pero las medidas de protección deberán tener vigencia solamente durante el tiempo necesario que transcurra para que la Oficina Local asuma el conocimiento del asunto; o bien, que las medidas a imponer, sean desde la normativa especializada –Código Niñez y Adolescencia– y no necesariamente desde el numeral 3 de la Ley de Violencia Doméstica.-

Consideramos que bajo el tema de la jerarquía normativa antes expuesta, la persona juzgadora está en la obligación de ponderar la situación que se presenta y de resolver el conflicto de forma que respete al máximo el interés superior de la persona menor de edad, dimensionado desde su enfoque

tripartito: como derecho, como principio y como norma de procedimiento.- La Observación General N° 14 (2013) dispone sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de dicha Convención).- Al respecto citamos en lo literal:

"[...]

6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) **Un derecho sustantivo**: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental**: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) **Una norma de procedimiento**: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

7. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas. (Lo destacado se suple)

Por ende, bajo estas tres aristas, consideramos pertinente reflexionar sobre el tema en cuestión y por ello, se parte de una enfoque distinto entre la aplicación "tradicional" de medidas de protección a favor de personas menores de edad, y el empleo de tal normativa, dejando de lado el tratamiento especializado que requiere esta población.-

Nuestra Sala Constitucional –bajo el voto 12019-2006– al declarar la inconstitucionalidad del otrora artículo 156 del Código de Familia, dijo que la Constitución Política establece claramente que las personas progenitoras tienen hacia sus hijos e hijas, iguales obligaciones; empero, la misma Sala ha interpretado que también tendrán los mismos derechos, en tanto la autoridad parental supone un conjunto de poderes-deberes que no se puede fragmentar.-

Es por ello, que bajo ese poder-deber, razonamos que el tratamiento de los asuntos donde se alegue violencia por parte de un progenitor hacia su hijo/a, debe ser aquel que ofrezca la mayor protección, sin desatender el desarrollo integral de las personas menores de edad, bajo el cual es fundamental la presencia activa del padre y de la madre.-

Los artículos 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen claramente que las personas menores de edad tienen el derecho a relacionarse con sus progenitores, salvo que dicha relación sea contraria a lo que se ha denominado "**el interés superior del niño**".- No obstante para ello, la misma Convención dispone que deberá seguirse un procedimiento de conformidad con la normativa interna y con participación de todas las partes.-

Al respecto de ese abordaje integral, mediante el Voto 143-2015 –en mayoría– el Tribunal de Familia emite un pronunciamiento que evoca lo arriba expuesto.-

En dicho Voto se revocan aquellas medidas de protección –dadas por imperio de Ley– que suspenden los atributos de la autoridad parental y a la orden de abstenerse de intervenir en ellos en contra de uno de los progenitores con respecto de sus hijas menores de edad; al respecto, tal pronunciamiento consideró y citamos:

“... IV. En el segundo reclamo, este Tribunal estima que sí ha motivo para modificar lo resuelto. Dentro de las medidas de protección que ordenó el señor Juez se encuentran dos que tienen relación con el ejercicio de la autoridad parental por parte de la señora [Nombre 003]: La suspensión provisional de los atributos referentes a la autoridad parental referentes a la guarda, crianza, administración de bienes y representación de sus hijas menores de edad, y la orden de abstenerse de interferir, en cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación, así como en la representación y administración de los bienes de sus hijas menores de edad.

*Las medidas de protección que decreta una autoridad judicial deben ser razonadas, proporcionales y necesarias, de allí la obligación que tiene de consignar los motivos por los que las ordena. En este caso, el señor juez consignó su razonamiento al señalar que las medidas las ordenaba para salvaguardar la vida y la integridad física y psicológica de las personas menores de edad. **Consideramos que la medida de protección que fija a las niñas un domicilio distinto al de su madre, es la que resulta adecuada y la que sirve a los fines expuestos por el Juzgador. Las dos medidas que se refieren a la suspensión de atributos y a la orden de no interferir en ellos las estimamos innecesarias y desproporcionadas porque en este caso la conducta que se atribuye a la madre es de carácter omisivo (no haber actuado cuando el solicitante le informó la preocupación por los hechos que le relataron las hijas que procrearon en común), y aunque se justifica que las niñas permanezcan bajo el cuidado personal del padre, la suspensión de los demás atributos podría discutirse en un escenario más amplio y donde se pueda examinar mejor si eso es lo que en realidad resulta más favorable para las personas menores de edad.** Con estas dos medidas prácticamente se cierra cualquier discusión por todo un año, pues la autoridad judicial no las decretó por un plazo menor.” (Lo destacado se suple).*

Nótese que el criterio del Tribunal fue revocar la desproporción de la medida que ordeno la suspensión de los atributos de la patria potestad, habiéndose ya ordenado un cambio en la custodia de las personas menores de edad; no había necesidad de ir tan lejos, cuando con la medida del cambio en la custodia bastaba para detener la agresión sufrida.-

Otro de los Votos que pretendemos exponer –el número 434-2015 del Tribunal de Familia– analiza la importancia de ese abordaje integral de los procesos administrativos y/o judiciales, donde este de por medio los intereses de una persona menor de edad.-

Dicho pronunciamiento dice que “...*Cuando una persona menor de edad **sufre cualquier forma de violencia por parte de sus progenitores, el Estado tiene la obligación de intervenir...***”, por ello advierte que si bien “...*existe una **amplísima gama de posibilidades** a las cuales se puede acudir...*”, exalta la existencia de un problema en la práctica, cual es que “...*en cada una de ellas se ha venido actuando de manera aislada, entendiéndose que como en cada solución diseñada por el legislador se han definido autoridades con competencia para conocer del caso, todas ellas deben actuar en su propia esfera...*”; esto lo que evidencia, es que con la existencia de un solo hecho –entiéndase la agresión–, este produce una serie de efectos atendibles en distintas competencias administrativas y/o judiciales.-

Hablamos de aquellos asuntos donde por castigo físico hacia persona menor de edad, uno de sus progenitores acude al PANI a solicitar medidas de protección conforme al Código de Niñez y Adolescencia, pero de igual manera acude al Juzgado de Violencia Doméstica correspondiente para solicitar medidas de protección a favor de su hijo/a.- Ese mismo progenitor, solicita ante el Juzgado de Familia la modificación de la guarda, o a su vez, la suspensión o pérdida de la patria potestad en contra del otro progenitor.- Al mismo tiempo, pudo incoar denuncia ante el Ministerio Público por abuso del ejercicio de la autoridad parental.- En fin, el desboque de acciones siguen sumando.-

En criterio del Tribunal de Familia –Voto antes referido– el abordaje que se debe dar en estos asuntos, debe procurar el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas menores de edad, mediante el cual se apliquen todas las disposiciones tendientes a su cumplimiento en los diversos instrumentos.-

Sobre este punto, cabe resaltar al autor Diego Benavides Santos, quien ha proferido en sus obras la existencia de tres principios fundamentales del proceso familiar, los cuales son el principio del abordaje integral, el principio de solución efectiva y el principio de responsabilidad procesal.- Don Diego afirma que “**el abordaje disgregado del conflicto se perfila como uno de los grandes talones de Aquiles del actual sistema judicial de familia. Es posible plantear un sinnúmero de juicios para hacerle la vida imposible al otro, y para guerrear. Se propone un proceso único, y un Juez con competencia ampliada para todo el conflicto**”.- (BENAVIDES SANTOS, Diego. (2006) Hacia un derecho procesal de familia. Editorial Juritexto. San José. p.78).-

Sobre este tema, el también autor Jorge L. Kielmanovich, explica que el proceso familiar debe estar inspirado en los principios de simplificación de los procedimientos y de la perpetuatio jurisdictionis, y con relación a este último explica: “**el cual parte de la premisa de reconocer 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, que de otro modo podrían ser de competencia de otros tribunales." (KIELMANOVICH, Jorge L. (2008) Los principios del proceso de familia. En obra conjunta "Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general." Editorial Jurídica Continental. San José. p.25).-

Por último, la actual Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Eva Camacho Vargas, reconoce la trascendencia del principio del abordaje integral, complementando el concepto con la indicación de que no se debe "**desaparecer las competencias especializadas en materia de pensiones alimentarias, niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar**".- (CAMACHO VARGAS, Eva. (2008) Los principios procesales desde un enfoque familiar. p.33).-

Valorando lo antes transcrito, se debe advertir que cuando se denuncia agresiones en contra de una persona menor de edad sufrida por alguno de sus progenitores –o cuidadores– el abordaje que debe dar el Estado tiene que ser de manera coherente y articulada entre las distintas instituciones a las que el legislador le confirió la responsabilidad de actuar en defensa de esos derechos; siendo esta la razón por la que se estima –según criterio Voto supra mencionado– que en la actualidad resulta jurídicamente inaceptable que se pueda acudir a dos o varias vías simultáneamente y que en cada una de ellas se adopten y ejecuten decisiones aisladas.-

Bajo la misma línea de pensamiento, encontramos el Voto 00268-2015, también del Tribunal de Familia, mediante el cual se ratifico entre otros cuestionamientos realizo una serie de reflexiones alrededor de la Observación General No. 13, la cual realizó el Comité sobre los Derechos del Niño en el año 2011 sobre el "Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia".-

En este Voto se volvió a ratificar el criterio supra expuesto –abordaje integral– en el cual se reconoce que la protección de los derechos de las personas menores de edad es un tema de evidente interés público, en donde el Estado –Juzgados de Familia, Violencia y Niñez, así como Oficinas Locales del PANI– está en la obligación de garantizarlos y por ello el legislador ha establecido disposiciones tendientes a su cumplimiento en diversos instrumentos.- Sin que por ello, se permita o resulte procedente la dispersión de vías y procedimientos para atender un caso concreto, ya que de lo contrario, tal proceder resultaría aún más lesiva del mejor interés de los niños, niñas y adolescentes.-

Con todas estas opiniones y criterios, consideramos en concreto, que el Código de la Niñez y la Adolescencia, aborda de manera efectiva, regulada, coherente y articulada, la problemática de violencia contra personas menores de edad sufrida por sus progenitores o cuidadores.- Dicho Código contiene un proceso de protección diseñado para proteger los derechos de las personas menores de edad sin que necesariamente se tenga que menoscabar -o incluso aniquilar- las relaciones familiares, disponiendo medidas de protección que orienten, apoyen y den seguimiento a las familias.- (Sobre el particular se puede consultar la sentencia VD 15-2015 del Tribunal de Familia).-

8. Conclusiones

Ofrecemos una serie de conclusiones –que en realidad son propuestas– las cuales nos dan pie para idealizar una serie de cambios al tratamiento que ya han iniciado Juzgados de Violencia Doméstica de Heredia y Alajuela (entre otros), considerando a su vez, criterios del propio Tribunal de Familia que respaldan tales prácticas.-

Consideramos importante ponderar y reflexionar en el tema, a partir de la garantía constitucional de la protección especial, tanto a personas menores de edad como a personas adultas mayores, por la cual debemos tutelar el derecho de estas personas, sin que existan preconcepciones o mitos alrededor de nuestro criterio.-

Ofrecer una atención especializada, que respalde el derecho al acceso a la justicia, por el cual se evidencie el compromiso y evolución, del Derecho de Familia.-

Para ello, debemos tener claro que tratándose de procesos donde se decida otorgar solicitudes de protección a favor de personas menores de edad o adultas mayores, se debe realizar un abordaje integral, en donde se tutele una protección especial que obedece a una distinta naturaleza y por ende, merece un tratamiento diferenciado.-

Con respecto a las personas menores de edad, debemos aplicar en exclusiva la normativa de Niñez y Adolescencia; nacional y convencional; excepcionalmente aplicar las medidas de que regula el numeral 03 de la Ley de Violencia Doméstica; brindar protección inmediata, razonable y proporcional; y remitir a la autoridad competente para la solución del conflicto.-

En asuntos donde este por medio los intereses de personas adultas mayores, debemos brindar un abordaje integral – pluri institucional, así como una atención especializada de amplio espectro que accione otras esferas estatales.-

Por lo dicho, ejemplificamos “pocos” pero significativos empleos de medidas atípicas por considerar en cada caso:

PERSONAS MENORES DE EDAD	PERSONAS ADULTAS MAYORES
Entrevista con persona menor de edad	Entrevista in situ de la persona adulta mayor
Cuido u abrigo temporal	Ordenar abrigo temporal
Restablecer contacto parental	Restablecer contacto familiar
Ordenar instaurar proceso de protección en sede administrativa o judicial	Convocar personas interesadas para elaborar plan de cuidado y atención
Testimoniar piezas ante autoridad penal	Suministro de medicamentos
Convocar a personas interesadas para elaborar plan de atención	Atención en Albergue diurno para alimentación
Ordenar ingreso centro educativo	Ordenar ayuda del IMAS
Ordenar programas de atención Clínica del Adolescente	Ordenar internamiento en CCSS
Ordenar programas de "Escuela para padres"	Abordaje multisectorial institucional

En otro orden de ideas, pero siempre bajo la tesitura de diferenciar este tipo de procesos a partir de su especial naturaleza de protección, nos preguntamos si procede o no la conciliación; entendida esa conciliación como un acuerdo o estrategia que evoque y propicie un adecuado tratamiento a cada caso concreto.-

Para ello valoramos dos posibles escenarios: a) Aquellos procesos de personas adultas mayores, con una intensidad leve o moderada de violencia, en donde no exista relaciones de parentesco, ni cotidianidad o dependencia económica; y b) Aquellos procesos de personas menores de edad, por empleo de castigo físico leve o moderado, por parte de alguno de sus progenitores o cuidadores (medidas del CNA).-

La intención no es escandalizar a nadie sobre este punto, sino más bien reflexionar hasta que punto, mediante un plan de atención en este tipo de asuntos, formado a partir de acuerdo entre las personas intervinientes, podría la administración de justicia brindar un mejor tratamiento al amparo de la naturaleza de cada proceso.-

El pensamiento expuesto no surge de forma aislada, véase que el artículo 9 del Código Procesal de Familia (proyecto de Ley) establece que “...*Podrán aplicarse otros mecanismos alternos de solución de conflictos regulados en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos o instrumentos internacionales, siempre que sean compatibles con los objetivos y fines de la materia familiar. Se prohíbe la conciliación en aquellas situaciones en que se constaten relaciones desiguales de poder, **salvo que se determine que lo acordado beneficie a la persona en situación de vulnerabilidad**...*”; el numeral 196 ibídem establece “... *En violencia intrafamiliar o protección de derechos de personas en estado de vulnerabilidad **sólo se admitirá cuando sea evidente que el acuerdo favorezca a la víctima**...*”; bajo esta postura, la cual si bien no es Ley, fue considerada y elaborada por una alta cámara de personas juristas en el desarrollo del Derecho de Familia, por la cual consideramos plausible y posible, dependiendo del caso concreto, procurar un acuerdo de voluntades en procesos de esta naturaleza.-

La mejor conclusión que podemos dar, son las palabras de la **Jueza María Ester Brenes**, quien nos mostró **la importancia de revisar el marco legal de la Ley Contra la Violencia Doméstica, desde un enfoque de derecho humanos, donde se debe aplicar e interpretar dicha Ley con flexibilidad y por ende, con la ayuda del marco convencional, para así realizar un abordaje integral de cada caso concreto.**-

9. Bibliografía y referencias

Leyes.

Constitución Política de Costa Rica (1949)

Ley 7184, publicada en La Gaceta 149 del 9 de agosto de 1990 aprobado la Convención sobre los Derechos del Niño

Ley 7499, publicada en La Gaceta No. 123 del 28 de junio de 1995.- Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención Belem do Pará.-

Ley Contra la Violencia Doméstica.- Ley 7586, publicada el día 2 de mayo de 1996.-

Código de la Niñez y la Adolescencia.- Ley 7739, publicado en La Gaceta No. 26 del 6 de febrero de 1998.-

Ley Integral para la Persona Adulta Mayor.- Ley número 7935 de 25 de octubre de 1999.

Ley 8589, publicada el día 30 de mayo de 2007.- Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres.-

Sentencias

Votos del Tribunal de Familia, único Tribunal de apelación en materia de Violencia Doméstica en Costa Rica.- Números 380-14 (Voto en minoría), 00015-2015, 00079-2015, 00268-2015, 00307-2015 y 434-2015.-

Votos de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica.- Números 1465-01, 6224-2005, 12019-2006.-

Proyecto de Ley

Código Procesal de Familia

Instrumentos Internacionales

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (Resolución de la Asamblea General 37/51 del 3 de diciembre de 1982)

Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas Adultas Mayores (Resolución de la Asamblea General 46/91 del 16 de diciembre de 1991).-

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Comité de los Derechos del Niño.- Observación General No. 13, la cual realizó el Comité sobre los Derechos del Niño en el año 2011 sobre el "Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia".-

Comité de los Derechos del Niño.- Observación General N° 14 (2013) dispone sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1 de dicha Convención)

Libros

BENAVIDES SANTOS, Diego. (2006) Hacia un derecho procesal de familia. Editorial Juritexto. San José. p.78.-

CAMACHO VARGAS, Eva. (2008) Los principios procesales desde un enfoque familiar. p.33.-

KIELMANOVICH, Jorge L. (2008) Los principios del proceso de familia. En obra conjunta "Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general." Editorial Jurídica Continental. San José. p.25.-

Revista

Mata Méndez, Liana. (2011) Revista 1 Colecciones Derecho y Justicia. Derecho de Familia.- *"Medidas típicas y atípicas de protección contra la violencia doméstica"*. Escuela Judicial.- [id=2&xhr=t&q=Las+tutelas+procesales+diferenciadas.+Aspectos+pr%C3%A1cticos+que+justifican+su+sistematizaci%C3%B3n&es_nrs=true&pf=p&output=search&sclient=psy-ab&oq=Las+tutelas+procesales+diferenciadas.+Aspectos+pr%C3%A1cticos+que+justifican+su+sistematizaci%C3%B3n&gs_l=&pbx=1&bav=on.2,or.r_cp.r_qf.&bvm=bv.44770516,d.eWU&fp=b7cd2308f6763af8&biw=1241&bih=606](http://www.escolajudicial.gov.co/revistas/revista1/colecciones/derecho-y-justicia/derecho-de-familia/medidas-tipicas-y-atipicas-de-proteccion-contra-la-violencia-domestica)

Jurisprudencia de la Sala Constitucional

Recuperado de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Detalle_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=425263&nValor3=125384&strTipM=E1&Resultado=2