

Poder Judicial

Nº 124

ISSN 2215-2385

EDICIÓN ESPECIAL

Código Procesal Civil

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2385

Nº 124 Edición Especial

Octubre 2018

DIRECTORA

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Ileana Guillén Rodríguez
Directora Escuela Judicial.
Poder Judicial.

Suplente

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

MSc. Jorge Olaso Alvarez
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial.
Poder Judicial

Suplente

M.Sc. Hubert Fernández Argüello.
Juez del Tribunal de Apelaciones de la Jurisdicción
Contencioso - Administrativo, Poder Judicial

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales
Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia
Penal. Poder Judicial

M.Sc. Raymond Porter Aguilar
Juez del Tribunal Penal III Circuito Judicial.
Poder Judicial

Suplente

M.Sc. Yerma Campos Calvo.
Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia.
Poder Judicial

MSc. Diego Benavides Santos.
Juez Tribunal de Familia.
Poder Judicial

Suplente

M. Sc. Fabián Arrieta Seglau.
Centro de Apoyo, Coordinación y Mejoramiento
de la función jurisdiccional
Poder Judicial

M.Sc. Xinia Fernández Vargas
Secretaría Técnica de Género.
Poder Judicial

MBA. Magdalena Aguilar Álvarez
Coordinadora del Área de Servicios Técnicos
Escuela Judicial

Suplente

MBA. Marisol Barboza Rodríguez
Especialista en métodos de Enseñanza.
Escuela Judicial



REVISTA JUDICIAL
EDICIÓN ESPECIAL, 2018
Fundada en 1976
ISSN: 2215-2385

Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORIA

Vilma Alpizar Matamoros
valpizar@poder-judicial.go.cr
valpizar@yahoo.com

Diseño de la portada:

Raúl Barrantes Castillo

Diagramación e impresión:

Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial

Colaborador:

Román Bresciani Quirós

Revisión filológica:

Lic. Irene Rojas Rodríguez

© Edición aprobada por el Consejo Editorial
de la Revista Judicial

CANJE

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

CORRESPONDENCIA Y SUSCRIPCIONES:

Revista Judicial, Escuela Judicial:
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL

<http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/>

CORREO ELECTRÓNICO:

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	7
 ARTÍCULOS	
Oralidad e intermediación funcionales al servicio de la gestión judicial en el Nuevo Proceso Civil. <i>MSc. Juan Carlos Meoño Nimo</i>	11
La carga de la prueba en la reforma civil: ¿Carga dinámica, reinversión de la prueba, ¿redistribución de la prueba o facilidad probatoria a través de sanciones procesales. <i>MSc. Jorge Olaso Álvarez</i>	33
La conducta procesal de las partes en el nuevo Código Procesal Civil <i>Dr. Farith Suárez Valverde</i>	49
La publicidad de las audiencias en el nuevo proceso civil: alcances y límites <i>M. Sc. Bernardo Solano Solano</i>	73
Capacidad de figurar como parte según los apartados 4° y 5° del 19.1 del nuevo Código Procesal Civil: casos de entidades no personificadas y patrimonios separados. <i>Lic. Carlos Dalolio Jiménez</i>	93
Consideraciones generales básicas, aspectos novedosos, cuestionamientos y algunas perspectivas de interpretación respecto de la tutela cautelar en el Nuevo Código Procesal Civil (Carácter práctico sustantivo) <i>MSc. Greivin Steven Mora Alvarado</i>	109
Realización del Patrimonio Relicto. <i>MSc. Javier Víquez Herrera</i>	129
Las costas en el nuevo Código Procesal Civil. <i>Dr. Guillermo Guilá Alvarado</i>	143
Algunas innovaciones sobre honorarios legales en la ley 9342. <i>Lic. Carlos Manuel Estrada Navas</i>	155
Perpetuidad objetiva y subjetiva de la competencia en el Nuevo Código Procesal Civil <i>Lic. María Angélica Fallas Carvajal</i>	161
 PERSONAJES	
<i>Los redactores del Nuevo Código Procesal Civil.....</i>	179

RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES

Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Volúmenes I y II.

Dr. Jorge Alberto LÓPEZ GONZÁLEZ. 183

PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NÚMERO 187

NORMAS DE PUBLICACIÓN 189

PRESENTACIÓN

Presentación

El 8 de octubre de 2018 comenzó a regir el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica, que en palabras de sus redactores, conforma una normativa moderna que pretende ser el instrumento que permita una justicia pronta y de calidad.

Para ver materializado el texto que hoy tenemos en nuestras manos, hay que reconocer el esfuerzo de tantas personas que aportaron su tiempo y trabajo, a fin de lograr esta meta. Entre estas personas cabe citar al expresidente de la Corte don Luis Paulino Mora (qdDg) y al magistrado Luis Guillermo Rivas y por supuesto a los redactores del Código el Dr. José Rodolfo León Díaz, el Dr. Jorge Alberto López González y el Dr. Gerardo Parajeles Vindas, quienes como ha señalado el Dr. López, pasaron dos años enclaustrados estudiando y redactando la normativa que hoy estrenamos.

Aunado a este esfuerzo se suma la colaboración de una serie de funcionarios del Poder Judicial, en especial jueces, que guiados por la Comisión de la Jurisdicción Civil del Poder Judicial y acompañados por una extensa labor de la Escuela Judicial y su personal, se avocaron a la puesta en práctica de programas de capacitación que han llegado hasta los lugares más lejanos del país, donde mediante charlas y material de diversa índole hacen más fácil la comprensión de los cambios que contiene esta nueva legislación. Esta labor ha sido encabezada especialmente por el Magistrado de la Sala Primera, Dr. William Molinari Vélchez y el Magistrado suplente de esta, Dr. José Rodolfo León.

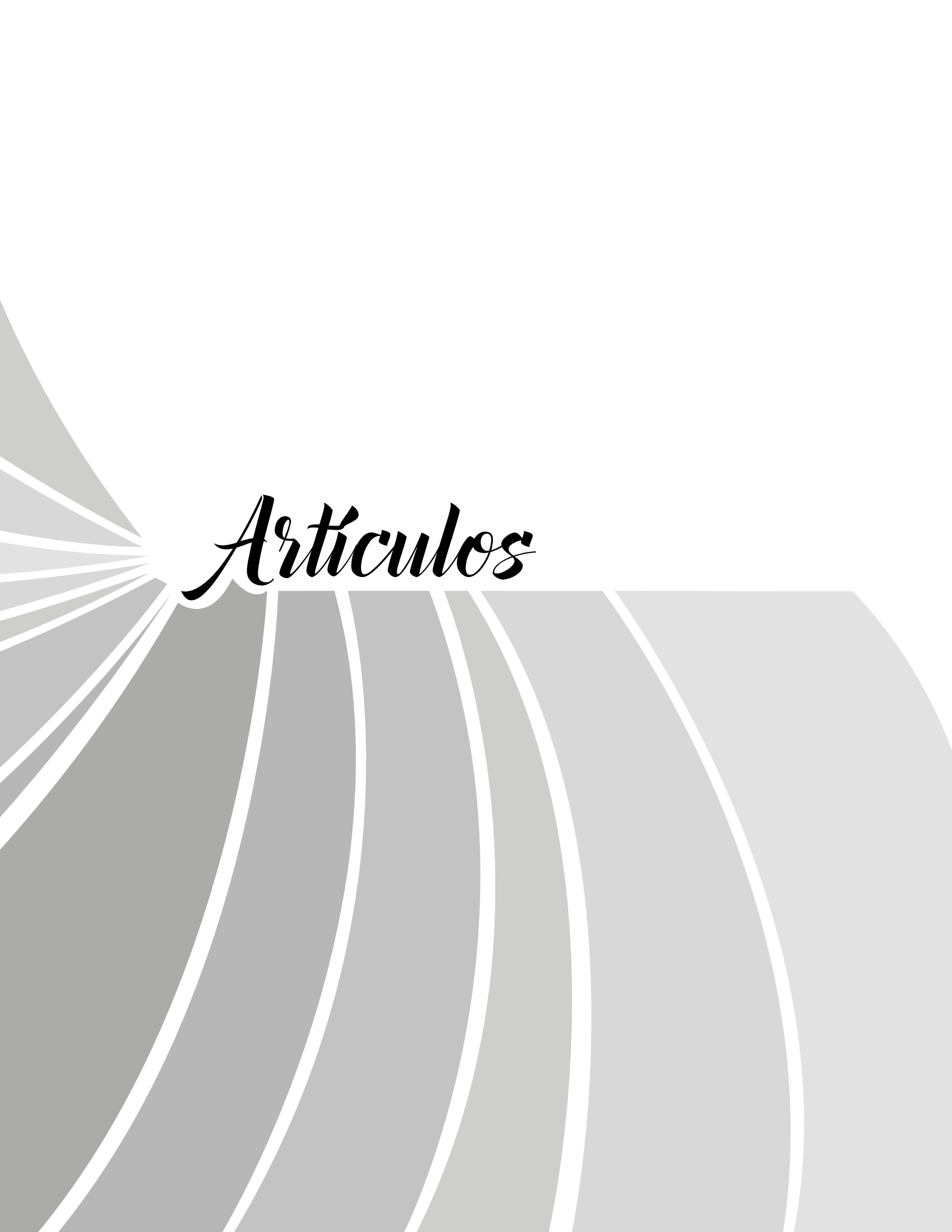
Casualmente una mañana hace unos meses, me encontré frente a la Corte Suprema de Justicia al Dr. León quien venía acompañado de un grupo de distinguidos jueces que han colaborado con la campaña de divulgación y capacitación del nuevo Código Procesal Civil y ahí surgió la idea de hacer una edición especial de la Revista Judicial en el mes de octubre, conmemorando la entrada en vigencia del Código y a la vez con el fin proveer al lector de una serie de artículos relacionados con temática de esta nueva legislación y obtener una mejor comprensión de la nueva normativa procesal civil.

Es así como hoy orgullosamente llevamos a ustedes esta entrega especial con artículos escritos en su mayoría por este grupo de jueces que ha colaborado con los programas de capacitación y con el aporte de otros colegas que se han unido con artículos para esta edición especial. A todas y todos el agradecimiento por el esfuerzo realizado.

Como siempre, esperamos que la información contenida en este número les sea de utilidad y les invitamos a escribir y a compartir esta publicación con todas aquellas personas interesadas en las nuevas temáticas relacionadas con nuestro quehacer diario. Nuestro afán es promover el conocimiento y dar un aporte a todas aquellas personas envueltas de una forma u otra en el mundo del derecho.

Muchas gracias,

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial.

The background features a series of curved, overlapping bands in shades of gray and white, creating a sense of depth and movement. On the left side, a sunburst-like pattern of thin, radiating lines emerges from a point, adding a dynamic and artistic touch to the composition.

Articulos

ORALIDAD E INMEDIACIÓN FUNCIONALES AL SERVICIO DE LA GESTIÓN JUDICIAL EN EL NUEVO PROCESO CIVIL

MSc. Juan Carlos Meoño Nimo*
jmeono0902@hotmail.com

RESUMEN

Dentro de los cambios que introduce la Reforma Procesal Civil, está su paso de un modelo afincado fundamentalmente en la escritura a uno preponderantemente oral. En este nuevo contexto, adquiere relevancia hurgar el tipo de oralidad e intermediación que regula la ley y su relación con la potestad de dirección judicial. La premisa de la que partimos es que tanto oralidad como intermediación ostentan una connotación funcional, al servicio de una adecuada gestión judicial que, en un entorno de respeto a los principios de legalidad e igualdad procesal, le permita al órgano jurisdiccional idear el itinerario que mejor se adecúe a las particularidades del caso en procura de celeridad y calidad, pudiendo prescindir total o parcialmente de la fase de audiencias, y matizar la intermediación inmersa en ella.

Palabras claves: Dirección o gestión judicial; oralidad; intermediación; concentración; audiencias; celeridad; calidad.

FUNCTIONAL ORALITY AND IMMEDIACY AT THE SERVICE OF JUDICIAL MANAGEMENT IN THE NEW CIVIL PROCESS

ABSTRACT: *Within the changes included in the civil procedural reform, there is a shift from a fundamentally based model in writing to a preponderantly oral one. In this new context, it becomes to explore the type of orality and immediacy that regulates the law and its relation to the power of judicial direction. The premise from which we start is that both orality and immediacy have functional connotation, at the service of an adequate judicial management that allows the jurisdictional organ, in an environment of respect for the principles of legality and procedural equality, to devise the itinerary that best it adapts to the particularities of the case in order to achieve the greatest possible speed and quality, being able or not to dispense totally or partially from the hearing phase, and qualify the immediate immersed in it.*

Keywords: Judicial direction or management; orality immediacy; concentration; hearings; celerity quality.

* Experiencia laboral en el Poder Judicial: 22 años desempeñando cargos de Oficinista, Escribiente, Alcalde, Juez Contravencional y de Menor Cuantía, Juez de Familia y Penal Juvenil, Juez Civil de Menor y Mayor Cuantía. Actualmente ocupa puesto como Juez en propiedad Tribunal Primero Civil de San José, a partir del 8 de octubre del 2018 Tribunal de Apelaciones Primero Civil de San José. Licenciatura en Derecho UCR. Posgrado y Maestría Administración de Justicia con énfasis en Civil. Docente universitario Universidad de la Salle 2002-2014 impartiendo los cursos Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil I y II. Facilitador Escuela Judicial en la reforma procesal civil 2017-2018

I. Introducción

El nuevo Código Procesal Civil plantea varios cambios, entre estos, reducir la cantidad de procesos declarativos de conocimiento, simplificar y uniformar su trámite introduciendo una fase de audiencia, y reforzar el activismo del órgano jurisdiccional en su gestión o dirección. Este entramado, coherente con los objetivos de política pública¹ que anteceden estas reformas, augura un trámite más expedito y de mayor calidad respecto del modelo anquilosado que nos rige desde 1989.

Este artículo analizará en lo estrictamente necesario esa nueva estructura, haciendo énfasis en la etapa de conocimiento de los procesos ordinario y sumario, con el claro propósito de clarificar el rol que el legislador les ha asignado a las nociones de gestión o dirección judicial, oralidad, intermediación y concentración, en el cumplimiento de los objetivos de celeridad y calidad.

La premisa inicial es que el tipo de oralidad que regula el Código Procesal Civil de 2016 es funcional. El análisis irá en esa dirección, acompañado de criterios y algunos ejemplos que puedan servir al tribunal como insumo cuando gestione el caso y deba enfrentarse al dilema de seguir el trámite lineal, señalando para audiencia, o apartarse y prescindir total o parcialmente dicha fase. Y como la oralidad privilegia la intermediación, también se abordará su contenido en el nuevo proceso. De nuevo, la propuesta es que el sistema regula una intermediación procesal funcional con distinta incidencia en las audiencias preliminar y complementaria. El análisis plantea algunos criterios y ejemplos en esa dirección.

El anhelo de tutela judicial efectiva no tiene por qué ser utópica, cuando el legislador ha puesto a nuestra disposición un sistema procesal con herramientas aptas para obtener justicia pronta y cumplida. Comprender el nuevo entramado y hacer conciencia del rol que nos corresponde en su conducción será determinante para su futuro éxito.

El propósito de este trabajo es presentar algunas ideas que puedan contribuir a generar pensamiento crítico y enriquezcan la discusión con miras a la pronta entrada en vigencia de la ley procesal.

El autor abordará el análisis con apoyo de su experiencia laboral acumulada de años como juez de la República, estudio teórico y retroalimentación como uno de los facilitadores a cargo de la inducción de la reforma a personas juzgadoras y técnicas judiciales impartida bajo el auspicio de la Escuela Judicial y la Comisión Civil del Poder Judicial desde enero de 2017. No pretende ser una obra dogmática, pero sí reflexiva y propositiva con criterios personales. Por esa misma razón, se citan las fuentes bibliográficas estrictamente indispensables.

II. Estructura del nuevo proceso civil

Los nuevos procesos ordinario y sumario civil en sus etapas declarativas de conocimiento prevén dos subfases: una introductoria regida por el método de trabajo escrito, similar a la del actual Código Procesal Civil, vinculada a los alegatos proposicionales de demanda, contestación, reconvencción y réplica, y otra novedosa en razón del modelo de comunicación seleccionado para el desarrollo de las actividades previstas, conformada por una o dos audiencias regidas por la oralidad, vinculadas a intermediación, concentración y publicidad, en la forma dispuesta por los numerales 2.6, 2.7, 2.8, 2.10, 35 a 40, 102.1, 103.1 y 103.2. del Código Procesal Civil de 2016, en adelante únicamente CPC².

La nueva estructura crea condiciones susceptibles de lograr un trámite más célere y generación de información de calidad, insumos indispensables para la tutela judicial efectiva que persigue el artículo 41 de la Constitución Política. Esto hace necesario precisar el contenido de los objetivos de celeridad y calidad, y la relación que guardan con las nociones de intermediación y concentración.

1. *Celeridad y concentración*

El sistema escrito prevé diversas etapas preclusivas. La introductoria marcada por alta dispersión de actos queda en evidencia en el trámite dispuesto para las excepciones procesales, alegaciones de actividad procesal defectuosa y fijación de cuantía. Luego está la fase conciliatoria, sigue la apertura a pruebas con alta probabilidad de fragmentación ante la posibilidad de delegarse parte de dicha actividad a distintas autoridades, para finalizar con la conclusiva y el dictado del fallo. El rasgo característico es la desconcentración procesal en perjuicio del pronto avance.

El medio de comunicación oral que incorpora la reforma busca mejorar el tiempo de respuesta a través de la fase de audiencia. ¿Por qué? Aunque se mantiene una fase inicial introductoria escrita, la mayor parte de actos procesales se concentra en una o dos audiencias y, en ellas, el común denominador es la realización de diversos actos procesales de forma continua³ en días inmediatos y sucesivos, el tiempo requerido, en consonancia con lo dispuesto por los numerales 2.8, 41.4.3. y 50.3. CPC. Por supuesto, esto no evitará la ocurrencia de imprevistos -justificados o no- que afecten el pronto diligenciamiento, pero sí atemperará el riesgo de retraso que es habitual en el sistema escrito.

Con esa finalidad, el legislador establece para el ordinario dos distintas audiencias regidas por el medio de comunicación oral, la preliminar⁴ y complementaria⁵, y una única para el sumario con el mismo contenido de las dos primeras⁶.

2. *Calidad, inmediación y concentración*

El sistema escrito plantea un esquema en el que los sujetos rara vez se llegan a conocer en persona, con gestiones y decisiones escritas. La mediación y desconcentración son la regla en la fase probatoria, si los testigos no residen en la circunscripción territorial del despacho,

este podrá comisionar. Se plantea algo similar para la declaración de parte y reconocimiento judicial. El trámite de la pericial es escrito. Difícilmente la persona juzgadora que participó en la fase introductoria será la responsable de admitir prueba, practicarla y dictar sentencia. Hay propensión a la debilidad en la generación de información de calidad para resolver con efectividad.

La fase de audiencia que instaura la Reforma busca que los sujetos del proceso se reúnan y aborden en vivo y directo el conocimiento de las actividades que el asunto requiera. Ese contacto es el rasgo medular de la inmediación procesal⁷ para cumplir varios objetivos:

- Uno, dar rostro humano a la justicia civil, permitir con ello que las partes conozcan en “carney hueso” al juez o a la jueza responsable del caso, y a este último o esta última hacer lo mismo con las partes, enterarse de la trascendencia real y pormenores de la discrepancia de boca de las personas involucradas. El elemento cualitativo salta a la vista, no es para nada igual impartir justicia con vista en información meramente escrita, en un contexto despersonalizado y mediatizado, que hacerlo con datos adquiridos del contacto visual inmediato o directo con los y las intervinientes.
- Dos, liderar en forma activa y pasiva la producción de información útil, pertinente y suficiente con la cual tomar las decisiones -interlocutorias y de fondo- que el tipo de audiencia señalada exija, acudiendo para esos fines a interacción argumentativa, conciliatoria y(o) probatoria⁸.

La argumentativa para atender actividad preparatoria y complementaria, a través de conversación directa y visual con las partes y sus abogados o apoderados, de previo a tomar la respectiva resolución, oral o escrita. Permite que la persona juzgadora escuche a viva voz los alegatos deducidos por escrito, solicite

aclaraciones, rectificaciones y explicaciones adicionales cuando algo no quede claro las veces que sean necesarias, en un entorno de flexibilidad donde el objetivo final es generar información acertada para la labor decisora a cargo de esa misma persona. Facilita la labor depuradora de las proposiciones que los y las intervinientes le planteen; además, discutir temas asociados a excepciones, alegaciones procesales, fijación de cuantía, definición del objeto del debate, admisión de pruebas, rechazo de preguntas y, en general, cualquier gestión aleatoria⁹ que se presente en el curso de cualesquiera de las audiencias en desarrollo:

La conciliatoria para implementar la labor de facilitación como mediador, colaborando con las partes en la creación de condiciones idóneas que les permita idear por sí mismas la solución al caso, asumiendo luego el control de legalidad y conciability a través de la respectiva resolución.

La probatoria para asumir en vivo y directo la práctica probatoria vinculada a temas procesales y fondo, en audiencia preliminar y complementaria.

El estudio previo y oportuna interacción argumentativa permitirá a la o las personas juzgadoras del tribunal controlar la validez y calidad del relato que proporcionen las fuentes admitidas -por ejemplo, testigos, partes y peritos-, definiendo en forma efectiva qué preguntas de las que las partes hagan convendrá rechazar por no ajustarse a las pautas de admisibilidad del numeral 41.4.5 CPC asociadas a problemas de legalidad y calidad, y qué preguntas oficiosas -aclaratorias o no- se podrán eventualmente hacer.

La relación directa les dará también acceso al lenguaje corporal no verbal que los declarantes hayan exteriorizado en sus relatos, utilizándolo como insumo perceptivo¹⁰ en el análisis valorativo integral que hagan de los elementos probatorios para definir aspectos de credibilidad y veracidad fáctica al apreciar la prueba con el dictado de la resolución de fondo.

Dicha interacción para un mayor éxito requerirá de un entorno concentrado. Es lógico. La mayor o menor dispersión temporal¹¹ que experimente el proceso incidirá en la calidad de la información con que el tribunal aborde el análisis en la respectiva resolución. A menor dilación entre el momento que tuvo lugar el debate argumentativo y(o) probatorio y el inicio de la labor decisora, habrá más probabilidad de que el tribunal mantenga fresca en su retina información verbal y no verbal relevante adquirida de los elementos percibidos con ocasión del vínculo, para abordar satisfactoriamente el tema en discusión. A mayor dilación mayor probabilidad de pérdida de claridad sobre detalles y aspectos relevantes vinculados al lenguaje verbal y no verbal.

Esta otra razón complementa la dada en el punto 2) de este capítulo, para entender por qué la nueva estructura procesal privilegia la fase de audiencia. Con todo, para lidiar frente a eventuales retardos que podrían afectar la capacidad retentiva del tribunal, se hallan los artículos 2.7 y 50.5 CPC¹².

Su análisis conjunto nos permite afirmar que una de las razones que justificó la implementación del soporte tecnológico como parte integrante de la intermediación fue para suplir potenciales lagunas de información en la o las personas juzgadoras llamadas a resolver por el paso del tiempo entre la producción del dato y su apreciación.

También hay consciencia de que el soporte de audio por sí solo podría debilitar el proceso perceptivo del lenguaje no verbal en casos de probable alargue; pero es parte de la intermediación inicial por la que se inclinó el legislador, y la posible implementación del soporte de imagen queda a salvo para un futuro. Lo antes expuesto lleva a concluir que la demora temporal¹³ en un escenario donde esta haya tenido lugar con la o las personas que presidieron la audiencia, será por sí sola¹⁴ insuficiente para hablar de ruptura de la intermediación procesal exigible para el válido ejercicio de la jurisdicción¹⁵.

III. Gestión judicial del proceso

La potestad de dirección judicial¹⁶ encuentra sustento, entre otros, en los artículos 2.5 y 5.2. CPC y plasma la labor que el legislador hace recaer en la autoridad judicial, de asumir en forma activa la conducción del proceso civil, con el claro propósito de hacer posible la tutela judicial efectiva. Ese activismo filtra el cúmulo de funciones que forman parte de la jurisdicción estatal. Para lograr celeridad y calidad, deberá gestionar, y esto implica estudiar cada caso, dilucidar sus particularidades, planear el itinerario más ventajoso, e ir tomando decisiones según la fase en que se encuentre el proceso. También deberá aplicar el régimen disciplinario con la vehemencia requerida, garantizar el respeto a la igualdad de trato, y participar en la búsqueda de la verdad dentro de los límites legales, entre otras.

1. Etapa introductoria

La dualidad de objetivos justifica que la persona juzgadora acometa una revisión detallada en fase introductoria, corroborando el cumplimiento de los presupuestos procesales, los requisitos formales y materiales exigidos por la ley en esa instancia. Una oportuna revisión le permitirá decretar de oficio eventuales impedimentos procesales y su saneamiento -falta de capacidad procesal o defectuosa representación en los términos del numeral 19.1. CPC, falta de competencia objetiva o subjetiva en los términos de los artículos 8.3, 9.1 y 13 CPC, dictaminar defectos formales en la demanda y prevenir su subsanación -artículos 23.2 y 35.4 CPC-, detectar defectos y dictar sentencia anticipada por demanda improponible -según artículo 35.6 CPC, seleccionar el proceso afín a lo pretendido y emplazar a la demandada -artículos 101 103.1 y 110.1 CPC-, y hasta señalar para una pronta conciliación con sustento en el numeral 51.2 CPC.

Si ha realizado una gestión acuciosa, es probable que no existan vicios que deban ser corregidos, augurando un trámite expedito y acertado.

Si emplaza a la parte demandada accederá a información de calidad en un contexto de probable normalidad procesal, potenciando un tránsito ágil y depurado a la siguiente etapa.

El mismo escrutinio deberá hacer con la parte demandada al vencer el emplazamiento. El tribunal definirá la mejor ruta de acción según su postura frente al reclamo. Si no contesta, lo hace en forma extemporánea o se allana, dictará sentencia anticipada, sin necesidad de continuar el procedimiento salvadas las excepciones de ley, artículo 39 CPC. Si se opone y alega excepciones procesales y materiales, verificará que el alegato se ajuste a las formalidades del numeral 37 CPC; de lo contrario, prevendrá la corrección aplicando el saneamiento que resulte pertinente. En cuanto a las excepciones procesales, definirá el procedimiento que podrá ir desde dar trámite incidental escrito y resolverlas de esa forma, darles trámite incidental escrito y convocar a audiencia única para practicar prueba vinculada a ellas y luego resolverlas por escrito, o concentrar su trámite y resolución en la audiencia preliminar o única.

2. Etapa de audiencia

Una oportuna dirección judicial del caso en la etapa introductoria garantiza, si se decide señalar a audiencia preliminar o única, que lo actuado y resuelto se ajusta mayoritariamente a las prescripciones legales. Esto redundará en un manejo más expedito, con menos probabilidad de desacierto.

Pero si la dirección en esa etapa resultó defectuosa quedando sin corregir vicios de la demanda y(o) contestación, abordar su saneamiento en la audiencia preparatoria con el método de trabajo oral resultará conveniente para propiciar en un contexto de debate mayormente argumentativo información adecuada que sirva como insumo para definir en forma acertada la cuantía, hechos no controvertidos y controvertidos pertinentes, y admisión de prueba, tanto propuesta como de oficio.

Ese mismo manejo, ahora en la etapa complementaria, orientará la labor de control de validez y calidad de la información que produzcan las fuentes probatorias, la recepción de conclusiones, deliberación y dictado de una sentencia efectiva. Esa tarea con el tipo de intermediación que aquí se regula hará más factible discernir en forma aproximada a la realidad histórica, la veracidad de los alegatos fácticos sometidos a debate y, sobre esa premisa, aplicar el derecho sustancial.

IV. Oralidad operativa al servicio de la dirección judicial

A pesar de las bondades que contempla la oralidad, no posee carácter absoluto como si fuera un fin en sí misma; por el contrario, presenta connotación funcional u operativa. El numeral 2.6 CPC la define como el medio fundamental de comunicación en el proceso, indica también, en caso de duda, entre aplicar oralidad o escritura, se escogerá la primera. De igual modo, dispone que la escritura se aplicará a aquellos actos autorizados expresamente por la ley y a los que por su naturaleza deban constar de esa forma.

Por su parte, el 3.5 CPC señala que las normas procesales resultan indisponibles e irrenunciables de manera anticipada, excepto, entre otros, los actos jurídicos expresamente previstos en el ordenamiento jurídico. El punto es definir si la propia ley regula hipótesis que permitan en determinados casos prescindir por anticipado el método de comunicación oral y pasar a uno escrito.

El artículo 102.2 CPC -para el ordinario- señala expresamente que si, por la naturaleza o circunstancias del proceso, porque no existe prueba que practicar o por cualquier otra razón a criterio del tribunal, no se justifica el señalamiento para audiencia, se prescindirá de esta. También indica que el tribunal podrá disponer que se tramite el proceso en una única audiencia. Los artículos 102.3 y 103.3 CPC complementan esa afirmación. El primero, encargado de dar contenido a las actividades sugeridas para la audiencia preliminar, indica

que se señalará cuando sea necesario; el segundo, responsable de las actividades de la audiencia única, señala algo muy similar al 102.2 CPC que se podrá señalar de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias. Y el 102.4 CPC establece la posibilidad, iniciada la audiencia preliminar, de prescindir la complementaria y pasar en el acto a la fase conclusiva y dictado de sentencia.

Esas normas flexibilizan el trámite lineal que fija el legislador, y patentizan el carácter instrumental del nuevo diseño procesal en un tema tabú, la oralidad. La evocan como funcional al servicio de la gestión judicial, prescindible parcial o totalmente cuando las particularidades del caso lo justifiquen, sin implicar esa decisión por sí misma, violación al principio de igualdad de trato que regula el numeral 2.1 CPC, siempre que el itinerario procesal que por escrito se implemente garantice a las partes el pleno respeto al debido proceso, derecho de defensa, derecho al contradictorio y bilateralidad de las audiencias. El tema pendiente es cuándo sí y cuándo no prescindir de ella.

1. Variables para prescindir total o parcialmente la fase de audiencia

Se ha pensado en cuatro criterios complementarios que, en conjunto con los lineamientos generales que traza el numeral 2.6 CPC¹⁷, sirvan para precisar los alcances y el contenido del numeral 102.2 CPC. La idea es que el tribunal con la oportuna gestión, tomando en cuenta los criterios y lineamientos generales, defina el itinerario más conveniente, proyectando el costo-beneficio entre señalar o fusionar ambas audiencias para el ordinario, señalarla total o parcialmente para el sumario, o prescindirlas por completo, a partir de los objetivos de celeridad y calidad que filtran el modo de comunicación oral¹⁸.

Estos criterios son los siguientes:

- a. Cuando la norma lo disponga. Estos son casos muy concretos que, por mandato legal, prescinden la etapa de audiencia. Con todo, la gestión oportuna discernirá en

forma casuística si para ellos la dispensa será absoluta o no.

- b. Trámite dado al procedimiento en la etapa introductoria. El tipo de gestión judicial desplegada en esta fase condicionará el mayor o menor nivel de validez de lo actuado y resuelto, y podrá ser uno de los criterios a considerar a la hora de definir si se convoca a audiencia o no. Si el proceso ha sido mal gestionado y subsisten importantes deficiencias formales -por ejemplo, una demanda y contestación confusas-, utilizar el método oral probablemente constituya un acierto porque el debate argumentativo facilitará el abordaje cualitativo de los temas procesales requeridos de saneamiento. Pero si el proceso ha sido bien tramitado y no presenta deficiencias relevantes, con información clara y precisa, en determinadas circunstancias podrá justificarse prescindir total o parcialmente de la fase de audiencia. Igual podrá dispensarse la oralidad mediando deficiencias procesales, si se concluye que pueden atenderse adecuadamente por escrito sin afectar la calidad. La decisión final deberá hacerse teniendo a la vista los restantes criterios.
- c. El contenido sustancial de las proposiciones plasmadas en los actos de alegación de la etapa introductoria. No es lo mismo lidiar con un litigio estándar que con uno con cierta complejidad. Al definir la conveniencia o no de prescindir total o parcialmente de la fase de audiencias, deberán tenerse presentes las características particulares del caso. En ciertos casos, se podría considerar oportuno el señalamiento de una audiencia para realizar la actividad conciliatoria¹⁹, argumentativa, probatoria o mixta, y en otros prescindir por completo de esta fase por estimarse innecesaria.

Dentro de las características recomendadas para calificar el nivel de complejidad, se citan las siguientes con independencia del tipo

proceso: Pluralidad de partes y pretensiones -principales, accesorias y subsidiarias- deducidas en una demanda y reconvención, extensa relación fáctica controvertida, discrepancia jurídica relevante y novedosa, oposición plasmada a través de múltiples excepciones procesales y materiales, y numerosos medios de prueba propuestos para los hechos del debate. La elección final deberá considerar este criterio en asocio a los otros dos.

- d. Estado de la agenda del despacho. Este último involucra una variable extra-proceso, relacionada con la mayor o menor mora judicial que el tribunal esté experimentando en la agenda de señalamientos. Al definir si se prescinde de la audiencia o no, junto a los dos anteriores criterios, deberá tomarse en cuenta el tiempo de espera que transcurrirá entre la fecha del auto que señale a la o a las audiencias, el día programado para su inicio y probable finalización, en relación con el tiempo que ese mismo avance estaría probablemente tardando de sustituir la oralidad por el método escrito.

2. Algunos ejemplos

Con las pautas arriba esbozadas, se plantean en forma ilustrativa algunas posibles situaciones que podrán justificar la dispensa total o parcial del modo oral:

- a. Si la parte demandada no contesta, lo hace en forma extemporánea o se allana a lo pretendido en la demanda, la etapa introductoria precluye, y el caso queda listo para el dictado de sentencia anticipada, según lo dispone el numeral 39 CPC. Esto admitirá excepciones. Si el tribunal considera necesario practicar alguna prueba indispensable, si el derecho en pugna es indisponible o haya indicios de fraude, deberá continuar el proceso y, en ese supuesto, decidirá si señala a audiencia o no²⁰.

- b. Si la demanda a criterio del tribunal es evidentemente improponible, se podrá prescindir el trámite normal, incluida la etapa de audiencia, en su lugar dictar sentencia anticipada con base en el artículo 35.5 CPC²¹.
- c. Si la demanda y la contestación se presentan en forma conjunta, no hay hechos controvertidos, la discrepancia es de puro derecho; o habiendo hechos controvertidos, la prueba propuesta no requiere practicarse, ninguno de los alegatos presenta deficiencias formales, y los presupuestos procesales están cumplidos, se podrá prescindir el emplazamiento junto a la etapa de audiencia y oportunamente se dictará sentencia, según el numeral 40 CPC lo dispone²².
- d. El mismo caso que refiere el punto c) con la salvedad de que hay prueba propuesta que requiera ser practicada. La gestión -en caso de ordinario- podrá disponer la realización de una sola audiencia para ejecutar las actividades preparatoria y probatoria pertinente. Las circunstancias también podrían justificar el trámite escrito para las actividades preparatorias y la convocatoria a audiencia complementaria para practicar la prueba admitida y el respectivo alegato de conclusiones²³.
- e. Si se presentan la demanda y la contestación por separado, deberá analizarse el tipo de trámite procesal desarrollado en la fase introductoria para definir la necesidad de correcciones trascendentes o no, la mayor o menor complejidad del caso y el tiempo probable de espera para la sentencia si se señala a audiencia, frente al tiempo probable que ese mismo avance podría tardar por escrito. Para este punto, se plantean los siguientes posibles escenarios:
 - i. Demanda y contestación presentadas por separado en un ordinario, con discrepancia jurídica estándar y ambos alegatos que contienen defectos formales o no -en el primer supuesto saneados en fase introductoria-. Se añade que solo algunos hechos presentan controversia y están acompañados con prueba documental. Si la información generada es de aceptable calidad y se vislumbra factible avanzar en forma expedita a sentencia utilizando el método escrito, podrá dispensarse la fase de audiencia²⁴.
 - ii. Mismo escenario con la agenda al día. Una oportuna gestión probablemente disponga concentrar la actividad en una única audiencia, si esto propicia un tiempo de respuesta más expedito que acudir al trámite escrito, y se vislumbra ventajosa la interacción argumentativa y conciliatoria²⁵.
 - iii. Mismo escenario con discrepancia jurídica novedosa y agenda al día. La gestión podrá llevar a fusionar las actividades en una única audiencia si se estima conveniente su realización a fin de sostener debate argumentativo y conciliatorio y se vislumbra mayor celeridad que acudiendo al método escrito²⁶.
 - iv. Demanda y contestación presentadas por separado. Hay controversia fáctica y prueba propuesta requerida de práctica, y un atraso significativo de la agenda. Si el estudio preliminar sugiere que la prueba ofrecida resulta impertinente, inconducente o ilegal, y la proyección sugiere mayor probabilidad de llegar a fase de sentencia en forma más célebre utilizando el método escrito que el oral sin afectar la exigencia mínima de calidad en función a los datos generados, podrá dispensarse esta última. En caso de duda, dependiendo del tipo de prueba, podrá disponerse una sola audiencia y en ella fusionar la actividad probatoria y complementaria²⁷.

- v. Mismo escenario con la agenda al día. La misma gestión podría recomendar el señalamiento a audiencia preliminar y en ella rechazar la prueba solicitada con dispensa de la etapa probatoria, tomándose las medidas para el alegato de conclusiones; esto, en un entorno que vislumbre mayor celeridad con ese actuar que utilizando el método escrito.
- vi. Mismo escenario. Se opta por la escritura, se da audiencia de la oposición a la parte actora, esta contesta y ofrece prueba requerida de práctica, vinculada a uno o varios hechos preliminarmente contradictorios y admisible por pertinente, conducente y legal. Este hecho cambia el abordaje inicial y obligará, una de dos, convocar a audiencia preparatoria y concentrar en ella los actos pendientes, y luego definir lo pertinente con la complementaria, o mantener el método escrito y terminar de atender de esa forma la actividad preliminar, fijando el objeto de debate y luego admitir la prueba asociada a los hechos controvertidos, entre estos la requerida de práctica, y disponer allí mismo el señalamiento de hora y fecha para realizar la audiencia complementaria; esto último, sin importar el estado de la agenda²⁸.
- vii. Se ha dispuesto convocar a audiencia preliminar. Fijado el objeto de debate, la persona juzgadora dispone rechazar toda la prueba ofrecida que requería ser objeto de práctica. Venido a menos el interés de la complementaria, la gestión podrá llevar a dispensarla y tomar en su lugar las medidas alternas encaminadas a cumplir con el alegato de conclusiones y posterior dictado del fallo²⁹.

V. *Inmediación al servicio de la gestión judicial*

Un último tema por analizar es el tipo de inmediación que regula el nuevo proceso civil.

Por estar ante una oralidad funcional, si se prescinde su convocatoria estará dispensándose la inmediación, pero de señalar para audiencia, esta hará acto de presencia. Pero ¿qué tipo? El artículo 2.7 CPC dispone que todas las audiencias serán realizadas por el tribunal que conoce del proceso, salvo disposición legal en contrario. Señala también que el tribunal deberá dictar las sentencias, ante el cual se practicaron todas las pruebas, y que la utilización de medios tecnológicos que garantizan la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del citado principio.

Para comprender en forma clara y precisa sus alcances, se remite en parte a lo ya dicho sobre el tema en el Capítulo II, acápite 2. Allí se definen algunas pautas generales que entendemos que delinean en lo relevante su contenido ideal. Lo que aquí se hará es retomarlas y hurgar la forma concreta en que, entendemos, el legislador ha matizado la inmediación para las actividades previstas en la audiencia preliminar y complementaria³⁰. El abordaje busca patentizar el matiz funcional que filtra su contenido, propiciado por la instrumentalidad característica de las normas procesales, al servicio de una adecuada gestión judicial.

1. *Inmediación en las actividades de la audiencia preliminar*

Como regla general, el tribunal que conoce del caso realizará las actividades preparatorias que regulan los numerales 102.3 y 103.3 CPC, prohibiéndose delegarlas a otra autoridad³¹, según artículos 2.7, 9.2 y 29.4 CPC. Y cuando se alude a tribunal, se piensa en el juez o la jueza del órgano jurisdiccional competente realizando en forma ininterrumpida las actividades proyectadas en la audiencia, pero ¿qué pasaría si por una u otra razón se tiene que suspender la audiencia por un lapso considerable de tiempo, o si ocurre un hecho que obliga a sustituir al funcionario o a la funcionaria, en relación con lo actuado y resuelto previo al hecho generador? La respuesta sugerida a continuación:

- a. Si uno de los jueces o juezas del tribunal unipersonal o colegiado inicia la audiencia, realiza únicamente actividad conciliatoria y(o) argumentativa, sobreviene causa justa³² que obliga a suspenderla, desaparecida esta la persona juzgadora podrá reanudar y continuar las actividades pendientes, sin importar el tiempo que el asunto haya permanecido detenido. La discontinuidad generada con la suspensión no estará en principio afectando la validez de lo actuado y resuelto en ausencia de perjuicio, esto porque el juez o la jueza que reanudó la diligencia era el mismo o la misma que presidió antes de la suspensión, no se habrá abordado la actividad probatoria y se contará con el soporte tecnológico, lo anterior, en consonancia con los numerales 2.7, 32.1, 36.2, 50.5 y 69.2.2 CPC.
- b. Mismo escenario con una variante. La audiencia se detiene por justa causa³³ y al reanudar el funcionario o la funcionaria que inició no puede seguir adelante. Creemos que aquí tampoco mediará obstáculo para que otro miembro del tribunal asuma la audiencia sin repetir lo actuado y resuelto previo a su suspensión. Las resoluciones orales dictadas habrán surtido efecto y si hubo debate argumentativo respecto de un determinado punto quedando pendiente de resolver, el o la sustituta podrá acceder al soporte de audio y suplir cualquier duda pidiendo aclaraciones o explicaciones previo a tomar la decisión pendiente. Este supuesto evidencia un caso de relación mediatizada por cambio subjetivo intrascendente en ausencia de perjuicio, por no estar la actividad anterior a la suspensión vinculada a práctica probatoria, según los artículos 2.7, 32.1 y 69.2.2 CPC.
- c. Si, con motivo de una alegación procesal, el juez o la jueza a cargo de la audiencia necesitada de prueba en los términos del numeral 102.3.5 CPC, la admite y práctica, pero antes de resolver sobreviene el hecho

suspensivo y al reanudar ya no puede continuar, al estar la pendencia vinculada a práctica probatoria, el o la sustituta tendrá como primer punto que decidir si la repite o no, según la ponderación que haga de los artículos 2.7, 32.6, 41.4.9 y 62.2.2 CPC. Aquí será relevante cuestionarse la posible consecuencia procesal que podría generar a nivel del derecho de defensa de las partes, la ruptura del contacto inmediato si el nuevo o la nueva funcionaria opta por conservar lo actuado y utilizarlo en la labor de apreciación al dictar la respectiva resolución, en lugar de repetir la prueba. Creemos viable aplicar a este supuesto la figura de prueba trasladada, con base en los criterios que se exponen en el punto ii) del apartado d) del siguiente acápite. En ese contexto, se estará frente a un posible caso de relación mediatizada autorizada por ley.

2. *Inmediación en las actividades de la audiencia complementaria*

Esta otra audiencia presenta una mayor exigencia de contacto directo por las actividades que abarca. La relación del tribunal con los elementos objetivos y subjetivos pretende privilegiar el cumplimiento efectivo de los objetivos de celeridad y calidad en la obtención de tutela judicial efectiva, minimizando el riesgo de infracción al numeral 69.2.2 CPC³⁴.

Planteamos dos reglas: primera, el tribunal del caso será el único facultado para realizar las actividades que comprende la audiencia complementaria, con prohibición para delegar en otra autoridad. Y segunda, solo la o las personas juzgadoras del tribunal designadas para presidirla participarán activa y pasivamente con debate argumentativo y probatorio en la práctica de la prueba admitida, en la recepción de las conclusiones, deliberación y dictado de la sentencia.

La relación directa en un entorno concentrado favorecerá el contacto personal físico en vivo,

el oportuno control de validez y calidad en la producción de la información, la adecuada percepción del lenguaje verbal y no verbal de las fuentes probatorias junto a la recepción de las conclusiones, insumos todos valiosos para la labor de apreciación de la prueba en la confección de los hechos probados y no probados, y luego la aplicación del derecho sustancial al caso para dirimir el conflicto a través de la sentencia. Esto permite comprender por qué se autoriza que, cuando sea necesario según la naturaleza de lo debatido y se estime conveniente, el tribunal reciba la prueba en el lugar de los hechos sin sujeción a las limitaciones de competencia territorial, según artículos 2.7, 8.3, 9.2, 29.4, 41.4.6 y 69.2.2 CPC. Esa es en esencia la intermediación que entendemos que el legislador prevé para esta fase, pero veremos a continuación que esta es funcional:

- a. Los artículos 2.7, última oración y 41.4.5, párrafo séptimo CPC regulan una modalidad de intermediación tecnológica, matización del contacto visual físico directo al permitir que una autoridad localizada en un lugar distante del territorio nacional o en el extranjero preste apoyo logístico al tribunal competente para practicar la prueba a la fuente situada en cualquiera de esos lugares, utilizando los medios tecnológicos -por ejemplo, videoconferencia- que garanticen la relación directa. Aquí la o las personas juzgadoras que presidan la audiencia producirán la prueba sin tener físicamente frente a frente a la fuente, la tendrán ubicada a varias decenas, cientos o miles de kilómetros, pero con el soporte tecnológico lidiarán con ella en la producción de los datos de interés, y luego la utilizarán en su apreciación al dictar sentencia.

Si la relación directa que el numeral 2.7 CPC propone como premisa de la intermediación procesal, presupone participación del órgano jurisdiccional en la generación de los datos y su posterior apreciación en el fallo, creemos que solo el supuesto analizado en

este punto permitirá en principio hablar de intermediación procesal tecnológica³⁵. Somos del criterio que no la habrá, si el tribunal omite ese contacto en la etapa de producción y luego pretende apreciar su contenido en diferido mediante el respectivo soporte tecnológico.

Lo que el sonido probablemente propicie³⁶ respecto del acta escrita -resabio del modelo escrito- es una mejora relativa en la labor de apreciación por tener el órgano jurisdiccional el sonido con el relato fidedigno de la fuente, modulación de voz y otros eventuales gestos apreciables a través del audio. Luego, con el soporte de imagen, si se llega a implementar, se dará un paso más en la calidad perceptiva, pues podrá apreciarse de mejor forma el lenguaje verbal y no verbal³⁷. Esta última fase tecnológica, creemos, será lo más cercano que se llegue a estar de la intermediación tecnológica³⁸ que consagra el numeral 2.7 CPC, sin perjuicio de su operatividad al servicio de los casos que estimamos dispensas válidas a la intermediación y que abordaremos de inmediato.

- b. El mismo numeral 41.4.5, párrafo séptimo CPC, regula una hipótesis de dispensa a la intermediación al disponer en casos excepcionales, atendiendo la importancia de la prueba y la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se puedan remitir exhortos para su producción en el extranjero. En este caso, el contacto del o de los miembros del tribunal con la fuente probatoria se dará en diferido a través del soporte -escrito o tecnológico-, que utilizarán en la apreciación probatoria. La esencia de esta excepción es permitir en casos justificados que las partes tengan posibilidad real de traer al proceso prueba que estimen indispensable para probar sus respectivas teorías fácticas, aunque ello conlleve prescindir total o parcialmente la relación directa y podría originar algún eventual problema de calidad en la producción de

los datos y(o) en su percepción en la labor apreciativa en sentencia.

- c. El artículo 49 CPC regula otro supuesto excepcional de dispensa autorizada a la relación directa. Si existiera peligro de imposibilidad de practicar la prueba posteriormente o pudiendo practicarla podría perder su eficacia, la parte podrá anticiparla planteando el proceso de prueba anticipada ante el tribunal, luego interpone la demanda principal o ya planteada, solicita su práctica antes de llegar el asunto a la etapa de audiencia. Si se admite el adelanto, se practica y llegado el proceso a la fase de admisión ordinaria, el o la jueza constata la veracidad de la justificación dada y la participación de las partes en su producción conforme a los requerimientos del citado numeral, y adicionalmente verifica que la prueba fue ofrecida para uno de los hechos controvertidos incluido como objeto de debate y es pertinente, conducente y legal, la admitirá e incorporará sin practicarla nuevamente. Aunque la o las personas juzgadoras responsables del fallo no la hayan practicado, deberán apreciarla en diferido con vista en el soporte.
- d. Muy similar al supuesto anterior, el artículo 41.4.9 CPC regula la figura de prueba trasladada. Esta permite que el tribunal admita e incorpore conservando su naturaleza inicial, una prueba practicada en un proceso administrativo, otro proceso judicial o ese mismo proceso en una etapa previa, en casos en los que no se pueda repetir o se considere innecesario³⁹, y se garantice o haya garantizado la presencia de las partes en su producción. Su implementación podría implicar que las personas juzgadoras llamadas a dictar sentencia aprecien la prueba sin haber intervenido en su producción, accediendo a su contenido en diferido a través del respectivo soporte⁴⁰.

Para que la decisión sea válida, el tribunal deberá haber hecho una adecuada gestión

previa y ponderada en una balanza, entre otras variables, la ventaja que supondría en ciertos casos presidir nuevamente el interrogatorio para cumplir con los objetivos que persigue la relación directa, frente a eventuales problemas suscitados por imposibilidad material de repetirla, pérdida de espontaneidad y(u) olvido de lo que la fuente tenga que decir, propiciado esto por el tiempo requerido para realizarla nuevamente, y hasta una eventual percepción del o de los miembros de presentar el contenido del soporte una adecuada calidad informativa.

Si el fin de la intermediación es garantizar calidad y, en ciertos casos, se estima posible alcanzarla sin practicar de nuevo la prueba, sería un contrasentido llevarla a cabo tan solo para cumplir con la exigencia formal, desatendiendo el carácter instrumental que tienen las normas procesales. Se plantean en forma enunciativa cuatro posibles escenarios, unos más polémicos que otros, en los que estimamos viable aplicarla:

- i. Pensemos que un testigo que rindió declaración en un proceso administrativo, en fecha posterior, murió o salió del país, y no se conoce su paradero; o el caso de la parte que rindió declaración en otro proceso judicial, posteriormente sufrió un accidente y pierde la capacidad de actuar; por último, la parte que obtuvo un anticipo de prueba testimonial, advirtiendo enfermedad grave del declarante. Se añade que los tres medios aparecen propuestos para hechos controvertidos del litigio.

Respecto de los dos primeros, se podrán admitir y trasladar si se advierte imposibilidad para repetirla y respetado el derecho de defensa de las partes en su práctica. Y en cuanto al tercer medio, si se constata que su práctica tuvo lugar violentando las disposiciones del numeral 49 CPC, se entendería

inadmisible su incorporación por esa vía; pero podrían siempre valorarse su admisión, traslado e incorporación por reproducción potestativa, si el tribunal estima innecesario repetirla y verifica la participación garantizada de las partes en su realización. El tribunal dictará sentencia apreciando los tres elementos de prueba en diferido con el respectivo soporte.

- ii. Si la audiencia ha iniciado, la jueza o juezas del Juzgado Civil o Tribunal Civil de Primera Instancia han practicado parte de la prueba admitida y sufre o sufren un impedimento intempestivo o no⁴¹ y queda inhabilitado para seguir adelante, habrá ruptura de la inmediación procesal. El artículo 50.3 CPC dispone en tales casos que la audiencia no podrá reanudarse y será necesario citar una nueva.

Como la norma no señala cuál es el propósito de convocar nueva audiencia, considerando que la inmediación es instrumental, al servicio de una adecuada gestión judicial, creemos posible, vía interpretación sistemática, concluir que el o los sustitutos podrán preguntarse si resulta posible o no o innecesario repetir la prueba; si la conclusión en razones fundadas es que no se justifica y se verifica que a las partes se les garantizó participación en su producción, estimamos viable dictar un auto fundado ordenando trasladar e incorporarla potestativamente mediante reproducción del soporte, y seguir adelante con la producción de la prueba pendiente. Si se admite el traslado, el tribunal apreciará en sentencia la prueba en diferido mediante el respectivo soporte.

- iii. Situación similar a la descrita en el anterior punto. La diferencia radica en

que la audiencia de pruebas presidida por el juez o la jueza del Juzgado Civil finaliza y este o esta se imposibilita hasta ese momento de dictar sentencia. El artículo 59 CPC dispone que cuando después de una audiencia, el juez que haya asistido a ella se imposibilita y no puede dictar la resolución, se ordenará nueva audiencia por el juez que sustituya al impedido.

Si el modelo prevé una oralidad e intermediación funcionales adaptables a las circunstancias del caso, dirigidas a alcanzar un nivel aceptable de calidad y celeridad como insumos para resolver adecuadamente el caso; añadimos que una vez más el numeral es omiso por no indicar el propósito del nuevo señalamiento, creemos con una interpretación sistemática posible, concluir que el juez o la jueza sustituta gestione el caso y defina la mejor ruta de acción.

Con el estudio previo y considerando, al menos en parte, las variables expuestas en el punto d) de este acápite, podrá en resolución fundada explicar lo ocurrido y disponer, entre otras, alguna de las siguientes medidas: a) Señalar a audiencia para repetir la prueba y recibir las conclusiones. b) Señalar a audiencia para reproducir el audio de haberse admitido su traslado y escuchar de nuevo las conclusiones. c) Señalar a audiencia para escuchar las conclusiones si se admitió el traslado y se consideró innecesario reproducir el audio. d) Prescindir del señalamiento si decide trasladar la prueba producida sin reproducirla y conferir un plazo escrito para conclusiones. Cada caso requerirá un estudio pormenorizado, y lo decidido deberá ser informado a las partes para que puedan alegar lo pertinente en defensa de sus intereses.

- iv. Si el proceso sumario finaliza con sentencia desestimatoria, dentro de los diez días posteriores a su firmeza, la parte actora vencida podrá solicitar su conversión a ordinario, según artículo 103.4 CPC. Lo relevante es que se indica que tendrá eficacia toda la prueba practicada con anterioridad, siempre que no se vulnere el principio de intermediación. De nuevo, nos enfrentamos ante una frase indeterminada.

¿Cuándo no se estará violentando la intermediación? Si la persona juzgadora a cargo de practicar la prueba en el sumario resulta la misma a cargo del ordinario de menor cuantía, pues podrá utilizar el soporte que él o ella lideró oportunamente para contrarrestar la desconcentración generada por el paso del tiempo. ¿Cuándo sí se estará violentando la intermediación? Si la persona juzgadora del ordinario no es la misma que intervino en la producción de la prueba. Pero aquí también somos del criterio por las razones esgrimidas en los puntos ii) y iii) posible que el nuevo o la nueva jueza pueda por razones justificadas llegar a admitir y trasladar la prueba realizada en el sumario, aunque no la haya producido, incorporándola o no mediante reproducción y luego apreciarla en sentencia con el respectivo soporte.

- e. Si la audiencia de pruebas ante el Tribunal Civil de Primera Instancia finaliza e iniciada la deliberación, uno de los integrantes experimenta un quebranto que lo imposibilita seguir vinculado a la citada actividad, y las dos restantes personas acompañantes no logran unanimidad para resolver, o ninguno de los tres se pone de acuerdo, se acudirá al trámite de discordia. El artículo 60.3 CPC dispone expresamente que el o los nuevos integrantes que comparezcan para finiquitarla formarán su criterio con

sustento en el soporte de la audiencia, y solo cuando se afecte el principio de intermediación, se celebrará una nueva audiencia que se limitará a los puntos sobre los que exista discordia.

Entendemos que cuando el artículo dispone que se celebrará nueva audiencia de verse afectada la intermediación, es cuando la o las personas juzgadoras llamadas a dirimir la discordia no han quedado satisfechas con el contenido del soporte tecnológico, en un escenario de relación mediata autorizada por ley. Si la norma no dispone que la audiencia sea para repetir la prueba, y añadimos las razones invocadas en los puntos ii), iii) y iv) referidos líneas arriba a propósito del estudio hecho con la figura de la prueba trasladada, estimamos posible que el o los responsables con la gestión adecuada, al decretar la eventual reapertura del debate, haga o hagan comparecer nuevamente a la fuente o fuentes probatorias a fin de interrogarlas sobre aquellos aspectos que hayan generado duda, manteniendo incólume lo actuado durante la audiencia complementaria.

- f. Si la audiencia de pruebas se suspende por causa justificada⁴², y al reanudar, el o los mismos jueces o juezas siguen presidiéndola, el vencimiento del plazo de suspensión a que alude el numeral 50.3 CPC no hará en principio necesario repetir la prueba practicada hasta entonces, pues no se habrá quebrantado la intermediación procesal, esto último beneficiado en parte por el soporte tecnológico -aunque sea solo audio- para suplir eventuales problemas de alargue temporal.
- g. Si la sentencia dictada es apelada o casada, el tribunal de apelaciones o la respectiva sala asumirá en alzada la competencia funcional y resolverá el recurso. Si el agravio se dirige a alegar defectos en la apreciación de la prueba practicada ante el juzgado o tribunal de primera instancia, el superior

deberá revisar la idoneidad de lo resuelto y, para ello, accederá al registro existente para constatar la veracidad o no de lo alegado como parte del recurso.

La relación también en este caso será mediata por ausencia del superior en la producción de los datos, aunque el soporte con el que haga la revisión del agravio le permita acceder a información más pertinente que la obtenible con el acta escrita, para dirimir en forma acertada el punto en discusión. Así se infiere de lo dispuesto en los artículos 65.5, 67.1, 67.5, 67.7, 69.1, 69.2 y 69.7 CPC.

VI. Conclusiones

El sistema procesal civil busca que el tribunal implemente una gestión judicial activa para analizar en forma detallada el caso sometido a discusión, y tome decisiones que, garantizando su validez, permitan su avance expedito a través de las etapas que lo conforman, hasta el dictado oportuno y efectivo de la resolución de fondo.

Uno de los cambios relevantes que la reforma introduce es la oralidad como medio de comunicación prevalente en una o varias audiencias, con presencia de inmediación para la atención concentrada de ciertas actividades. En este nuevo paradigma, la escritura subsiste relegada a determinados actos procesales. La oralidad pretende coadyuvar en la celeridad y generación de información útil y pertinente para la toma de las distintas decisiones.

Con todo y lo dicho, como medio instrumental que es, su mayor o menor protagonismo en la solución del caso vendrá dada por la gestión judicial que el tribunal haga, al definir el itinerario que mejor se adecúe a sus particularidades. En ciertos casos, señalará a audiencia y, en otros, la prescindirá total o parcialmente, sustituyendo la oralidad por escritura cuando las circunstancias lo justifiquen. Deberá ponderar en una balanza el costo-beneficio de dispensar o no teniendo en mente los objetivos de celeridad y calidad

inmersos en uno y otro modo de comunicación, y junto a ellos, los criterios de imperatividad legal, trámite desplegado en la etapa introductoria, naturaleza del litigio y estado de la agenda.

Si de la gestión que haga el tribunal, resulta necesario señalar a audiencia; los principios de concentración e inmediación procesal harán su aparición, encaminados a propiciar el contacto directo e inmediato entre el tribunal y los elementos del proceso y la realización sucesiva y continua de los actos programados. Dicho enfoque entroniza la indelegabilidad, por el anhelo que la persona juzgadora del tribunal responsable de presidir sea la única responsable de llevarla a cabo y dictar la o las resoluciones pertinentes. Pero su abordaje variará según el tipo de actividad que deba ser atendida.

Para la audiencia preliminar, la ley procesal plantea un enfoque funcional debilitado. No habrá de entrada perjuicio, si median suspensiones temporales elevadas y la sustitución justificada de la persona juzgadora. La ruptura del contacto inmediato no afectará el derecho de defensa por el tipo de acto realizado, mayoritariamente argumentativo y decisor. Solo cuando haya actividad probatoria y se vea afectado el contacto inmediato, será necesario definir el protocolo que mejor responda al caso, desde repetir la prueba hasta conservarla incorporándola a través de la figura del traslado probatorio con el respectivo registro.

Para la audiencia complementaria, el legislador plantea un enfoque funcional fortalecido. La regla será mantener el contacto inmediato de la o las personas juzgadoras con los elementos del proceso en la atención de las actividades probatoria, conclusiva y deliberativa.

Con todo, la ley admite excepciones tendientes a matizar en unos casos, diluir en otros ese anhelo, poniendo en su justa dimensión el objetivo final de dicho medio, y mejorar la calidad dentro de límites racionales capaces de reconocer ámbitos de posible dispensa total o parcial para

salvaguardar, por un lado, el interés de las partes en la comprobación de sus alegatos cuando la prueba disponible encuentre dificultades para ser practicada por el tribunal del caso, y por el otro, el interés del tribunal en una adecuada gestión susceptible de flexibilizar el requerimiento inicial de contacto inmediato sin afectar la legalidad, celeridad y calidad.

El modelo ampara varias excepciones consecuentes con su instrumentalidad, la posibilidad de utilizar los medios tecnológicos para que el tribunal pueda producir la prueba localizada en un lugar distante dentro del territorio nacional y fuera del país, la misma situación vía exhorto dirigida a una autoridad fuera del territorio nacional para que la practique, cuando no hay forma de utilizar el medio tecnológico. Las figuras de prueba anticipada y trasladada también privilegian la admisión e incorporación con relación mediata y contacto más o menos directo limitado al soporte. La última, por su redacción, ampara diversas situaciones a precisar en cada caso, con el claro propósito de preservar los actos realizados en escenarios que lo justifiquen.

Por ejemplo, el caso del juez o de la jueza que se ve imposibilitado de seguir dirigiendo la actividad probatoria, de forma que la persona sustituta defina casuísticamente si repite la prueba o la conserva trasladándola mediante incorporación. Está también, entre otros, el supuesto de la competencia funcional revelador de otra excepción a la relación directa. El superior al conocer el agravio revisará lo decidido y

valorará la prueba sin haberla practicado, en un contexto de mediación matizada por el soporte tecnológico.

Estará en cada uno de nosotros y nosotras implementar la partitura legal que mejor se ajuste a las características particulares del caso, y sobre ella propiciar el avance más adecuado en términos de tiempo y calidad, para que el producto final, cualquiera sea la decisión, coadyuve al fin último, aplicar el derecho sustancial al caso concreto en forma efectiva, restableciendo el equilibrio indispensable indispensable para la armonía e institucionalidad.

Bibliografía

- Ley N.º 9342. Código Procesal Civil. (2016). San José, Costa Rica.
- Devis Echandía. (2002). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, Tercera Edición.
- Érick Ríos Leiva. (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- Muñoz Correa, Óscar Mauricio. (2014). "La intermediación procesal. Análisis sobre su consagración legal en el Código General del Proceso". *Revista Diálogos de Derecho y Política*, n.º 15, año 6.

Notas al pie

- 1 El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) desarrolla varios objetivos, entre ellos acceso a la justicia y modernización del sistema judicial. El primero busca mejorar el acceso al sistema simplificando los procedimientos y abaratando sus costos, entregando a la judicatura la posibilidad de racionalizar la tramitación de las causas según su complejidad, a través de lo que en el mundo anglosajón se conoce como “case management” o gestión judicial. El segundo busca, entre otras cosas, hacer un uso eficiente de los recursos entregando al tribunal cierta flexibilidad para adaptar la respuesta del sistema a las necesidades de cada caso. Erick Ríos Leiva. (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA., pp. 16 a 23.
- 2 El legislador apuesta por un método similar en la regulación que hace de los procesos de tutela cautelar, especiales de conocimiento monitorio, incidentales fuera de audiencia, ejecuciones provisionales y definitivas, conforme a los artículos 94, 96, 110.4, 114.1, 143.2 y 147 CPC.
- 3 Esa continuidad es propiciada de diversas maneras. El artículo 67.3 CPC dispone cuáles autos serán apelables, destacando ciertas resoluciones que en adelante tendrán únicamente revocatoria. Por ejemplo, la que rechace una excepción procesal, la que rechace un incidente de nulidad y la que resuelva sobre la cuantía. El numeral 50.3 CPC establece que únicamente por caso fortuito y fuerza mayor debidamente comprobados, para la buena marcha del proceso, en casos muy calificados para deliberar sobre aspectos complejos, o a petición de parte, para instar un acuerdo conciliatorio, se suspenderá la audiencia en los plazos allí indicados. La consigna es minimizar las causas de paralización que puedan afectar la concentración y consecuente celeridad. El numeral 67.4 CPC incluye la figura de la apelación diferida para minimizar el riesgo de suspensión de la actividad probatoria, de recaer con ocasión de esta una resolución oral apelable.
- 4 La audiencia “preliminar” o “preparatoria” está dispuesta para cumplir al menos los siguientes objetivos: 1) Depurar de oficio y a solicitud de parte el trámite de la fase introductoria, haciendo lo propio con eventuales deficiencias surgidas en el desarrollo de las actividades que tengan lugar en la propia audiencia. En forma ilustrativa, atender el saneamiento de defectos que afecten los presupuestos procesales y alegatos propositivos de la demanda, contestación, reconvencción y réplica. Este objetivo encuentra sustento al menos en los numerales 2.5, 2.6, 2.8, 5.2, 33.1, 33.2, 102.3.3, 102.3.4, 102.3.5, 102.3.6 y 114.1. CPC. 2) Propiciar la conciliación entre las partes como medio autocompositivo de resolver el conflicto, cuando esto resulte viable en los términos dispuestos por los numerales 2.4, 3.5, 50.3, 51 y 102.3.2. CPC. 3) Dar audiencia a la parte actora de la oposición para que en ejercicio del contradictorio defina si se refiere o no a lo allí alegado, y proponga contraprueba. 4) Fijar el valor económico del litigio a través de la cuantía, haya o no sido objetada por la parte demandada, conforme a lo dispuesto por los numerales 35.3, 37.1 y 102.3.7. CPC. 5) Fijar el objeto del debate; esto es, definir los hechos no controvertidos y controvertidos pertinentes conforme a lo extraíble de los numerales 41.3 y 102.3.8. CPC. 6) Admitir y rechazar las pruebas propuestas por las partes en relación con la fijación del objeto de debate, y eventualmente ordenar oficiosamente otras conforme a lo estatuido en los numerales 5.6, 41.3 y 102.3.9. CPC. Allí mismo, definir hora y fecha para la audiencia de pruebas y el orden en que se practicarán.
- 5 La audiencia “complementaria” o “de pruebas” plantea el cumplimiento de los siguientes objetivos: 1) Realizar la actividad de producción de las fuentes probatorias admitidas en la audiencia preliminar, conforme a lo dispuesto en los numerales 41.4 a 49 y 102.5.1 CPC en lo que resulten aplicables. 2) Escuchar el alegato de conclusiones conforme al artículo 102.5.2. CPC. 3) Deliberar y dictar la sentencia conforme a lo que señalan los numerales 61.1, 61.2 y 102.5.3. CPC.
- 6 En el caso de los procesos monitorios, tutela cautelar, incidental y ejecución, la ley igual remite a una audiencia única a la que se podrán aplicar por integración analógica según el numeral 3.4 CPC, en lo que se guarde silencio, resulte compatible y sea pertinente al objetivo que la haya justificado, las actividades previstas a la audiencia del sumario.

- 7 Sobre este tema existe mucha bibliografía que aborda el tema con diversos enfoques. Algunos la visualizan como principio y otros como regla técnica. En todos los casos hay un común denominador, la presencia física del llamado a juzgar y su relación directa con los distintos elementos del proceso, variando en contenido la exigencia de tal vínculo y las consecuencias de su ruptura o relativización. Entre otras, pueden consultarse las obras de Devis Echandía. *Teoría general del proceso*. (2002). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, Tercera Edición, p. 68; y Muñoz Correa, Óscar Mauricio. (2014). "La intermediación procesal. Análisis sobre su consagración legal en el Código General del Proceso". *Revista Diálogos de Derecho y Política*, n.º 15, año 6.
- 8 El Centro de Estudios de Justicia de las Américas identifica cinco diferentes audiencias principales que podrán coexistir o no en el curso de la fase oral: argumentativa, de pequeñas causas, de conciliación, preparatoria y de juicio oral. Erick Ríos Leiva. (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA., pp. 69 a 116.
- 9 Esto último es importante. El listado de actividades que enuncian los numerales 102.3, 102.5 y 103.3 CPC es enunciativa. Hay otras tantas que podrán deducirse. Por ejemplo, solicitud de acumulación de procesos -8.5 CPC-, recusación -14 CPC-, intervención adhesiva -22.4 CPC-, solicitud de modificación o ampliación de demanda -35.6 CPC-, excepciones materiales nuevas -37.2 CPC-, solicitud nueva de tutela cautelar -77 CPC-, entre otras tantas.
- 10 No hay duda de la bondad que apareja para el o los miembros del tribunal apreciar la prueba en sentencia habiendo participado en directo y vivo de su producción. Aunque no sea o sean psicólogos del comportamiento humano, la sana crítica, lógica y experiencia serán un punto de apoyo para discernir con más propiedad sobre la credibilidad de la fuente considerando en dicha valoración el lenguaje no verbal -compostura, estrés, sudoración, movimientos, dispersión, gestos, entre otros- inherente al relato, que si esa apreciación se hiciera con abstracción de tales elementos.
- 11 También desconcentración.
- 12 El primero dispone que la utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implicará ruptura de la intermediación; y el segundo señala que las actuaciones orales en las audiencias se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y, si fuera posible, también de la imagen.
- 13 Varios ejemplos. El tribunal dicta sentencia fuera de los plazos previstos en el numeral 61.1 CPC. Además de no sancionarse esa infracción con nulidad -artículo 69.2 CPC-, el tribunal podrá siempre realizar su labor con el soporte tecnológico. Está también el caso de la suspensión que supere los plazos del artículo 50.3 CPC. Esa sola circunstancia tampoco será motivo suficiente para presumir perjuicio aunque se debilite el recuerdo de lo vivido al momento de fallar. Algo similar ocurrirá si la audiencia no sufre suspensiones pero por la cantidad de prueba requerida de práctica, la etapa se extiende un lapso considerable de tiempo. Es probable que parte de la información recibida al inicio de la actividad se haya olvidado cuando llegue el momento de resolver.
- 14 Como regla que es, es indudable que podrá admitir excepción, pero le corresponderá a la parte afectada alegar y probar en concreto el perjuicio real que esa dilación le haya causado a su derecho de defensa.
- 15 Aclarar que una cosa será usar el registro para apoyar la relación directa, y otra utilizar el medio tecnológico para generar algún tipo de contacto a nivel perceptivo con el elemento probatorio cuando su práctica no haya estado a cargo del juez o de la jueza llamada a apreciarlo. Esto último es propio de la matización a que se podrá ver expuesta la intermediación en audiencia, tema que será abordado en el Capítulo V.

- 16 Sobre esta noción, ver Érick Ríos Leiva. *Manual de dirección de audiencias civiles*. (Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. 2017), pp. 16 a 24.
- 17 Reiterar aquí lo dicho en anteriores acápite. La oralidad se vislumbra de entrada como la regla, idónea para lograr la celeridad y calidad exigidas como premisas de una tutela judicial efectiva. En ese contexto, la duda entre aplicar oralidad y escritura se resolverá a favor de lo primero.
- 18 El encuadre recomendado y enfocado para el ordinario y sumario, es igualmente aplicable a aquellos otros procesos que también tienen prevista audiencia, caso de los artículos 94 y 96 CPC para la tutela cautelar, 110.4 CPC para el monitorio y 143.2 CPC para la ejecución provisional. Para el monitorio, el citado numeral remite directamente a la audiencia única del sumario; los otros dos no hacen ninguna remisión, pero como regulan actividades de audiencia única, se entiende viable invocar el artículo 3.4 CPC e integrar el numeral 103.3 que sí autoriza la dispensa.
- 19 Aunque la ley prevé la conciliación como parte de las actividades preparatorias, si se opta por dispensar el trámite de audiencia, prescindirla en ese momento no causará nulidad por ausencia de perjuicio, pues se trata de una figura invocable y atendible en cualquier instancia del proceso, tanto en primera como segunda instancia.
- 20 Por ejemplo, la demanda es por incumplimiento de contrato. La parte demandada deja transcurrir el emplazamiento sin contestar. Esa sola circunstancia será suficiente para dictar sentencia anticipada, pero si la accionada es una sucesión, el asunto deberá seguir el trámite por carecer el albacea de facultades para confesar en perjuicio de su representado.
- 21 Por ejemplo, la parte actora presenta demanda pidiendo la nulidad del contrato y ni en los hechos narrados ni en el documento adjunto se desprende que figure como contratante. Si se visualiza evidente la falta de legitimación causal activa, el tribunal podrá dictar sentencia anticipada y declarar improponible la demanda.
- 22 Por ejemplo, el asunto versa sobre la interpretación legal de la cláusula de un contrato escrito. También el asunto podrá presentar controversia fáctica parcial con prueba documental a la que cada parte ya hizo referencia en su respectiva alegación.
- 23 Por ejemplo, el asunto contiene hechos controvertidos y se ha propuesto testimonial pertinente, conducente y legal en relación con el objeto de debate.
- 24 Por ejemplo, una demanda de incumplimiento de contrato de venta de inmueble. Se solicita el pago del precio. Se proponen únicamente certificación de propiedad, el contrato y recibo de pago.
- 25 Mismo caso del anterior punto. Se visualiza factible la interacción para clarificar algunas dudas asociadas a los hechos y la discrepancia jurídica, y para intentar una conciliación.
- 26 Por ejemplo, una demanda ordinaria con pretensión de accesión invertida, o una en la que se alega incumplimiento de contrato de franquicia, entre otros tantos.
- 27 Por ejemplo, una demanda de daños y perjuicios. Uno de los hechos controvertidos está relacionado con supuesto falseamiento de los cimientos de la construcción y se propone la declaración testimonial de la esposa del actor, de profesión economista. En este caso, parece evidente que la prueba es inconducente al fin propuesto. Si el hecho controvertido es acompañado con prueba documental y existen dudas de su legalidad si una de las partes la ha impugnado, se podría convocar a audiencia y tratar en ella a viva voz el punto.
- 28 Por ejemplo, la prueba testimonial ofrecida en la demanda y contestación se vislumbra impertinente porque está vinculada a hechos no controvertidos. Con la dispensa inicial del trámite oral, se da audiencia de la

oposición a la parte actora, quien contesta y ofrece pericial como contraprueba pertinente respecto de un hecho controvertido.

- 29 Por ejemplo, se ha propuesto testimonial y declaración de parte. En la audiencia, la persona juzgadora define el objeto de debate y tiene como hechos no controvertidos los vinculados a esa prueba. Esto lo llevará a rechazarla por inadmisibile al ser impertinente.
- 30 Lo que aquí se diga resultará aplicable vía artículo 3.4 CPC a los otros procesos que también implementan el trámite de audiencia única.
- 31 La conciliación queda exceptuada de esta regla en atención a lo que dispone el numeral 51.2 párrafo primero CPC.
- 32 Varios ejemplos. 1) En el desarrollo de las actividades, la persona juzgadora dicta alguno de los autos que conforme al artículo 67.3 CPC admite alzada, la parte perjudicada lo apela, no es de aquellos a los que les es aplicable la figura de la apelación diferida que regula el numeral 67.4 CPC, y su admisión por los efectos jurídicos impide que la audiencia prosiga mientras se sustancia en segunda instancia, caso de la resolución oral que acoja la excepción procesal de falta de competencia por la materia, según los artículos 37.2, 102.3.4 y 102.3.6 CPC. 2) Una de las partes o su abogado se enferma y carece de suplente. 3) Se insta un acuerdo conciliatorio, y las partes solicitan la suspensión de la audiencia por el plazo a que alude el numeral 51.2 párrafo final CPC, y al final este fracasa. En los tres casos habrá un común denominador, el tiempo transcurso desde el hecho suspensivo hasta su reanudación. Tanto si la audiencia acaba suspendida menos o más de los diez y cinco días que establece el artículo 50.3 CPC, esa sola circunstancia no generará nulidad.
- 33 El juez o la jueza se incapacita por enfermedad por un lapso prolongado, renuncia, es despedido(a), se jubila, se le impone medidas cautelares, entre otras.
- 34 Este establece como causal de casación por la forma la vulneración del principio de intermediación por ausencia de jueces y juezas en la audiencia de prueba, conclusiones o deliberación.
- 35 Recalcamos, como lo indicáramos en el Capítulo II, punto 2), también habrá intermediación tecnológica si la audiencia se extiende en forma desmedida en el tiempo sin cambio subjetivo a nivel de integración del órgano jurisdiccional, pues la o las personas juzgadoras podrán acceder al soporte tecnológico para recordar detalles asociados a la información producida en su presencia.
- 36 Esto finalmente dependerá de la calidad con que se haya grabado el sonido de lo actuado.
- 37 Esto finalmente dependerá de la calidad con que se haya grabado el sonido e imagen de lo actuado.
- 38 Alguien podría decir que estos casos encuadran como modalidad de intermediación tecnológica perceptiva o sensorial, en contraposición a la generada con el contacto directo e inmediato, pero finalmente subsumible en la última oración del numeral 2.7 CPC. Esta posibilidad, estimamos, al menos con la lectura integral que hacemos del Código Procesal Civil, no es posible. No solo hay disposición expresa para que las pruebas sean practicadas por el tribunal que dicte sentencia, también se sanciona como causal formal de casación la ausencia del órgano en la audiencia de la prueba, salvados cuando menos, entendemos, los supuestos de dispensa autorizada por el propio legislador. Eso denota la imperiosa vinculación subjetiva entre el concepto de “relación directa” que recoge el citado numeral y el de contacto físico o visual en la producción de la información; esto último que es en su esencia la intermediación, no se puede entender satisfecha cuando el tribunal se limita a apreciar el elemento con el soporte sin haberlo producido directamente, repetimos, aunque aumente la probabilidad de contacto cualitativo con el producto final para su apreciación, que si se tuviera a mano únicamente el soporte escrito tradicional.

- 39 Entendemos, aunque el legislador autoriza la dispensa de repetición total, el tribunal podrá dentro de sus facultades con una correcta gestión del caso, trasladarla, incorporarla y, a la vez, hacer comparecer nuevamente a la fuente probatoria para realizarle preguntas sobre hechos que estime que quedaron sin atender, y otorga luego a las partes el derecho de hacer también ellas preguntas sobre los nuevos datos.
- 40 Creemos que este soporte podrá ser el tecnológico o la misma acta escrita, según la forma como se haya documentado la información.
- 41 Pensemos que la audiencia termina muy tarde y se decide continuar al día siguiente. En ese lapso, fallece la persona juzgadora. O el caso en que la audiencia se suspende por diez días para que la parte aporte un documento y, en este periodo, la persona juzgadora sufre un accidente que lo aparta del caso. Está también el caso de la jueza o del juez recusado. Si la recusación prospera, será sustituido por otro u otra compañera. El artículo 14.6 CPC dispone que los actos procesales serán válidos, aun cuando se declare fundada la recusación, salvo que se lesione el principio de inmediación. Esto último será abordado por el o los sustitutos, teniendo a la vista las pautas de prueba trasladada en consonancia con la causa generadora del apartamiento del juez o de la jueza recusada.
- 42 Se citan dos ejemplos para entender esta hipótesis. Si las partes abren un espacio para negociar y piden la suspensión por tres meses amparados en el numeral 51.2 CPC, el tribunal en atención a las circunstancias podrá informar a los y las intervinientes de posibles implicaciones sobre la inmediación, podrá acceder y mantener suspendida la audiencia ese lapso aunque supere el plazo del artículo 50.3 CPC y, si al cabo de los tres meses, no hay acuerdo, reanudar y proseguir con las restantes. Igual, si en fase de práctica del interrogatorio al perito privado, el tribunal de oficio o a solicitud de una de las partes dispone ordenar uno de tipo judicial, situación permitida por los artículos 41.3 párrafo tercero y 44.4 CPC, la consecuencia práctica sería suspender la audiencia hasta que el nuevo perito pueda comparecer a estrados, y esto probablemente superaría el mes.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA REFORMA CIVIL: ¿CARGA DINÁMICA, REINVERSIÓN DE LA PRUEBA, ¿REDISTRIBUCIÓN DE LA PRUEBA O FACILIDAD PROBATORIA A TRAVÉS DE SANCIONES PROCESALES?

MSc. Jorge Olaso Álvarez*
jeolaso@yahoo.com

RESUMEN:

La reforma laboral en Costa Rica es consecuencia de diversos antecedentes históricos que antecedieron a su promulgación. A través de este texto se busca analizar esos antecedentes normativos y marcar sus diferencias y similitudes con la nueva normativa que actualmente nos regula. Esos antecedentes, a diferencia de la reforma procesal laboral que nos rige, pretendían solo modificar aspectos sustantivos del derecho laboral, por ende, su análisis es de obligada lectura para todas aquellas personas que planteamos los problemas que provoca una legislación que modifica aspectos pero que deja vigente regulaciones del siglo pasado.

Palabras clave: Prueba, Reforma procesal civil, reinversión de la carga de la prueba, redistribución de la carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, facilidad probatoria, debido proceso, verdad.

The burden of proof in civil reform: dynamic burden, reinvestment of proof, redistribution of proof or ease of proof through procedural sanctions?

ABSTRACT:

The labor reform in Costa Rica is a consequence of diverse historical antecedents to its enactment. The purpose of this text is to analyze those normative antecedents and to mark their differences and similarities with the new regulations that currently regulate us. Those antecedents, unlike the labor procedural reform that governs us, intended only to modify substantive aspects of labor law, therefore, its analysis is mandatory reading for all those of us who raise the problems caused by legislation that modifies aspects but leaves in force regulations of the last century.

Keywords: Evidence, Civil procedural reform, reinvestment of the burden of proof, redistribution of the burden of proof, dynamic burden of proof, ease of proof, due process, truth.

* Juez de la República de Costa Rica desde hace 28 años. Profesor universitario en la Escuela Libre de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica. Master en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la UNED, actualmente, se encuentra terminando sus estudios de Doctorado en Derecho. Autor de las siguientes obras "La prueba en materia civil" y "La prueba en materia laboral", "Derecho Sancionatorio Laboral", "Manual de Desarrollo Esquemático de la Reforma laboral" y autor de diversos artículos en materia civil, comercial y laboral. Ganador del Premio Ulises Odio por el libro "La prueba en materia laboral", en 2017. Juez de Tribunal de Apelaciones en el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José y actualmente se encuentra laborando como Magistrado Suplente de la Sala Segunda.

1. *Antecedentes y vínculos con el principio dispositivo*

Este estudio busca desarrollar un supuesto muy concreto que establece la Reforma Procesal Civil que entrará en vigor en Costa Rica, en octubre del 2018, específicamente, el numeral 41.1 y las derivaciones de la carga de la prueba ahí establecidas.

En primer término, para entender las nuevas hipótesis que la carga probatoria plantea, es importante destacar que la disposición señalada parte de las mismas premisas que establece el actual artículo 317 del Código Procesal Civil. Entre estas premisas, tenemos que la carga probatoria corresponderá:

- a) *Al que formula la pretensión, respecto de los hechos constitutivos de sus derechos y*
- b) *al que se oponga a una pretensión, con respecto a los hechos modificativos, modificativos o extintivos de los derechos de la parte actora.*

Hasta ahí la norma no modifica la derivación tradicional del principio dispositivo tal y como, a su vez, es desarrollado en la Reforma, concretamente en el artículo 2.4¹.

Sin embargo, en estas líneas, pretendo enfocarme en una aplicación distinta del principio dispositivo referida al marco de creación de los hechos de la demanda (y de la contestación) y al ofrecimiento de prueba derivada de esta construcción.

Este aspecto del principio citado es desarrollado por algunos autores. En este sentido, Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández analizan que el principio dispositivo se materializa también en fijar y probar los hechos que les interesan (*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*), también llamado por otros “principio de aportación de parte” o “principio de controversia o dualidad de partes”².

De igual forma, De la Oliva, pero esta vez junto con Ignacio Díez-Picazo Giménez y Jaime

Vegas Torres, desarrollan los vínculos entre el principio dispositivo y el derecho fundamental de acceso a la justicia. Ellos explican que admitir pruebas para acreditar los hechos es una manifestación clara del derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, por lo que concluyen que no existirían infracciones a este derecho fundamental, si el ordenamiento (procesal) permite solo ciertos medios de prueba o limite la materia a probar, es decir, aquellas sobre las que pueda producirse debate y prueba³.

En mi criterio, esta posición podría encontrar cierta simetría argumentativa con el voto número 1739-92 de nuestra Sala Constitucional que para muchos constituye el fundamento en nuestra jurisprudencia de los principios que enmarcan el debido proceso. Señalo esto, en virtud de una parte del voto donde se cita textualmente lo indicado en la sesión extraordinaria de la Corte Plena del 26 de abril de 1984, la cual dispone lo siguiente:

[...] El artículo 41 de la Constitución puede resultar quebrantado, en su segunda regla, por los jueces o por el legislador: por los primeros cuando deniegan en el fallo, sin motivo, una petición que debió concederse, y por el legislador si estableciera obstáculos procesales, fuera de toda razón, que prácticamente impidan el acceso a la justicia, un excesivo formalismo puede conducir, de hecho, a una denegación de justicia [...]. (Lo destacado no es parte del original).

Esta cita expresa del voto tocante a los “obstáculos procesales” que puede provocar la normativa es el prisma con el que pretendo enfocar lo que el artículo 41.1 establece (ya no en cuanto a las dos premisas tradicionales arriba reseñadas), sino en cuanto a que estas deban aplicarse teniendo en cuenta:

- 1) La disponibilidad y la facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

- 2) Excepto en los supuestos donde existan disposiciones legales que distribuyan con criterios especiales la carga de la prueba.

Esta temática de la “disponibilidad y facilidad probatoria” correspondiente a cada una de las partes ha sido discutida en foros y seminarios con ocasión de la Reforma Procesal Civil, y por esto, considero pertinente referirnos acerca de si esa frase enmarca una “carga dinámica probatoria”, una “reinversión o redistribución de dicha carga” o algún otro instituto o teoría que dé contenido a esta frase.

No obstante, antes de efectuar ese análisis conceptual, es importante referirse a la temática de la “búsqueda de la verdad” que también es introducida en la reforma como una de las potestades de los tribunales (artículo 5.6); pero siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento.

Ahora bien, la sola mención del término “mágico” verdad nos lleva a efectuar un breve desarrollo dogmático en torno a los vínculos existentes entre la prueba y este término lleno de incerteza, misticismo, creencia y convencimiento emocional al que denominamos verdad.

2. *La búsqueda del santo grial de la verdad y el misticismo probatorio*

En aras de desarrollar de una forma concisa y concreta esta temática, me basaré en el planteamiento realizado en una tesis de grado de Licenciatura de la Universidad de Costa Rica elaborada en forma brillante, y que tuve el honor de dirigir. Se trata de la tesis denominada *La exigencia de fundamentación de la valoración de la prueba. El esclarecimiento de una íntima convicción disfrazada*, de Jairo Arias Montoya.

En el marco metodológico de su trabajo, Arias Montoya nos señala que debemos partir de la premisa de que las personas juzgadoras dirigen su labor en función de un conocimiento de los hechos. Dicho conocimiento, en el marco

evolutivo de la historia, se ha visto influenciado por aspectos mágicos, similares a las de búsqueda mística del Santo Grial por parte de los caballeros que integraban la mesa redonda del legendario rey Arturo. Un ejemplo claro de esto es el conocimiento probatorio derivado de la ordalía, campo en el cual podemos colocar “[...] cualquier experimento gnoseológico-místico donde se haya postulado un orden oculto diagnosticable por distintas vías”⁴. La ordalía es un ejemplo de cómo la confusión entre delito y pecado hacía que los parámetros epistemológicos para la solución de los casos y la búsqueda de la verdad radicarán en aspectos mágicos.

Con el desarrollo del pensamiento científico, da inicio el “racionalismo” como una forma de dar soluciones “secularizadas”, por lo que se da un rechazo a la especulación como una forma de conocimiento, sino el mismo debe derivar de un saber a partir de la experiencia. La génesis de esta teoría se le debe a JOHN LOCKE, quien sugiere que todo nuestro conocimiento proviene de la experiencia. Él nos ejemplifica su hipótesis de una forma muy simple. Supongamos que la mente es un papel limpio de cualquier idea, ¿cómo se adquieren esas ideas? ¿De dónde se obtiene todo aquello que la imaginación humana ha pintado en esa hoja de una forma casi infinita? ¿De dónde se saca el conocimiento? Locke sintetiza la respuesta a esas preguntas a través de la palabra experiencia, pues de ahí deriva el conocimiento humano.

Berthand Rusell (1947) cuestiona lo que afirma Locke, ya que muchas veces los datos obtenidos a través de esas inferencias no responden a parámetros estrictamente racionales, sino muchas veces a una cierta fe. Como ejemplo de esto, se resalta que cuando se ve una manzana, la experiencia me hace esperar que sabrá como manzana y no como carne asada, pero esa esperanza CARECE DE UNA JUSTIFICACIÓN RACIONAL, por lo que podríamos concluir que los casos donde no tenemos la experiencia se asemejan a los que hemos comprobado, lo cual evidentemente es incorrecto (tomo II, p. 287).

Aplicando esta teoría empírica a la construcción fáctica que realiza la persona juzgadora, podríamos concluir que la experiencia de dicha persona muchas veces no alcanza para tener un conocimiento del hecho debatido. Por ejemplo, si se deben apreciar los defectos que contiene un determinado objeto, cuando en realidad, la experiencia no permite inferir ese conocimiento, sino que debe recurrirse a una prueba técnica para llegar a una justificación racional de la decisión.

Por esto, como reacción a esa racionalidad empírica, se desarrolla la teoría la “epistemología del conocimiento inductivo” (Gascón Abellán, 2004), en el siglo XVIII, como una forma de llegar a certezas incuestionables. En otras palabras, como la experiencia no alcanza para deducir hechos, por la falta de conocimientos de la persona juzgadora, se debe utilizar un proceso inductivo. Dicho proceso inductivo no se fundamenta en reglas de la experiencia, sino más bien en función de la probabilidad de que un hecho ocurra de determinada forma o no.

Brown (citado por Gascón Abellán, 2004, p. 22) explicaba que, aunque no podemos probar la “verdad final” de una hipótesis, podemos producir un conjunto de reglas que nos permiten determinar el grado en que esta ha sido confirmada por los elementos de juicio disponibles. Dicha probabilidad puede entenderse de dos formas; primero, como un análisis con base en estudios estadísticos o matemáticos; por ejemplo, que por este tipo de estudios, se puede inferir que tal hecho ocurrió o, por el contrario, que no sucedió. Como anécdota de esto recuerdo un caso en el que la parte demandada pretendía demostrar, a través de una pericial estadística, como el accidente sufrido por la actora en un parque de diversiones no se pudo dar (voto número 288, de las quince horas diez minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil diez, Tribunal Segundo Civil, Sección Primera).

Una segunda forma de entender el tema de la probabilidad es cuando esta terminología se usa epistemológicamente para determinar que una

proposición es verdadera o no, lo que en síntesis es utilizado muchas como una formula vacía de la argumentación (Hacking, 1975, p. 25 y (Ferrer-Beltrán, 2007, p. 94).

Un típico ejemplo de esto es la calificación de los hechos notorios o evidentes para denegar la admisibilidad de prueba (artículo 41.3 de la reforma). En esta segunda hipótesis, la probabilidad se basa en el grado de conocimiento que la persona puede tener en torno al “mundo” (noción epistemológica), lo que nos puede llevar a la creencia de una proposición sea “verdadera”, y por esto se recurre a frases lingüísticas como lo notorio o lo evidente para determinar que un determinado hecho ocurrió.

En este contexto, lo “probable” se transforma en una forma subjetiva, ya que se basa en la probabilidad de que una persona (el juez o la jueza) le asigna a una proposición basado en la creencia “racional” de la proposición como elemento de juicio (Ferrer Beltrán-2007 p. 96). De esta forma, esta probabilidad proporciona ciertos fundamentos objetivos, a los cuales el conocimiento empírico (experiencia) no nos puede llevar, sin embargo, no llega a un grado absoluto de certeza, pero suministra un cierto grado de probabilidad de verdad.

Por ende, en el contexto de la fundamentación de sus decisiones, las personas juzgadoras se encuentran en la posibilidad de elegir entre un conocimiento con base en la experiencia o uno basado en probabilidades, en el que se dejan de lado aspectos emotivos o de mera intuición, teniendo claro que esta “racionalidad” solamente brindará respuestas probables y no certezas absolutas.

Una vez que hemos desarrollado los tres momentos históricos que determinan las formas con que las personas juzgadoras pueden acercarse al conocimiento de los hechos, me enfocaré a destacar qué importancia tiene para dichas personas ese conocimiento en función de la argumentación de las sentencias.

3. *La prueba como un elemento del descubrimiento*

Por una situación propia del desarrollo de la dogmática del derecho y quizás para responder a los cuestionamientos que las redes sociales y los medios de comunicación masivas efectúan en torno a las decisiones jurisdiccionales, las personas se muestran cada vez más interesadas en saber cómo las personas juzgadoras fundan sus resoluciones. Por esto, se han desarrollado actualmente los llamados estudios en torno a la argumentación jurídica. Al respecto, Gascón Abellán (2004) advierte que los juristas estamos preocupados en el problema de interpretación de las normas, entendiendo que el conocimiento de los hechos no resulta un problema de relevancia (pp. 195 y 196).

Esta visión deriva de una tradición jurídica que confía en la determinación de los hechos dentro de un proceso judicial y la forma en que las personas juzgadoras tenemos conocimientos de estos, ya que se considera extraño que se argumente en torno a esto como consecuencia en la razón empírica que arriba expliqué.

Esto provoca una carencia de criterios para saber cómo los hechos son determinados por los jueces o las juezas, lo que también es un problema que se traduce en las resoluciones judiciales y que hace difícil que las partes en el proceso puedan controlar esta determinación de los hechos probados o no acreditados en el fallo.

La autora citada indica que, a finales del siglo XVII y, especialmente en el siglo XVIII con el surgimiento de la crítica, se dio culto a la razón. Un ejemplo de esto es la obra de ISAAC NEWTON para quien la actitud hacia los hechos, la observación y la experiencia generaba una forma de comprensión de estos que no solo era determinante para las ciencias naturales, sino también para toda idea y todo proyecto que el pensamiento jurídico de la Ilustración (Voltaire, Buffon y Condillac) ideaba para la búsqueda de la verdad en el proceso judicial (p. 28).

La obra de Cesare Beccaria constituye un ejemplo claro de esto. En el campo del derecho penal, Beccaria se enfrentó a un sistema en el que subsistían los delitos religiosos de procedencia medieval, sancionados por ley real (*laesae Majestatis divinae*) tales como herejía, magia y sacrilegios. Eran penados por la jurisdicción eclesiástica (en España, el Santo Oficio de la Inquisición para los delitos contra la fe) o por la real ordinaria (blasfemias, bigamia, perjurio...) (Introducción, edición de 1974, p. 26). Se consideraba a la persona delincuente como pecadora, y su trato dentro del proceso era de esa confesión. Podemos ver resabios de esa perspectiva en los sistemas inquisitivos, donde la confesión era la plena prueba (tal y como sucede con nuestro Código Procesal Civil actual, artículo 338).

Esa unión con la religión tenía como consecuencia que el foco de la persecución penal se fundamentara en las características subjetivas del sujeto y no sobre lo fáctico, por lo que generó una omisión en la fundamentación. En este sentido, Francisco Tomás y Valiente afirma:

La oscuridad de las leyes, la aún mayor de la doctrina y (...) la ausencia de fundamentos de hecho y de derecho como justificación expresa de cada sentencia penal, hacían posible que la legalidad de estas fuese muy escasa y el margen de arbitrio judicial enorme (p. 28).

Al criticar Beccaria (1764) la tortura en los juicios penales identifica cómo influyen los aspectos personales en la construcción de la decisión. Por tanto, si hay dos personas igualmente inocentes o culpables, será absuelto el que mejor soporte el dolor (debido a su anatomía, genética, etcétera), y será condenado el que tenga menor condición para soportar la tortura (p. 98). El razonamiento del fallo podría ser el siguiente:

Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito; tú vigoroso, has sabido resistir al dolor, y, por tanto, te absuelvo; tú, débil, has cedido a él, y, por tanto, te condeno. Sé que la confesión arrancada entre

tormentos no tiene fuerza alguna, pero os atormentaré de nuevo si no confirmáis lo que habéis confesado (Ibidem).

“Como respuesta a estas deficiencias medievales, aunadas a las nuevas formas de conocimiento científico, el derecho dirige sus velas hacia el mar de los hechos, o sea aquello que por ser externo sí es susceptible de observarse, y produce un efecto tangible a la sociedad”. (Gascón Abellán, 2004, p. 30).

Beccaria desarrolla esta idea, cuando indica que la verdadera medida de los delitos es el daño social (p. 140). Como consecuencia de esta separación del pensamiento mágico-religioso, los hechos y sus efectos son analizados de una forma más objetiva y comprobable que lo podrían ser desde un punto de vista empírico. Este Ideal fue recogido por Ferrajoli (1995) y el garantismo penal, al indicar que “[...] la determinación de lo que es punible *“se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino sólo [sic] a figuras de comportamiento empíricas y objetivas”* (p. 34).

Ya en el marco de otras ramas del derecho de una naturaleza menos sancionatoria, se analizan los grados de conocimiento de los hechos propios de un proceso, a partir de la naturaleza de los medios de prueba.

Tal y como lo desarrollé anteriormente, la probabilidad es la respuesta que el conocimiento científico da al empirismo en torno al tema de la seguridad de lo que se conoce. Utilizando el desarrollo que Isaac Asimov efectúa en su obra “Yo robot” de 1950, podemos partir de la premisa de que el juez o la jueza no es un androide integrado por programaciones de todo tipo, con respecto al conocimiento. Por el contrario, es una persona dotada de voluntad, emociones y, por lo tanto, susceptible a engaños (Bentham, citado por Gascón Abellán, 2004, p. 31).

Ya esta condición era reseñada en las Antiguas Escrituras, cuando haciendo referencia al poder de Dios, se establecía que “[...] Su poder le da siempre la victoria. Sujetos a Él están el engañado y

el que lo engaña. Él hace que los sabios pierdan su inteligencia y que los jueces se vuelvan locos”. (Job, capítulo 12, versículo 17). Esta situación también fue objeto de análisis por parte de los doctrinarios de la Ilustración, quienes destacaban no solo esa condición de humanidad de la persona juzgadora, sino también las denominadas “pruebas evidentes, indubitables, demostrativas” son raras en el marco de cualquier tipo de juicio, pues la evidencia muchas veces carece de esas condiciones (Forner, citado por Gascón Abellán, *ibidem*).

Como una reacción natural a ese defecto probatorio, se deja la certeza de lado como una finalidad, y se transforma por un acercamiento al tema ya tantas veces citado de la “probabilidad” bajo las reglas de un proceso. Como una derivación de esa visión procesal, surgieron movimientos abolicionistas de las penas capitales, los cuales precisamente destacaban que, en todo proceso el error judicial, era condición siempre presente.

Para Gascón-Abellán la influencia de VOLTAIRE resultó de gran importancia para este tipo de análisis realizado por los juristas de la época, cuando manifestaba por ejemplo que, *“no puede haber certidumbre cuando física o moralmente es posible que las cosas sean de otra manera”* (Voltaire, citado por Gascón-Abellán, 2004, p. 32.). Así lo indicó en su *Diccionario filosófico* (1764), *“bajo el título de “Certidumbre. Cierto”, -donde- se dedicaba precisamente a glosar los graves errores judiciales del siglo”* (*Ibidem*). La autora señala que, si bien es cierto, gran parte de estos errores judiciales eran producto del sistema inquisitivo y las prácticas judiciales que ya se han comentado, no obstante, su crítica *“reposaba también en la concepción probabilística del conocimiento de los hechos”* (*Ibidem*).

Otro de los rasgos de este pensamiento “ilustrado” derivó en los modelos de cómo valorar la prueba, pues los modelos tasados de prueba eran propios de un monarca para preestablecer las decisiones de parte de los nobles que administraban justicia en su nombre. Por ejemplo, el valor del testimonio de un hombre frente al de una mujer o el número

de declarantes que debían rendirse para tener por acreditados ciertos hechos (tal y como sucede en nuestro actual artículo 25 del Código de Trabajo).

A través de estas máximas de la experiencia se pretendían obtener “deducciones infalibles”. No obstante, la ilustración llevó a “una apertura hacia esquemas valorativos basados en la convicción judicial, instalados en una concepción inductiva de la prueba, es decir, en un esquema probatorio que no se resuelve en conclusiones necesarias, sino sólo [sic] probables” (Ibidem, p. 33.).

Encontramos ejemplos claros de esta crítica y sus diferencias con las probanzas tasadas, en Jeremías Bentham (1823) para quien eran falsas y malas las reglas que obligaban “al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión, a sacrificar el fondo por la forma, a juzgar como hombre de ley de muy distinta manera que lo haría como hombre privado”. (Libro II, capítulo II, p. 6).

Las consecuencias de una filosofía fundada en la libertad y trasladada al marco jurisdiccional producen una mayor credibilidad hacia la persona del juzgador, como aquella llamada a apreciar con libertad las pruebas que se le sometían a su valoración, libertad que a su vez le exige una participación cognitiva independiente, pero muchas veces la rigidez del procedimiento convierte el proceso en un laberinto, como lo resalta Bentham al establecer que “la forma de actuar puede ser constreñida, pero la manera de pensar no lo puede ser”. (Ibidem).

Debemos entender que la libre convicción, tal y como lo planteaba la Ilustración, no era una libertad ilimitada para decidir sin fundamentos probatorios, sino el ajuste a un control racional de la prueba, “significa que pertenece sólo [sic] al juzgador la decisión de dar probado un hecho a la luz del material probatorio, no, por tanto, que ello pueda hacerse sin pruebas” (Gascón-Abellán, 2004, p. 33). De esta manera, se establece el principio ilustrado de la libre convicción⁵.

La ideología en materia probatoria era muy buena, no obstante, su práctica en la etapa

posterior a la Ilustración se desligó gravemente del pensamiento científico, tal y como lo deja reflejado Ferrajoli (1989): “por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales” (p. 139).

Voy a hacer un resumen de lo que hasta ahora deseo plantear. Los sistemas de libre valoración de la prueba fueron creados para superar los problemas de la teoría del razonamiento deductivo, propios de la prueba tasada, por un sistema inductivo que encontraba en el carácter de la “probabilidad” de las pruebas su respuesta, lo que para sus ideólogos permitía un conocimiento más accesible de la prueba dentro de un proceso. Entonces, si el planteamiento buscaba esa libertad en la valoración, ¿cuál fue su problema?

Para Ferrajoli (1989, p. 139), dicha problemática se encontraba en la discrecionalidad en la valoración de las pruebas, como sustitución de las pruebas legales. De igual forma, Marina Gascón Abellán indica que dicha libertad vinculada a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba, llevaba a la idea de que, ante el problema de insuficiencia probatoria, debía llenarse ese vacío a través del convencimiento de la persona juzgadora (2004, p. 34).

Ahora bien, dicho convencimiento propio de la mente del juez o de la jueza, en el marco de una libre convicción, se convierte en una “especie de momento místico” (Andrés Ibañez, citado por Gascón-Abellán, p. 35). Es tan místico que resulta incuestionable, inaccesible e incontrolable para las partes, ya que a través de él, se esquiva el problema de justificar el porqué de la inducción en un determinado sentido (Ferrajoli, 1989, p. 139).

En cierta medida, cómo una reacción a este pensamiento filosófico surge de la teoría de la subjetividad de la persona juzgadora para llegar a un conocimiento de los hechos, como un aporte del llamado “realismo norteamericano”.

Las teorías de EDMUND HUSSERL y WILLIAM JAMES nos ofrecen soluciones en torno a lo que debe entenderse por “realismo” en el siglo XX. Según Campos-Zamora señala (2010, p. 196), HUSSERL expone no una teoría o una doctrina, sino un método, mediante el cual es posible alcanzar un conocimiento objetivo y esencial de la realidad, más allá de meros subjetivismos, de la siguiente manera:

Debemos partir del concepto de intencionalidad en su segunda variable⁶ y utilizar el método de reducción fenomenológica, en sus dos formas, una primera en que se prescinda de las particularidades del objeto individualmente considerado, y una segunda que consiste en separar de él nuestros sentimientos, creencias o prejuicios, para así apreciarlo como es en realidad y no como creemos que es (Ibidem, pp. 197-198).

Aplicando esto a la función de un juez o de una jueza, sería un procedimiento para acercarnos a la “realidad” del objeto o de la figura en estudio, excluyendo sus particularidades concretas y, a su vez, sus “preconcepciones” en torno a estos aspectos y así apreciar de una forma menos compleja la realidad.

Por otro parte, JAMES recalca la utilidad de conocer la realidad y no la verdad, al afirmar que “el intelecto es dado al hombre, no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad” (Ibidem); es decir: “la verdad radica en la utilidad, y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de alcanzar” (James, citado por Campos-Zamora, 2010, p. 198). Se debe tener claro que la utilidad no se determina por la satisfacción de necesidades materiales, sino en tanto sirva para el desarrollo del hombre en sociedad (ibidem).

El realismo jurídico norteamericano se fundamenta en estos dos autores. Según Labarca-

Prieto (1975), su éxito en esas latitudes deriva de la idea de efectuar un cambio “en la mentalidad judicial” y generar así una variación determinante en la realidad jurídica, y esto se concreta cuando los sostenedores del pensamiento realista alcanzan posiciones en la judicatura (p. 14).

Para OLIVER HOLMES, el conocimiento de esta “realidad” se encuentra en la posibilidad de profetizar lo que los jueces harán, se determina mediante una investigación sobre lo que se ha resuelto en casos anteriores, sobre lo que dicen las leyes, los trabajos de los juristas donde se analicen esos tópicos, y además debe considerarse cuál es el manejo que se le ha dado a todo ese material en medio del sistema judicial. De esta manera, “El Derecho no sería otra cosa que una exposición general y sistemática de la conducta judicial probable en la consideración de casos concretos”. (Cueto Rúa, citado por Labarca-Prieto, op cit, p. 19).

Para ello, no basta con un simple análisis lógico en la interpretación de las leyes, ni la creencia que el desempeño en una sentencia responde a un razonamiento lógico, sino que la mirada debe estar en los contextos que la experiencia ha proporcionado. “La pretensión de que la interpretación judicial es puramente lógica, de que detrás de cada sentencia existe un impecable raciocinio lógico que la valida, se encuentra denunciada por Holmes con una agudeza excepcional” (Ibidem).

Otro aporte de este realismo norteamericano se le debe a JEROME FRANK, debido a su labor como juez, magistrado de apelación y catedrático, él “dirigió su mirada al análisis de la conducta efectiva del juez, y los problemas presentados con la apreciación de la prueba” (Campos-Zamora, op. cit., p. 206); además, porque para él, “lo importante es determinar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los hechos del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma” (Frank, citado por Campos-Zamora, ibidem).

De forma resumida, se puede indicar que, para JEROME FRANK, “el Derecho comienza y termina

con cada decisión de cada tribunal. Esto supone que no sea posible predecir con exactitud la decisión que sobre un caso concreto va a tomar un tribunal” (Labarca-Prieto, op. cit., p. 24).

La dificultad para predecir lo que los jueces y las juezas harán radica en la gran cantidad de factores que intervienen en este personaje a la hora de tomar sus decisiones, de ahí surge la importancia del aporte de FRANK para aceptar el juego de la personalidad de la persona juzgadora cuando *crea* derecho. Por ejemplo, este autor señalaba: *“Cuando, no hace mucho, algunos jueces eran antidemocráticos, a menudo pusieron obstáculos a la democrática voluntad expresada por la legislatura. Esto lo hicieron a veces interpretando tercamente la ley con toda escrupulosidad, sin considerar realmente su intención”*. (Frank, citado por Labarca-Prieto, *ibidem*).

Para JEROME FRANK, en los juicios más que discutir sobre aspectos normativos, se plantean con mayor preponderancia cuestiones sobre hechos, de allí que cataloga a los tribunales de prueba (*trial courts*) como los más importantes; (Frank, citado por Labarca-Prieto, op. cit., p. 34.). Y al tratarse de hechos pasados, lo determinante es el trato a la prueba ofrecida, generalmente testigos, mediante los cuales se tendrán que *revivir* aquellos acontecimientos.

Para SIMPSON es ilusorio creer que todos los hechos que se alegan en un proceso vuelvan a presentarse con todos sus detalles ante el juez, por lo que es preciso *“reconocer que se administra justicia a base de aplicar las reglas sustantivas, no a los hechos que efectivamente ocurrieron, sino a la imagen que de ellos se forme en la mente del juzgador a través de las diligencias probatorias”* (op. cit.).

Esto motiva su contrariedad a la concepción del derecho como una predicción de lo que los jueces harán. Cuando FRANK pone su foco de atención en la cuestión fáctica comprende que no es posible tal profecía, ya que esto conllevaría: *“una profecía sobre las futuras reacciones subjetivas de un juez de prueba o de un jurado con respecto a las declaraciones contradictorias de determinadas personas que serían*

citadas como testigos”. (Frank, citado por Labarca-Prieto, op. cit., p. 36-37.).

La subjetividad juega no solo en las reacciones del juez ante las declaraciones, sino también en los propios testigos, por lo que no es posible determinar de antemano cómo resolverá un juez o una jueza, si no es posible conocer cuáles hechos se tendrán por probados. Y el asunto es aún más complejo, como lo entiende Haba-Müller, pues dos clases de testigos entran al juego, *“a) los traídos por las partes; y b) los testigos de los testigos, es decir, los jueces y los jurados. Esta doble serie testimonial, nos dice FRANK, dista de garantizar objetividad y previsibilidad en la fijación de los hechos del caso”* (op. cit., p. 182).

En síntesis, todas las teorías filosóficas antes reseñadas buscan un acercamiento al tema probatorio para la mejor construcción de las decisiones judiciales. Jaime Guasp (2005) enumera esas teorías:

- a) La fase primitiva, que se caracteriza por haber sido utilizada en etapas muy primitivas de la humanidad, en las que se utilizaba la tortura y no había un método estructurado para la averiguación de hechos, sino la simple *“impresión personal”*;
- b) La fase religiosa o mística, que tuvo gran influencia del Derecho canónico, el fanatismo religioso, donde los sistemas probatorios lo que utilizaban era los llamados Juicios de Dios, como las ordalías, duelos, pruebas de agua y de fuego, entre otras;
- c) La fase legal, o mejor conocida como la de tarifa legal, pues dotaba a la prueba de una valoración previa, que, si bien para su época fue todo un avance, hoy ya no se justifica;
- d) La fase de la íntima convicción moral, que surgió en la Revolución Francesa en respuesta a la de tarifa legal, y que consistía en la absoluta libertad para valorar la prueba sin sujeción a ninguna regla;

- e) La fase científica, que es la que impera actualmente en los códigos procesales modernos, y que propone valorar de acuerdo con la sana crítica racional y por jueces capacitados para hacerlo (pp. 361 y 632).

Determinado esto, me referiré cómo el tema del acercamiento probatorio que la Reforma Civil propugna tiene como fundamento distintas visiones en torno a esta problemática filosófica antes reseñada.

3) *Posiciones en torno a la carga probatoria*

a) *La carga dinámica de la prueba*

Según DIAZ RETREPO, J.C. lo expone:

[...] cuando hay un hecho que es necesario aclarar por resultar neurálgico para la resolución “justa” de la litis, pero la parte a la que le incumbe su probanza, por ser el sustento de la norma cuya aplicación invoca, no se encuentra en condiciones para probarlo y por el contrario, la otra parte cuenta con mejores elementos para el efecto; el juez puede aislarse de las reglas del onus probandi estático, que indican que quien alega un hecho debe probarlo, para vincular la actividad probatoria a la noción de verdad y justificado en la buena fe procesal como deber de las partes, imponerle a la parte contraria la carga de probar tal hecho por estar en mejores condiciones para lograrlo, es decir, aplicar las reglas del onus probandi dinámico o de la carga dinámica de la prueba. (Díaz Restrepo, p. 9).

El citado autor se refiere al numeral 167, inciso 2º, del Código General del Proceso de Colombia, el cual dispone:

Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de

las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...]

Esta norma difiere en su contenido en lo que respecta a nuestro numeral 41.3, ya que este parte de dos reglas concretas que son consecuencia derivada del principio dispositivo (respecto a hechos constitutivos del derecho y luego en torno a los impeditivos, modificativos o extintivos de la parte accionante), para después establecer que PARA APLICAR LO DISPUESTO en esas reglas, se deberán tener presentes la DISPONIBILIDAD Y LA FACILIDAD PROBATORIA QUE LES CORRESPONDEN A CADA UNA DE LAS PARTES, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

En mi criterio, si identificamos la hipótesis colombiana como una manifestación del dinamismo probatorio, debemos concluir que nuestra normativa civil no se enmarca en esa manifestación, porque la norma nuestra no

elimina del todo la concepción del *onus probandi* derivado del principio dispositivo ni establece un procedimiento concreto en donde el juez o la jueza redimensiona las cargas probatorias -suponemos que a través de un pronunciamiento-, en el cual fija las reglas de dicho dinamismo probatorio.

Díaz Restrepo explica que la norma colombiana pretende modificar las reglas férreas e inflexibles de origen romano que han caracterizado el manejo judicial de la carga de la prueba, en las que:

i) onus probando incumbit actori (incumbe probar al demandante); ii) reus in exceptione fit actor (cuando el demandado propone excepciones debe probar); y, iii) actore non probante, reus absolvitur (si el actor no prueba, absuélvase al demandado); para pasar a un sistema en el que en principio y guardando coherencia con las reglas tradicionales, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pero que posteriormente, le otorga la posibilidad al juez o de la jueza, que en atención a las particularidades del caso, distribuya entre las partes la carga de la prueba, lo que puede implicar su traslación total o parcial, sea en el momento de realizar el decreto de estas o durante su práctica o en cualquier otro momento antes que se dicte sentencia (Ibidem p. 9).

En conclusión, considero que la propuesta costarricense plasmada en la Reforma no tiene una visión tan clara en torno a aparejarse con la teoría de la carga dinámica de la prueba.

b) La reinversión o distribución de la carga probatoria

Sobre este concepto en torno a la carga de la prueba, ya he hecho referencia en mi texto denominado *La prueba en materia laboral*, dado que este se manifestó como corriente jurisprudencial en esta materia.

Antes de la reforma laboral que establece esta distribución en forma muy clara (numerales 478, 482 y 485), el fenómeno era analizado como una derivación de las reglas de la carga de la prueba propias de la materia civil.

Incluso, existen normas del campo civil que muestran esta situación. En esos supuestos, el Poder Legislativo entiende que si se aplican los principios generales indicados en los dos supuestos del numeral 41.1 -anterior 317 CPC-, se puede provocar una imposibilidad de probar, por lo que establece reglas especiales para evitar esta situación⁷. Un ejemplo es la siguiente norma:

Los jefes de colegios o de escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado, salvo que prueben que el hecho que origina su responsabilidad no se pudo impedir, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria (artículo 1048, párrafo 1°, del Código Civil).

En materia laboral, ANTES DE LA REFORMA DEL 25 DE JULIO DE 2017, no existía alguna norma que permitiera una reversión de la carga probatoria, lo que obedece a que, como lo señalé anteriormente, tampoco existe ninguna norma procesal que establezca esa carga, sino que derivaba de la aplicación de la norma civil (numeral 317). Por estos motivos, la jurisprudencia se inclinó por denominar a ese fenómeno como una redistribución de la carga probatoria que nace como consecuencia del principio protector regulado en el artículo 56 de la Constitución Política.

De los votos de la Sala Segunda, se puede extraer que la diferencia entre redistribuir e invertir de la carga de la prueba es imperceptible, dado que se ha establecido que la primera consiste en atribuir la carga de la prueba de forma desigual correspondiéndole al empleador acreditar los “elementos normales” de la relación laboral⁸.

De esta forma, según mi criterio, aunque la Sala no lo establezca expresamente, desaplicaba el artículo 317, en aras de materializar el principio protector. Así, por vía jurisprudencial, se fueron delimitando cuáles son los “elementos normales” de la relación que requieren ser acreditados por la parte empleadora. Analicemos algunas sentencias que avalaban lo afirmado:

1. Voto número 179-04. En este voto, la Sala Segunda establece que la premisa general es que, en materia laboral, la carga probatoria descansa sobre la parte demandada, debido a que lo afirmado por el trabajador o la trabajadora goza de un halo de veracidad que debe ser destruido por el empleador. Por ende, indica que, en dicha materia, rige una “distribución” de la carga probatoria que difiere de lo que se conoce como “inversión” de esta. La Sala establece esa diferenciación fundamentándose en el criterio doctrinal del autor Mario Pasco Cosmópolis y en criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español. Para los magistrados y las magistradas que integran esa Sala, la diferencia está en que el término distribuir consiste en atribuir de forma desigual la carga de la prueba en una de las partes.

Considero que esa diferencia que la Sala plantea se basa únicamente en la utilización de un juego de lenguaje distinto. A mi entender, la verdadera diferencia entre una y otra radica en que la inversión de la carga probatoria debe ser establecida por ley, en tanto que lo que la Sala denomina “distribución”, constituye un mecanismo para invertir la carga de la prueba y así dar aplicación al principio protector. En la resolución, la Sala concluye que, en virtud de esa “distribución”, a la parte empleadora le corresponde demostrar las causales que motivaron el despido.

2. Votos números 642-03, 750-03 y 799-03. En estos votos, el punto en discusión radicaba en establecer cuál era el salario que la parte trabajadora realmente devengaba, la cual desempeñaba labores como pescadora en una

embarcación. Después de analizar tanto la prueba testimonial como la documental evacuada, la Sala les da credibilidad a las afirmaciones realizadas por la parte actora en su demanda.

Para arribar a esa conclusión, nuevamente se recurre a los criterios doctrinales de Wagner Giglio y de Mario Pasco Cosmópolis para afianzar el criterio de que la carga probatoria sobre los elementos medulares de la relación corresponde a la parte empleadora. Se afirma que la parte más fuerte de la relación tiene la posibilidad de “pre-constituir” prueba, por lo que es evidente que muchas veces se recurre a reportes menores de salario en las planillas de la Caja Costarricense del Seguro Social, o se entrega a las personas trabajadoras su dinero en efectivo sin ningún comprobante, para así ocultar realmente el monto de lo percibido.

A pesar de que se cita el numeral 317 del Código Procesal Civil, como un fundamento para acoger lo afirmado por la parte actora con respecto a su salario, en realidad se aplica el principio protector para sancionar esa práctica laboral desleal por parte de la parte patronal, y darle credibilidad a la indicación de la persona trabajadora.

En consecuencia, jurisprudencialmente, se había establecido que le corresponde a la parte empleadora la carga de la prueba de lo siguiente:

- a) El monto del salario percibido por la persona trabajadora⁹.
- b) Las faltas que dieron motivo al despido sin responsabilidad patronal¹⁰.
- c) El pago efectivo de las prestaciones o derechos laborales.
- d) La persona trabajadora se encontraba efectivamente asegurada, etcétera.

Por otro lado, también la Sala Segunda había indicado que la carga de la prueba le corresponde a la parte trabajadora en otros supuestos. Analicemos algunos ejemplos:

1. Votos número 587-03. Este pronunciamiento versa sobre el reclamo de la parte actora, quien

era un guarda nocturno que pretendía el pago de una remuneración por laborar en una jornada extraordinaria. En la parte considerativa, la Sala indica que, en principio, la carga probatoria sobre la mayoría de las circunstancias que rodean el contrato de trabajo, le corresponde a la parte empleadora.

No obstante, se analizan otras sentencias que, a diferencia de las anteriores, resuelven que, al no constituir la jornada extraordinaria un elemento “esencial” del contrato, la persona trabajadora es la llamada a probar que laboraba bajo esa modalidad de jornada.

Sin embargo, esta es la regla general, lo trascendental de este voto es que elimina el peso de esa carga para la parte trabajadora, en aquellos casos donde la empleadora se limita a negar que la persona trabajadora laboraba horas extra, sin indicar en realidad cuál era su horario, lo que es litigar contrario a los principios de la buena fe procesal.

2. Votos números 184-99 y 726-03. Ambos casos versan sobre ciertas personas trabajadoras que deciden dar por finalizado unilateralmente la relación laboral, en virtud de lo que calificaron como incumplimientos graves de su empleadora. En esos votos, la Sala Segunda, citando como fundamento doctrinario a Pasco Cosmópolis, establece que el “*onus probandi*” sobre dicho incumplimiento y su gravedad deben ser acreditados en forma clara y fehaciente por la parte trabajadora, debido a que no se trata de aquellos elementos esenciales que rodean el contrato de trabajo.

En síntesis, le correspondía a la parte trabajadora la carga de la prueba en algunos supuestos, tales como:

- a) laboraba en una jornada extraordinaria¹¹.
- b) las causas que lo llevaron a dar por finalizada la relación laboral por incumplimiento de la parte empleadora¹².

- c) en los casos de riesgos de trabajo, el accidente ocurrió en los supuestos del numeral 196 del Código de Trabajo, etcétera.

Una vez establecido lo anterior, puedo concluir que la hipótesis que dispone el numeral 41.1 de la Reforma Civil tampoco es un supuesto de redistribución de la carga probatoria o reinversión de esta, dado que la norma en cuestión no deja de citar -como fundamento inicial- del tema de la facilidad probatoria, las dos reglas tradicionales en torno a la carga de la prueba y su vinculación con el derecho probatorio.

C) *FACILIDAD EN FUNCIÓN DE LA BÚSQUEDA*

Yo tengo una lectura particular en torno a la premisa que el numeral 41.1. establece. Me parece que, como producto de la difícil labor de conocimiento de los hechos que la persona juzgadora tiene, tanto que ha sido desarrollado a lo largo de la historia a través de distintos movimientos filosóficos a los que hice referencia, es necesario facilitar la obtención de la prueba y, es por esto, que la disposición en comentario le coloca la potestad al juzgador o a la juzgadora de ordenar la obtención de la prueba, sujeto a una potestad discrecional que le permite aplicar mecanismos necesarios para prevenir la presentación de las probanzas a aquella parte que se encuentra en una condición más favorable para su aporte al proceso.

Como lo expliqué antes, no puedo concluir que sea una derivación concreta de la carga dinámica de la prueba, sobre todo porque ese dinamismo se ve potencializado a través de potestades concretas que la legislación procesal no le brinda al juez o la jueza nacional, pero que sí son destacables en el caso de la legislación colombiana.

Referencias bibliográficas

- 1) Arias Montoya, Jairo. (2016). *La exigencia de fundamentación en la valoración de la prueba. El esclarecimiento de una íntima convicción disfrazada*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en la Universidad de Costa Rica.
- 2) Beccaria, C. (1764). *De los delitos y de las penas*. (F. Tomás y Valiente, tr.). Madrid, España: Aguilar.
- 3) Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos de autor por E. Dumont (1821). (M. Ossorio Florit, tr.). Granada, España: Comares.
- 4) Díaz Restrepo, J. *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Vulneración a la igualdad constitucional. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf> (Consultado 2 de setiembre de 2018).
- 5) Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Ibañez, A. Ruiz Miguel, J. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, tr.). Madrid, España: Trotta.
- 6) Ferrer-Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. (2.^a ed.). Madrid, España: Marcial Pons. Ferrer-Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons. Frank, J. (1968).
- 7) Ferrer-Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- 8) Ferrer-Beltrán, J., Gascón-Abellán, M., González-Lagier, D. y Taruffo, M. (2006). Estudios sobre la prueba. [Versión digital]. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx> [Consulta 1 de noviembre de 2013].
- 9) Frank, J. (1968). *Derecho e incertidumbre*. Argentina, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- 10) Gascón-Abellán, M. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. (2 ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
- 11) Gascón-Abellán, M. (2003). *Concepciones de la prueba. Observación a propósito de "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad"*, de Michelle Taruffo. Discusiones. (n.º 3), 43-54. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com> [Consulta 1 de noviembre de 2013].
- 12) Gascón-Abellán, M. (s.f.). *La prueba judicial: Valoración racional y motivación*. Recuperado de <http://www.uclm.es/> [Consulta 12 de octubre de 2013].
- 13) Hume, D. *Tratado de la naturaleza humana*. (V. Viqueira, tr.). México, D. F.: Porrúa.
- 14) Labarca-Prieto, D. (1975). *Breve visión del realismo jurídico norteamericano*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, LUZ.
- 15) Locke, J. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. (A. Stellino, tr.). México D.F.: Gernika.
- 16) Nieva-Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- 17) Olaso-Álvarez, J. (2015). *La prueba en materia civil*. Un análisis de la legislación vigente y de la reforma procesal. San José, Costa Rica: Jurídica Continental.
- 18) Russell, B. (1947). *Historia de la filosofía occidental*. (10 ed.). Madrid, España: ESPASA.

Notas al pie

- 1 La norma establece “La iniciación del proceso incumbe exclusivamente a los interesados, quienes podrán terminarlo de forma unilateral y bilateral, de acuerdo con lo regulado por la ley. Las partes podrán disponer de sus derechos procesales, siempre que no sean indisponibles [...]”.
- 2 De la Oliva, Andrés y Fernández, Miguel Ángel. (1996). *Derecho procesal civil*. Tomo I., Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., p. 152.
- 3 De la Oliva Santos; Andrés, Díez-Picaso Giménez; Vegas Torres, Jaime. (2011). *Curso de derecho procesal civil I. Parte general*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 159.
- 4 Cordero, citado por Gascón-Abellán, (2004), p. 9. En el mismo sentido, Nieva Fenoll (2010) indica que proviene del término “erteilen” que significa conceder u otorgar, lo que vincularía semánticamente esta palabra con los términos de otras lenguas indoeuropeas como “dispositif”, “dispositivo”, “dispositiva” que significan “fallo” respectivamente en francés, italiano y catalán. En lengua alemana, el sistema designado se conoce como “Gottersurteil”, es decir, juicio de Dios, lo que hace que esta última traducción, aunque pueda parecer anticuada, sea verdaderamente la más correcta (p. 42).
- 5 Jordi Nieva Fenoll (2010) considera que “el sistema de la valoración libre de la prueba no nace en ningún momento histórico concreto, o bien podría decirse que surge en el mismo momento en que se realizaron los primeros juicios jurisdiccionales” (p. 65). Indica que no se registran documentos históricos sobre valoración de la prueba, desde el punto de vista estrictamente jurídico, por lo que, a falta de algún instrumento legal que guiara esta práctica en sus inicios, es lógico pensar que “el juzgador no tuviera otro remedio que fallar utilizando simplemente su razón personal, es decir, su leal saber y entender” (p. 39). No huelga señalar que dicha afirmación no responde a una formulación lógica del razonamiento, ya que la conclusión no se deriva de las premisas utilizadas.
- 6 El profesor Campos-Zamora explica que Husserl acudió a la idea de Franz Brentano, para demostrar el carácter intencional y trascendente de la conciencia humana e indica que “esa intencionalidad se presenta en una doble variable: una simple, que hace referencia al objeto sin aprehenderlo en toda su amplitud, y otra mediante la cual la aprehensión total de su significado sí es posible”. (Campos-Zamora, 2010, p. 197). En lo transcrito, se refiere a esta última.
- 7 “No se trata, por lo tanto, de que se apliquen las reglas generales de la carga de la prueba y se invierta su contenido, viniendo el actor gravado con la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes y el demandado con la prueba de los hechos constitutivos del derecho reclamado por el actor, sino de la aplicación de reglas especiales que, en cuanto tales, excluyen la aplicación de las reglas generales, viniendo de esta forma a convertirse en subsidiarias [...]”. LÓPEZ FRAGOSO, Tomás. Op. cit., p. 4.
- 8 Votos números 310-98, 131-99, 587, 642, 687, 688, 716, 725, 749, 750, 752, 758, 760, 792, 799, todos del 2003; 4, 28, 92 del 2004; y 596, 597, 614, 679, 802 y 818 del 2005.
- 9 Sala segunda, voto número 642-03.
- 10 Sala Segunda, voto número 179-04.
- 11 Sala Segunda, voto número 587-03.
- 12 Sala Segunda, voto número 726-03.

LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dr. Farith Suárez Valverde*
fsuarez@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN:

El tratamiento de la conducta procesal puede observarse a través de dos ópticas, el abuso del derecho pero también como elemento de convicción en la decisión de la cuestión en disputa. Las primeras afectan la moral y ética del proceso mientras que las segundas se tratan de conductas omisivas, obstructivas, hesitativa, y falaces en la recopilación probatoria o en los actos de alegación. En este artículo se abordan las conductas procesales que pueden constituir un elemento de convicción objeto de apreciación en la sentencia conforme lo regula el artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.

Palabras claves: conducta procesal - elemento de convicción - conductas omisivas - obstructivas - hesitativa - falaces - artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.

The procedural conduct of the parties in the new Code of Civil Procedure

ABSTRACT: *The treatment of the conduct in the judiciary process can be observed through two optics, the abuse but also as an element of conviction in the decision in dispute. The abuse affects the moral and ethical aspects of the process while the other one concern certain types of conducts as the omission, obstructive, hesitative, and fallacious conducts. This article is about the conducts that can constitute an element of conviction in the sentence as it regulates the article 41.5 of the new "Código Procesal Civil".*

Keywords: conduct - judiciary process - element of conviction - omission - obstructive - hesitative - fallacious.

* Abogado y notario con estudios en Administración de empresas en el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Máster en administración y derecho de la empresa. Doctor en derecho con especialidad en derecho procesal y comercial. Facilitador: de la carrera de derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho, de la Escuela Judicial en los proyectos de formación inicial a personas juzgadoras y de especialidad civil y comercial, de los cursos de preparación de Juez y del nuevo Código Procesal Civil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Juez del nuevo Tribunal Primero Colegiado de Primera Instancia de San José. Integrante de la Comisión de la Jurisdicción Civil y de la Comisión de Notificaciones del Poder Judicial. Miembro de la junta directiva de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Actualmente labora como gestor para la implementación de la reforma procesal civil.

Este tema no es nuevo en el derecho comparado. Ha sido tendencia de los países incluir en las nuevas legislaciones procesales, normas cada vez más expresas tendientes a la regulación de la conducta procesal de las partes.

Puede abordarse este tipo de situaciones, desde dos puntos de vista¹, el primero de ellos encaminado a la transgresión de normas éticas o morales y la eventual respuesta que el ordenamiento jurídico brinda a estas, dígame al tratamiento del abuso procesal, pero también a los actos u omisiones de las partes y su efecto respecto a lo pretendido en el proceso, llámese al elemento de convicción para la decisión de la cuestión. Esta distinción se realiza doctrinalmente cuando se difiere de aquellas actividades de la parte que sean sujeto de valoración para el derecho sustantivo pretendido de otras que afectan el desarrollo del proceso. Sabaté² indica que las primeras se tratan de conductas omisivas, obstructivas y falaces en la recopilación probatoria o en los actos de alegación, y las segundas, a las referidas que afectan la moral y ética del proceso.

En la categoría del abuso procesal, el nuevo Código Procesal Civil tiene una variedad de normas que procuran disminuir o eliminar este tipo de conductas, llegan a establecer procedimientos y sanciones disciplinarias. En ese sentido, pueden observarse el artículo 2.3 que eleva a la categoría de principio la buena fe procesal³, el numeral 4.2 que reafirma como deberes de las partes y los intervinientes ajustar su conducta a "... la buena fe, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento..." y el 5.4 que regula el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados⁴.

Con distinción a las mencionadas, y sin dejar de lado que una conducta abusiva pueda constituir

al mismo tiempo un elemento de convicción para la persona juzgadora, se hallan las que serán el tema en estudio, aquellas conductas procesales que son objeto de apreciación en la sentencia al aportar indicios probatorios que cooperan en la solución del caso concreto. Este artículo no procura hacer leña del árbol caído; emitir un pronunciamiento contra del buen Código Procesal Civil que hasta el siete de octubre de dos mil dieciocho se encontrará vigente, más bien, se pretende reforzar el uso de un instituto que aunque existente en el mencionado cuerpo a través de distintas normas, no ha resultado tan visible y utilizado en la actualidad, pero que por la claridad en la que ahora se instituye en el nuevo código⁵ debe ser de alguna manera resaltado para obtener un aumento en su aplicabilidad.

La conducta procesal Concepto

Desde hace algún tiempo, doctrinarios venían apostando por la inclusión de la apreciación de la conducta de las partes como elemento de convicción para la persona juzgadora en las codificaciones procesales.⁶ El nuevo código se refiere de forma expresa a esta como consecuencia directa a la falta del deber de cooperación⁷.

El autor Muñoz Sabaté⁸; las define como "un acto o una serie de actos que no deben ser necesariamente afirmaciones (verbales o escritas, en definitiva un *dicere*) sino que también pueden constituir en un *agere*, como por ejemplo, el caso del procurador que habiendo diligenciado un exhorto deja transcurrir el término sin aportarlo debido a su resultado adverso."

La conducta procesal se trata de aquella posición activa o pasiva que una parte toma frente al proceso según su conveniencia y que puede proporcionar a la persona juzgadora de elementos objetivos de convicción que le permitan derivar de ellas presunciones sobre determinadas circunstancias.

Momentos en que se presenta

Encontraremos este tipo de conductas, en dos momentos, aquellas inmersas en los actos de alegación y proposición, referidas a las conductas plasmadas por las partes al demandar o contestar, como lo puede ser la falta de contestación de una demanda, u otras relacionadas propiamente con la prueba cuando existen omisiones al deber de colaboración, se dificulte la prueba o se mienta respecto a ella y se constituya en indicios confirmatorios del derecho pretendido, ya sea de forma incriminativa o bien excriminativa⁹.

La valoración de la conducta en los actos de alegación y proposición debe ser tratada con una óptica cuidadosa. El proceso judicial se compone de dos grandes fases, la primera cuya finalización es alcanzada cuando se “traba la litis”; es decir, al integrarse el contradictorio y queda fijado el tema en discusión, y la segunda donde se reproduce el acervo probatorio, se concluye y dicta el fallo. La falta cometida en la demanda o, incluso, aquella de la contestación, podrán ser subsanadas oportunamente mediante los medios legales correspondientes durante la primera fase; en caso contrario, junto con aquellas que se presentan en la segunda fase se constituirán como elementos a considerar en el fallo correspondiente. En esta segunda fase, estas apreciaciones se conformarán en lo que se ha denominado indicios endoprocesales¹⁰ los cuales pueden ser exponenciales o bien conductuales. En el primer caso, servirán para llamar la atención de la persona juzgadora pero que no incidirán en la decisión; en el segundo, se tratarán de aspectos a los cuales se les podrá otorgar un valor en la sentencia por incidir en la pretensión o su excepción.

Naturaleza jurídica

Respecto a su naturaleza jurídica y valor probatorio, gran parte de la doctrina se decanta por considerar la conducta procesal de las partes como fuente y objeto de prueba indirecta o elementos corroborantes de estas, otra como

elementos de convicción sin llegar a alcanzar la naturaleza de una verdadera prueba judicial; mas otra la considera medio y fuente probatoria.

Para poder comprender mejor estas discriminaciones, se requiere previamente reafirmar algunos conceptos jurídicos que configuran el eje mediante el cual giran estas tesis. Por ello, se incluye el siguiente apartado con un intento básico de algunas definiciones.

Concepto de prueba

Si diéramos un tratamiento extensivo¹¹ al principio de buena fe procesal, las partes no tendrían necesidad de acreditar ninguno de sus alegatos, pues, respecto al cuadro fáctico, el decir de una sería confirmado por la otra, reduciéndose la discusión en muchos de los casos a la aplicación y/o interpretación de las normas jurídicas.

Sin embargo, al existir intereses contrapuestos no es tan común tener pleitos donde las partes están conformes con lo fáctico, tienen sus puntos de vista y en ocasiones dispares visiones de lo acontecido. Para ello las normativas procesales establecen el deber probatorio y las cargas procesales, pues las alegaciones por sí mismas no resultan en muchos casos suficientes para obtener una resolución a favor, y se requieren por ende, de otras actividades que le permitan a la persona juzgadora alcanzar un grado aceptable de confirmación sobre las afirmaciones fácticas efectuadas, esto se logra con la prueba. Esto es así además por cuando al establecer el proceso las partes le presentan a la persona juzgadora una hipótesis, pero esta no sabe cómo ocurrió en realidad lo narrado, por lo que para poder llegar a conocerlo, requiere de interpósitas cuestiones desde donde se pueda conocer o inferir lo desconocido hasta ese momento, para ello se utiliza la prueba.

La prueba corresponde al elemento que se utiliza para demostrar la verdad o falsedad de una afirmación, es la acción pero al mismo tiempo el efecto de probar algo, el autor Montero Aroca

conceptualiza la prueba en dos sentidos: “Puede referirse a una actividad, como hemos dicho, pero también puede referirse a un resultado. Con alusión a la actividad puede decirse por ejemplo, “se está efectuando la prueba”, y respecto del resultado, siempre por ejemplo, “este hecho no se ha probado”¹².

Objeto de prueba

Cuando se habla de objeto de prueba, nos referimos a que puede ser probado, pero desde un punto de vista general, una noción objetiva y abstracta sobre lo que recae la prueba, aquí no existe delimitación teórica de esta, se trata de hechos en general¹³, que en ocasiones, pueden llevar a ser incluso para la acreditación del derecho.¹⁴ Se trata de “realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿qué puede probarse? Y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, sin poder referirla a un proceso concreto.”¹⁵

Pero, no todas las alegaciones deben ser probadas¹⁶, pues para ello se deben considerar las excepciones como los hechos admitidos o no controvertidos¹⁷, siempre que no se tengan motivos fundados para considerar la posible existencia de fraude procesal¹⁸, los hechos notorios correspondientes a aquellos reconocidos por un grupo social en el tiempo, los hechos favorecidos de una presunción¹⁹ referidas a las legales, debiendo diferenciarse entre la prueba del indicio que sirve de base a la presunción y no a la presunción misma.

Finalmente, se encuentran las alegaciones de derecho, las cuales en principio no son objeto de prueba, y se dice que en principio por cuanto esta salvedad respecto a aquellas normas escritas del derecho interno de la República, por ende, sí serían objeto de prueba la acreditación de la costumbre, el derecho extranjero²⁰, el histórico vigente o no y el derecho estatutario²¹.

Tema de prueba

El tema de prueba es lo que debe ser probado en un proceso para que la parte pueda obtener a su favor el resultado pretendido, si el objeto responde a la pregunta ¿Qué puede probarse? El tema de la prueba responderá a la pregunta ¿Qué debe probarse? En ese sentido, son objeto de prueba o pueden probarse los hechos en general. El tema de prueba versará en que hechos de esos generales que pueden ser probados deben ser necesariamente acreditados para poder obtener una consecuencia jurídica. Para ello Montero Aroca²² indica: “se está haciendo referencia a lo que debe probarse en un proceso concreto para que la persona juzgadora declare la consecuencia jurídica pedida por la parte”, lo cual puede segregarse en dos grandes áreas, una concreta y otra general.

La concreta se delimita a aquellos elementos que el actor o la persona demandada debe probar en un caso concreto para obtener una sentencia a su favor de acuerdo con las pretensiones que ahí se esgriman, se refieren a las cuestiones propias y endógenas a cada asunto.

La general, se refiere a las reglas probatorias que se siguen para la acreditación de determinadas situaciones jurídicas en general, no a una situación concreta, sino a situaciones jurídicas determinadas, como lo puede ser, por ejemplo, en un juicio por responsabilidad civil subjetiva directa, donde para su admisibilidad se deben acreditar ciertos componentes básicos como lo son la culpa, la antijuridicidad, el daño y el nexo causal existente.

Mientras que, en el objeto de prueba se valorará qué puede probarse en el tema de prueba ubicaremos qué debe ser acreditado, pues si bien, todos los hechos pueden ser probados no todos lo deben ser, y ahí en donde encontramos la pertinencia (como sinónimo de relevancia) o no de lo que deba probarse, pero al fin y al cabo, ni el objeto ni el tema de la prueba abordan el deber de probar, el ¿Quién debe probar? Pues esta es una

pregunta atinente a la carga probatoria, siendo los primeros aspectos de índole objetiva y no como la última que es de carácter subjetiva que más adelante se detallará.

Fuente y medio de prueba

Los conceptos de fuente y medio de prueba están en estricta relación al objeto y tema de prueba. La fuente se trata de los hechos que el juez o jueza utiliza para determinar la hipótesis puesta en su conocimiento es la admisible, se tratan de realidades anteriores al proceso y que no requieren, por ende, de este para su existencia, y que pueden consistir en hechos representativos de otros o expresivos de sí mismos²³.

Los medios de prueba, dependen del proceso, se refiere a los métodos o formas aceptadas corrientemente por la legislación procesal para introducir al asunto las fuentes de prueba²⁴, son los medios el canal por el cual el juez o jueza logra conocer la fuente de prueba, es el traductor de las fuentes de prueba, el conducto que las permite incorporar al proceso.

Los medios se categorizan en directos o indirectos, en los primeros la fuente (dato percibido) se suministra por el medio mismo, de tal manera que al recabar determinada prueba por un medio determinado la persona juzgadora llega a tener contacto directo con la fuente probatoria que al fin y al cabo es objeto y en síntesis, es tema de prueba. Un ejemplo de un medio directo de prueba sería la prueba de reconocimiento judicial pues es con su realización que el juez o jueza de primera mano (no le cuentan) conoce el dato (fuente).

Los medios de prueba indirectos, arrojan un dato a la persona juzgadora a partir del cual esta deduce la hipótesis sometida a su conocimiento, son las vías a través de las cuales se le hace llegar al juez o la jueza la fuente de prueba, por ejemplo los documentos, los y las testigos o la prueba pericial. Aquí le llegan los datos a la persona juzgadora le llegan a través de un medio por ejemplo la declaración de un tercero.

Se puede ejemplificar la distinción entre fuente y medio de prueba con un testigo. La fuente sería tanto la persona que estaba ahí como lo que conoce sobre determinada situación, la cual es pre-existente y la esta no variará, si existe el proceso o no, pero una vez que inicia el asunto, alguna parte utilizará esa fuente para el convencimiento procesal de que lleva la razón. Para hacerlo, acudirá a las normas procesales y encuadrará tal circunstancia en uno de los medios de prueba legalmente admitidos, la prueba testimonial, cumpliéndose para ello con los requisitos exigidos en la normativa.

En el siguiente cuadro se pretende realizar una diferenciación entre fuentes y los medios de prueba:

Cuadro 1 Diferencias entre fuentes y medios de prueba	
Fuente de prueba	Medio de prueba
Concepto extrajurídico	Concepto jurídico
Realidad anterior al proceso	Solo existen en el proceso
Elementos que existen en la realidad	Actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso
Existe fuera del proceso	Se forma durante el proceso
Sustancial y material	Adjetivo y formal
Persona y su conocimiento Documento	Declaración de parte Forma en que se aporta al proceso o se recopila
Fuente: Elaboración propia tomando como base la información recopilada de Juan Montero Arca, El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. 2ª Edición. Tirant Lo Blanch. 2016. Valencia, España. P. 669	

Los indicios

Los indicios no son medio de prueba, estos le permiten a la persona juzgadora, arribar por vía de inferencia al conocimiento de un hecho desconocido.²⁵ En otras palabras, todo acto se lleva a cabo en un tiempo y lugar determinado, tal acto no es usual que se dé abstraído de todo contacto, lo usual es que existan rastros (las llamadas huellas) de lo acontecido, los cuales cuando llegan a conocerse (probarse conforme la sana crítica), permiten arribar a la conclusión de que se dio determinado acto.

El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción; es por ello que los indicios no se consideran medio de prueba, por cuanto no son un canal de introducción de la fuente al proceso, más bien se trata de la fuente misma, de datos que le permitirán al juez o a la jueza desprender de ellos presunciones o bien confirmar determinadas situaciones.

Las presunciones

Una vez que la persona juzgadora ha unido todos los “cabos rotos”, se forma una conclusión. Esta no es otra cosa que una presunción, este resultado no es único del Juez. También puede provenir del legislador a la hora de emitir ciertas normas jurídicas. Carnelluti las define como “un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (...), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”²⁶.

No se tratan de un medio de prueba, no consisten en una actividad que se desarrolla dentro del proceso, sino que son producto del razonamiento del juez (o del legislador). Estas provienen de distintas fuentes, en ocasiones porque la propia ley las establece como respuesta a ciertas situaciones, y en otras, porque quien administra

justicia llega a concluir su existencia. Las primeras se denominan presunciones legales, las cuales están recogidas en distintos ordenamientos jurídicos y tienen como finalidad dar seguridad jurídica a determinadas situaciones relevando a quien le benefician hasta cierto punto de la carga procesal de acreditar el hecho, basta con ello acreditar aquello que da base a la presunción.

Las legales se segregan en dos tipos, las absolutas y las relativas, su diferencia se encuentra en la posibilidad de discutir la existencia del hecho que acreditan. En las primeras la ley ampara la existencia del hecho como cierto e indiscutible por ende no admiten prueba en contrario; en las segundas, sí se admite prueba que las contradiga pero es a este a quien le corresponde su desacreditación.

Las presunciones judiciales son producto del razonamiento realizado por la persona juzgadora de las “huellas dejadas” por las partes; por ende, cumplen un papel estrictamente procesal, pues brindan una guía durante el proceso de interpretación y valoración probatoria.

El autor Devis Echandía diferencia las presunciones de los indicios, para ello indica:

“La presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquéllos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo.”²⁷

Ejemplos de presunciones legales son como las del hijo nacido dentro del matrimonio para ser considerado hijo del esposo, ahí bastará ofrecer prueba del matrimonio y del nacimiento del menor lo que conlleva a aplicar la presunción, o el ejemplo clásico es la prueba de marcadores

genéticos en investigaciones de paternidad, donde bastará con que el presunto padre no asista a la prueba para que la ley le otorgue un alto grado de responsabilidad. De presunciones judiciales encontramos por ejemplo el de simulación de contratos o el de existencia de grupos de interés económico, donde no es usual que exista prueba incriminatoria de su existencia, para ello se debe acudir a indicios como lo son las relaciones de parentesco, la cuantía de los contratos, el traslado o control sobre los bienes, entre otras cuestiones.

La carga de la prueba, disponibilidad y facilidad probatoria

En su Diccionario del español jurídico, la Real Academia Española conceptualiza la carga de la prueba como la “obligación que se impone a una parte en el proceso de acreditar los hechos y circunstancias en que fundamenta sus pretensiones”.²⁸ Pero debe matizarse la palabra obligación; ello es así por cuanto en realidad nada le obliga a la parte a acreditar ciertas cuestiones, más bien, lo que la mueve a hacerlo es la posibilidad de obtener un beneficio directo ante su cumplimiento. Por ello se trata más de “un imperativo de interés propio (la acción se lleva a cabo porque conviene a la parte)”²⁹, ya sea para obtener un beneficio o bien para evitar un perjuicio.

Es con base en la carga de la prueba como, se difiere quién debe probar, siendo aplicable para ello el principio de aportación de parte, el cual refiere, que son las partes las llamadas a acreditar los hechos base que dan pie a la aplicación de una determinada norma jurídica³⁰. Este principio sienta la base a la persona juzgadora para decidir sobre el conflicto de forma independiente de donde provenga la prueba.³¹ Pero entonces, si las partes son quienes deben demostrar los hechos: ¿Cómo aplicar un criterio de distribución de esa carga?

Pues bien, conforme al artículo 41 Constitucional³², es deber de la persona juzgadora de resolver las causas sometidas

a su conocimiento. Por tanto no puede, dejar de resolver en supuestos donde no existan normas jurídicas que regulen de forma expresa determinada situación, o bien, cuando no se cumple con la carga antes indicada, en esos supuestos, el juez o la jueza debe resolver ante la incertidumbre, encontrando en ese momento sentido la distribución de la carga probatoria, pues es ahí donde se aplica la consecuencia procesal (*onus probandi*) y se determina quién resultará perjudicado por tal falencia y quién debía probarlo³³.

Lo anterior presenta una regla especial, aquella donde el legislador distribuye una carga determinada a favor o en contra de una de las partes, un ejemplo de ello son los regímenes de responsabilidad establecidos en los artículo 35 de la ley 7472 y 1048 del Código Civil.

Pero estas reglas generales no se aplican de forma aislada, sino que van de la mano – se complementan- con una serie de situaciones de carácter especial, entre ellos, la prueba de hechos negativos cuando en la generalidad de ocasiones es más sencilla la acreditación de los positivos, la carga de probar de aquella parte que tenga mayor facilidad para ello, emancipándose que el hecho le favorezca o no como cuando es la parte quien tiene en su poder la fuente de prueba o bien producto de la valoración de la conducta procesal que es donde el objeto de este estudio encuentra sustento.

La naturaleza jurídica de la conducta procesal

Habiéndose resumido qué es la prueba, se logra ahora distinguir entre el objeto y tema de prueba, y respecto a estos últimos la diferencia entre fuente y medio de prueba, se aclara que las presunciones e indicios no son medios de prueba sino fuentes de esta, y que es la carga de la prueba la que determina quién debe probar salvo las reglas especiales de excepción dentro de las cuales se encuentra la facilidad probatoria, por lo que se puede llegar a una definición de la

naturaleza jurídica de la conducta procesal. Para ello, la doctrina se ha decantado por tres tipos de propuestas:

Primera tesis:

Se indica por un lado que la conducta procesal no se trata de una prueba³⁴, por no servir para probar un hecho acontecido sino para dar argumento a otras pruebas, por cuando el proceso no deja una huella del hecho histórico que es objeto de prueba³⁵.

Para Peyrano³⁶, la conducta procesal no es medio, ni fuente, ni argumento de prueba sino un elemento de convicción, de esta suerte, el comportamiento que las partes manifiesten durante el proceso, es algo del cual la persona juzgadora puede echar mano, no para confirmar un hecho o circunstancia, sino para influir en su ánimo contribuyendo así a la hora de tomar la decisión.

Segunda tesis:

Quienes defienden esta tesis, a la conducta procesal se le considera un indicio³⁷, el efecto o instinto de un estado de conciencia que tiene pie a raíz de un hecho histórico en la mente de una persona³⁸, el efecto psicológico normal que se da en la persona que hace que actúe de determinada manera para ocultar, protegerse de algo. Este elemento sirve para fundamentar una presunción humana; en ese sentido, Muñoz Sabaté aclara “que frecuentemente opere con elemento corroborante no significa que sea esta su única función” para desvirtuar la primera tesis respecto a los efectos limitativos que esta produce.

Esta segunda tesis, que es mayoritaria³⁹, establece que la valoración de la conducta procesal atiende a la apreciación probatoria. No se trata de un medio de prueba pero sí de fuente indirecta de esta, específicamente un indicio desde donde se pueden emanar presunciones judiciales o bien permiten corroborar junto con los demás elementos probatorios la pretensión o su excepción.

De esta manera, la fuente probatoria se constituirá en la persona del litigante o de su procurador *ad litem*, sin que sea necesario acudir a un medio probatorio para su incorporación al juicio, “por la sencilla razón de que no tiene una existencia anterior al proceso”⁴⁰; relevando por ende de la necesidad de traslación, por constituir el proceso mismo el instrumento de su inferencia, la que llaman *endoprocesal*⁴¹ desde donde se podrán deducir hechos principales y accesorios.

Tercera tesis:

De forma aún más minoritaria⁴², se llega a considerar la conducta procesal como un medio de prueba distinto, indirecto y autónomo; que permite ingresar al proceso la fuente probatoria a raíz de su propia dinámica, produciéndose en muchos casos de forma o manera instantánea.

La conducta procesal en el derecho comparado

Italia

En 1940 se reguló al respecto en el artículo 116 del Código de Procedimientos Civiles, donde se le concedió al juez la facultad para deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en general. Dicho artículo indica:

*“Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”*⁴³

Al respecto, se ha indicado⁴⁴ una serie de reglas jurisprudenciales que se pueden extraer de la normativa y pueden resumirse primero en que la prueba de ellas es la incorporación de la valoración del comportamiento procesal e incluso el extraprocesal de la parte, luego que procesalmente corresponde con el método de

defensa utilizado, y que puede tratarse de la única y suficiente fuente de prueba y no solo un elemento de convicción.

Uruguay

El Código General del Proceso del Uruguay indica en su artículo 189.3:

“Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario.”⁴⁵

El autor Pereira Campos⁴⁶ señala que para obtener como respuesta una valoración negativa de la conducta desplegada se requieren dos fases, la primera de intimación por parte del tribunal y es ante la falta de cooperación, cuando este dejará sin efecto la prueba ordenada y se procede ahora si con la confirmación de las afirmaciones de su contraparte respecto al hecho a que el medio frustrado refería.

Alemania

La ZPO alemana fija la posibilidad de valorar la conducta de las partes, Rosenberg⁴⁷ indica que para ello se consideran los indicios extraídos de las afirmaciones de las partes y de la recepción de la prueba.

Sin embargo, producto de esta investigación, se localizó una traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo realizado por Konrad Adenauer Stiftung E.V en el año dos mil seis⁴⁸ que aborda entre otras cuestiones el tema de la reforma planteada por el Ministerio Federal de Justicia

alemana en 1999 a algunas partes del ZPO alemán; dicha reforma entró en vigencia en enero del 2002, el documento indica:

“El legislador alemán, mediante la ley de reforma del ZPO, del 2002, se alejó un poco del sistema general que existía en relación con el esclarecimiento de los hechos en materia de presentación de documentos por la contraparte o por terceros. El alejamiento ha tenido lugar principalmente por cuando ya no es exclusivamente aplicable el principio general de que sólo en el derecho material se podría legitimar y fundar el deber de una parte que no titulariza la carga de la prueba o un tercero para exigir la presentación de un objeto o una prueba documental. Este supuesto adicional al existente de derecho material es, sin embargo, muy limitado y excepcionalmente seguido por el legislador a lo largo de la reforma. Por lo tanto, a partir de estas modificaciones legislativas no puede sostenerse que el legislador alemán haya incorporado un deber general de esclarecimiento en cabeza de la parte que no obstante la carga de la prueba.”⁴⁹

Argentina

Mediante una reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se incorpora en el inciso 5 del artículo 163 un tercer párrafo donde se determina que la conducta de las partes puede constituir un elemento de convicción. Dicho párrafo refiere:

“La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.”

Perú

El artículo 282 del Código Procesal Civil del Perú indica:

“PRESUNCIÓN Y CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.”

En el mencionado artículo se faculta al juzgador para llegar a conclusiones de acuerdo con la conducta desplegada por las partes en el proceso; en otras palabras, extraer presunciones sobre el indicio de su comportamiento, establece una mayor gravedad a aquellas circunstancias donde se falte al deber de cooperación en la prueba o bien se realicen actividades de obstrucción.

Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

El artículo 177, párrafo 3° del Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁵⁰, es una norma prácticamente idéntica a la del Código uruguayo, indica:

“177.3. Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negare a suministrarla, el Tribunal la intimará a. que la preste. Si a pesar de ello se persistiera en la resistencia, el Tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose- interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del hecho que se quiere probar.”

Tipos de conductas a apreciar

Conducta omisiva

Este tipo de conductas son las más representativas de la falta al deber de colaboración, pues, ante su existencia, ciertos elementos fácticos del

proceso no encuentran la luz suficiente para ser mostrados debidamente.

En esta categoría, se ubica la negativa simple que se manifiesta cuando la parte escudada en lo regulado en los incisos 1 y 2 del artículo 41.1 del Código se limita a rechazar determinadas pretensiones o defensas sin una explicación clara de las cuestiones fácticas que le respalden. Un ejemplo de respuesta que el Código brinda a este tipo de situaciones es la consagrada en el numeral 37.2 al indicar “Las excepciones procesales y materiales deberán oponerse con la contestación y debidamente razonadas” o el artículo 35.1.3 cuando señala: “Narración precisa de los hechos, expuestos uno por uno, numerados y bien especificados. Deberán redactarse ordenadamente, con claridad, precisión y de forma cronológica, en la medida de lo posible.”

La conducta omisiva por negativa simple, procura evitar que alguna de las partes omita brindar al proceso información vital para su solución, evita que la persona juzgadora deba “adivinar” lo que las partes han omitido expresar, razonando más bien su posición fáctica y jurídica⁵¹.

Otra manifestación de esta conducta se encuentra en la falta de contestación de la parte⁵², el artículo 39 del Código establece que “La falta de contestación del demandado permitirá tener por acreditados los hechos, en cuanto no resulten contradichos por la prueba que conste en el expediente.”. Por ende, tal silencio “(...) de acuerdo con las circunstancias, puede ser síntoma de un determinado conocimiento, una especie de manifestación negativa, pero eficaz, de una certidumbre histórica.”⁵³

La siguiente manifestación se localiza en la conducta pasiva. Esta se materializa cuando la parte tiene a su alcance medios con los que podría colaborar para brindar claridad respecto a distintos elementos fácticos, aclarando, precisando o aportando ciertos elementos probatorios pero guarda silencio pues con ello, obtiene un beneficio en la aplicación de la carga

probatoria.⁵⁴ También en esta hipótesis entran aquellas acciones pasivas de las partes en la etapa probatoria. Encontramos un ejemplo de ellos en la Ley de Paternidad Responsable al achacar indicio de paternidad ante la inasistencia a la prueba de marcadores genéticos.

El siguiente instrumento recae en el actor. Se presenta cuando este oculta hechos de relevancia para el debido desarrollo del tema en discusión. Una de las principales cargas procesales del actor es ser claro y preciso en lo que afirma. Así lo establece el artículo tercero del artículo 35.1 del nuevo Código. Esto es así por cuanto este es quien posee la información de lo que realmente aconteció y puede brindar elementos sensibles y de importancia para la decisión final, por ende, si este omite alguna situación relevante sin justificar lo que motiva tal acción, como lo podría ser su desconocimiento, o que, en ese mismo sentido, se acredite que no se encuentra o encontraba en posición de saberlo, su conducta omisiva puede ser utilizada como elemento acreditativo contra sus propios intereses.

Conducta oclusiva

El diccionario de la Real Academia Española⁵⁵, define la palabra ocluir como aquella actividad tendiente a obstruir. Este tipo de conducta se identifica con aquellos actos de obstaculización de una parte frente a la otra para la obtención de pruebas, violentando el deber de buena fe y colaboración que priva en el asunto.

Este tipo de conducta va más allá de la mera pasividad descrita en la conducta omisiva, sube de nivel pues en este modelo, se realizan actos tendientes a impedir que la persona interesada pueda acceder al medio probatorio violentando el deber de cooperación ya arriba mencionado y establecido en el numeral 41.1 párrafo penúltimo del Código.

Principalmente, se pueden localizar dos tipos principales de estas tácticas: la destrucción o abandono intencional y la negativa de exhibición.

La destrucción se puede dar cuando la parte de forma intencional elimina o inutiliza alguna parte del material probatorio⁵⁶ o incluso el bien objeto del proceso. Este tipo de comportamiento puede consistir por ejemplo, en la modificación intencional de las condiciones en que se encuentra un bien que será objeto de reconocimiento judicial en los términos del artículo 46.1 del Código, también por violación al principio de prueba común, ya sea por el abandono la prescindencia de una prueba que fue solicitada en un momento pero que ante la eventualidad de que esta tenga un resultado negativo a los intereses de quien la ofreció la deje en abandono, prescinda o procure que se declare inevaluable. Otra modalidad de abandono se produce cuando se procura impedir alguna declaración ya sea no presentándose a declarar⁵⁷, o bien no brindando datos de quien debe declarar, por lo que se incumple con lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código en cuanto establece:

“En todo caso, si el llamado a declarar no fue quien participó en los hechos controvertidos deberá alegar tal circunstancia dentro del quinto día a partir de la notificación del señalamiento o, cuando no sea posible hacerlo, en el momento de la práctica de la prueba. Deberá facilitar la identidad del que intervino en nombre de la persona, a quien se podrá citar como testigo. Si no hace tal señalamiento o si manifestara desconocer a la persona interviniente en los hechos, el tribunal podrá considerar esa manifestación como respuesta evasiva.”

La negativa de exhibición se presenta en dos modalidades: la de documentos o ciertos objetos y la de personas⁵⁸. Respecto a la exhibición de documentos, para efectos de este trabajo, se pueden citar cuando menos dos situaciones, la primera de ellas localizada en el artículo 45.4 del Código, la cual fija la obligación de la parte para la exhibición estableciendo las consecuencias jurídicas de su negativa, y la segunda en el artículo 44.3 sobre la obligación de las partes para cooperar en la realización de

la prueba testimonial. El artículo 45.4: establece en lo conducente: “La exhibición será obligatoria y en la resolución que la ordena se advertirá al requerido que su negativa permitirá atribuirle valor a la copia simple, a la reproducción o a la versión del contenido del documento, y se podrá tener como confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria, respecto del contenido del documento o del hecho que se quiere probar.” y el artículo 44.3: “Las partes están obligadas a prestarle auxilio al perito en cuanto sea necesario para el cumplimiento de su encargo. En caso de negativa podrá pedir al tribunal la adopción de las medidas pertinentes.”

Conducta hesitativa

Este tipo de conducta encuentra asidero en las argumentaciones contradictorias de la parte, no se trata de cualquier tipo de contradicción sino de aquellos elementos de relevancia para la solución del caso considerándose para ello, la posibilidad que tenía la parte para conocer efectivamente sobre determinada situación fáctica. En este sentido, se ha dicho que “esta exigencia de incertidumbre debe ser comprendida siempre en términos relativos, de modo que ella no significa que el litigante deba conocer y exponer con precisión todo el encadenamiento de hechos simples que constituyen el hecho jurídico determinante de su pretensión, ni mucho menos que le esté vedado, bajo pena de

sospecha, formular diversas hipótesis sobre la forma exacta como se desarrolló el evento (por ejemplo: «no sabemos si la mercancía se entregó personalmente al demandado o a una de sus dependientes»). Todos sabemos que hay gran cantidad de hechos ignorados ab initio, y hacia cuya fijación va encaminada precisamente la práctica de la prueba”⁵⁹

Conducta falaz

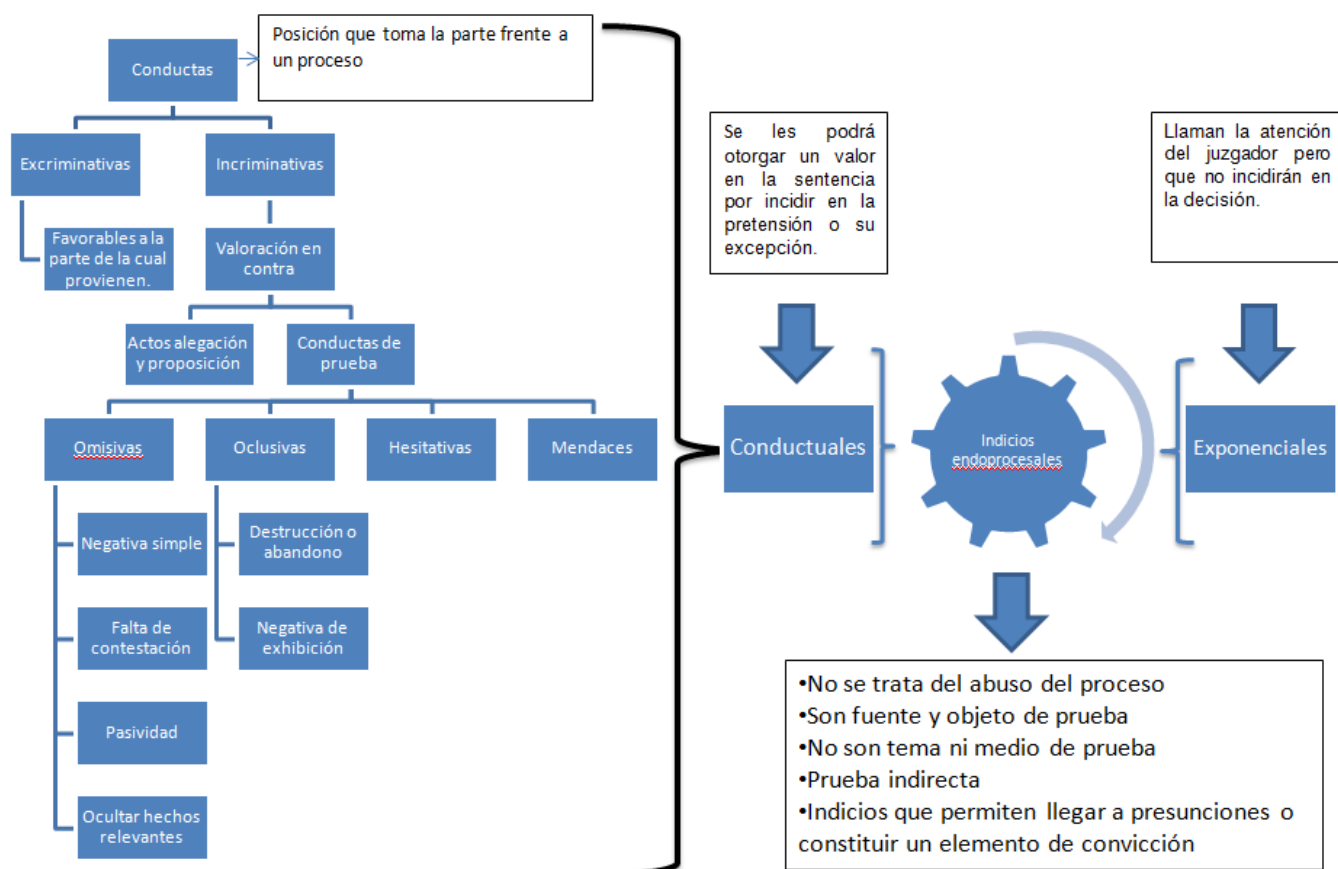
Las partes tienen el deber de veracidad en sus afirmaciones, en el ejercicio de la conducta mendaz, la parte falta a la verdad o bien vierte manifestaciones calumniosas en contra de terceros con la finalidad de hacer incurrir a la persona juzgadora en un error. En este ámbito, según se ha reiterado doctrinariamente⁶⁰, no debe considerarse que cualquier mentira trae como resultado una implicación en su contra en el acto de apreciación y argumentación de la sentencia, sino aquella “reiterativamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total del relato fáctico y que obedece, por tanto, no a ocasionales técnicas de defensa, sino a la convicción de que solo mintiendo en todo y por todo se podrá salir airoso de la litis”⁶¹

Resumen de las conductas

En el siguiente cuadro se presenta un resumen de lo anteriormente descrito:

Cuadro N° 2
Resumen sobre las conductas procesales

Las conductas procesales



Fuente: Elaboración propia.

Jurisprudencia

En la investigación realizada no se logró localizar mayor jurisprudencia que abordara de forma directa el tema de la valoración de la conducta procesal de las partes. Si se localizaron algunas referencias respecto a los supuestos de falta de contestación de la demanda, consecuencias de una declaratoria de rebeldía o de confesión ficta, y la mayor cantidad de veces por discusiones acontecidas con motivo de condena en costas. A continuación se presenta un resumen.

Valoración de la conducta procesal:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, dispone en el voto 186 de las nueve horas treinta y cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil uno:

“Sin embargo, de una valoración global del incidente, encuentra el tribunal que, no obstante haber pretendido el abogado M hacer ejercicio de un derecho de elección del cual no es titular, lo cierto es que sus demandados asumieron una posición que los hace lucir conformes con el proceder del incidentista. Veamos, el señor A, notificado a las 6:30 horas del 16 de junio de 2000 (ver acta de folio 8 vuelto del incidente), no se apersonó al proceso, y ni siquiera objetó, en consecuencia, la reclamación de quien fuera su director legal. Por otra parte, la señora O, notificada en la misma fecha y hora, contestó los hechos de la articulación en forma afirmativa, y manifestó que solo necesitaba de un poco de tiempo, noventa días precisó, para poder pagarle al incidentista, de la suma reclamada, la que le incumbe a ella, es decir, afirmó, “. . . setecientos cincuenta y un mil novecientos sesenta y un colones con cincuenta y cinco céntimos . . .” (ver folio 16 del incidente, hechos tercero y quinto). Se trasluce en la conducta procesal (comisiva y omisiva) de los incidentados, entonces, conformidad con que su derecho de “elegir entre la

prestación principal y la facultativa” inicialmente pactadas en el contrato de cuota litis haya sido ejercitada por su acreedor porque, con su anuencia, al no objetar el incidente, ponen de relieve una voluntad renunciante a su derecho de elegir o, en todo caso, manifiestan estar conformes con elegir la prestación sustituta, en vez de la principal, lo cual debe derivarse de la negativa a siquiera contestar el incidente (allanándosele), del señor A, o del contenido del escrito de contestación de la señora O de esos mismos apellidos. Se trata de derechos totalmente disponibles por su titular, y si de ese modo han actuado los incidentados, no tiene por qué el Tribunal, en tanto no se ha quebrantado la ley, la moral ni las buenas costumbres, no aceptar la conducta de los incidentados en los términos señalados. Eso conduce a la necesaria revocatoria del auto recurrido, en cuanto denegó la incidencia.”

Votos que realizan una valoración inculminatoria sobre la conducta procesal en relación con la condena en costas:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera expone en el voto 409 de las dieciséis horas dieciocho minutos del treinta de junio de dos mil diecisiete:

“De conformidad con lo dispuesto por el numeral 221 del Código Procesal Civil, e independientemente de la buena o mala fe, la regla general es la condenatoria en costas al vencido (principio objetivo de la derrota) y la actora tiene en el proceso la condición de perdidosa, lo cual constituye razón suficiente para determinar que lo dispuesto por el a quo no es contrario a derecho. En términos generales alega la apelante, con la interposición de la demanda pretendió demostrar un daño sufrido a causa del demandado y que ella ha actuado en el proceso con moralidad, probidad, lealtad y buena fe procesal, de tal manera que no

se encuentra en ninguno de los supuestos del numeral 223 ídem, para que se le considere litigante de mala fe. Señala, no existió de su parte intención de manipular la verdad, pues de la lectura de los hechos se observa que todo lo manifestado por ella tiene prueba. Sin embargo, lo anterior no resulta suficiente para revocar lo resuelto. El resultado del proceso demuestra, que la demanda no fue aceptada, de tal manera, que si todos los hechos de esta tienen prueba que los respalde, sería ilógico pensar que se hubiera dictado una sentencia desestimatoria.”

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, señala en el voto 065 de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de marzo de dos mil doce:

“X. -La inexistencia de fraude procesal en el actor, y la observancia de un principio moral en las partes, abogados y órganos jurisdiccionales dentro del proceso, no son argumentos que tiendan a combatir la resolución recurrida, porque ese no fue el sustento por el cual se decretó la deserción. Además, como quedó expuesto, las otras razones esbozadas sobre el esfuerzo, diligencia en la tramitación del expediente, duración del proceso y la carencia de recursos económicos del actor para cumplir con la totalidad de las copias prevenidas, tampoco son argumentos que jurídicamente tiendan a combatir el fundamento de hecho y de derecho expuesto en el auto sentencia apelado, son aspectos ajenos a él, que por lo mismo el Tribunal no abordará. Sin duda, su negligencia desdice su propia aseveración, porque incumplió con lo prevenido en resoluciones de las 8:45 horas del 5, y 11:44 horas del 27 de octubre de 2009. Quiere decir que efectivamente el proceso estuvo inactivo, abandonado sin justa causa, por más de tres meses a la fecha en que se decretó la perención de la instancia en la resolución de las 16:48

horas del 17 de marzo de 2010. La Carga de impulsar el proceso recae en el actor, lo que en este caso concreto no hizo.”

En el voto número 73 de las catorce horas cincuenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, la Sala Primera de la Corte Suprema, ha confirmado los anteriores criterios manifestando que: *“la circunstancia objetiva de la derrota cede frente a la valoración de la conducta procesal de la parte. Trátese de situaciones en que la aplicación del principio resultaría manifestamente injusta.”*

Votos que realizan una valoración excriminatoria de la conducta procesal para la condena en costas:

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, indica en el voto 329 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de agosto del dos mil uno:

“En relación al concepto de “buena fe” a que alude el ordinal 222 del Código Procesal Civil, la Sala Primera de la Corte, en resolución de las quince horas treinta minutos del veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y siete, refiriéndose a que el pronunciamiento en cuanto a costas debe hacerse de oficio y que la condenatoria se impone al vencido por el solo hecho de serlo, señaló que “se puede eximir al vencido de una o ambas costas, sea cuando haya litigado con evidente buena fe. Y ya se ha resuelto que “buena fe, en sentido lato, es honradez, rectitud. En estricto sentido forense, es la convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo. En otros términos es un criterio recto, honrado, de que se tiene tal derecho. De modo que si alguien pretende ejercer un derecho por la sola sospecha o probabilidad de tenerlo, pero sin una seguridad absoluta, estricto sensu no puede considerarse que tenga buena fe. De igual manera se ha considerado que la buena fe del vencido que faculta para eximirlo de las costas personales y aún de

las procesales, depende exclusivamente de la conducta procesal de la parte; de modo que si esa conducta procesal revela una actitud desleal o injustificada, como en los supuestos que a manera de ejemplo prevé el artículo 1029 -ahora 223-, el vencido no puede merecer el calificativo de buena fe a los efectos de eximirlo en costas.” A la luz de la citada jurisprudencia de casación, que este Tribunal comparte plenamente, queda acreditado que la conducta procesal de la sociedad demandante no encaja en los casos regulados por la ley en el artículo 223 del Código Procesal Civil para reputarlo como un litigante de mala fe, pues no propuso documentos falsos, ni testigos falsos o sobornados, y ofreció la prueba que estaba a su alcance para aclarar la posible participación de las empresas coaccionadas nacionales. En atención a todo ello, se impondrá revocar la resolución recurrida, en lo que ha sido objeto de alzada o sea en cuanto se condenó en ambas costas a la empresa accionante a favor de las codemandadas ..., para en su lugar eximirlo de ese pago.”

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, dispone en el voto 251 de las diez horas treinta minutos del veinte de agosto de dos mil catorce:

“IV. Costas: al revocarse lo resuelto y denegarse la demanda, la parte vencida ahora es la sucesión actora. Sin embargo, conforme al artículo 222 del Código Procesal Civil, por existir evidente buena fe en su conducta procesal, ha de exonerársele del pago de ambas costas del proceso. En efecto, estamos frente a una situación poco común, en la cual un optante fallece antes del vencimiento de la opción, lo cual crea incertidumbre en su sucesión en cuanto a la procedencia o no de la devolución solicitada, lo cual hace comprensible el planteamiento de la demanda. Durante el proceso la parte actora ha cumplido con los cánones de la buena fe procesal, porque

sus gestiones estuvieron siempre acordes con las normas procesales, sin incurrir en abusos o tácticas dilatorias y cumpliendo cabalmente con sus cargas en cuanto a la presentación y práctica de su prueba.”

A modo de conclusión

La obligación al deber de colaborar es una de las mayores causas productoras de la valoración de la conducta procesal, tanto su inobservancia como el cumplimiento al deber de colaborar se convertirán en indicios claves que algunas veces permitirán una valoración positiva y otras veces de forma negativa. Pero todas ellas se basan en consideraciones objetivas y lógicas que permitan obtener conclusiones determinantes con un mayor o menor grado de convicción.

Se considera que no debería abordarse la conducta procesal, salvo alguna excepción como el motivo principal en la etapa de apreciación y argumentación de la sentencia, se trata más bien de un motivo subsidiario y de naturaleza indiciaria del cual el juez o la jueza puede valerse como elemento de convicción de lo ya acontecido en el proceso. Por ello la persona juzgadora debe actuar con prudencia en su aplicación.

Esto es así porque aun cuando se trata de una fuente de prueba, esta es de contenido no solo indirecto sino que no puede constituirse en elemento único de decisión, sino más bien es corroborante que permite reforzar e integrar el contenido de las otras pruebas.

La lectura del numeral 41.5 del Código Procesal Civil (sin dejar de lado la complejidad de gran variedad de normas de este nuevo Código) debe realizarse con sumo cuidado. Se considera; que este refiere a un elemento objetivo que se dirige a la conducta realizada, otro de índole subjetiva en relación a aquellos que realizan la conducta (las partes), un elemento temporal de valoración (durante el procedimiento), momento durante el cual se apreciará la conducta, un elemento eventual (podrá constituir), por cuanto la persona

juzgadora debe distinguir, por un lado, aquellas conductas exponenciales de las conductuales que si resultan relevantes para el procedimiento por un lado, pero además, porque dependerá además del cumplimiento del deber de cooperación establecido en distintas normas a lo largo del proceso y más pragmáticamente en el numeral 41.1 del código.

Además, el numeral, indica el valor probatorio de la conducta, se trata de un elemento de convicción, no le brinda por ende categoría de medio probatorio ni de fuente directa de prueba, sino de elemento para alcanzar una decisión, el cual es finalmente ratificante de las pruebas, por lo que se debe considerar cuales pruebas se pueden tratar. Esto dependerá de la visión que se tome, pues ratificará aquellas pruebas cuando la conducta sea excriminativa como, por ejemplo, cuando la contra parte aportó todo aquello que estaba a su alcance y se acreditó que llevaba la razón o del demandante respecto a la prueba aportada en el juicio de la cual el demandado se mostró omisivo por ejemplo. Pero también se podrá constituir un elemento ratificante de aquellas pruebas que nunca llegaron al proceso;

pero no por la desidia del ofreciente de estas, sino más bien en virtud de aquellas tácticas de índole omisivo pasivo u oclusivas de la parte violatorias al deber de cooperación probatoria.

Finalmente, deben considerarse dos aspectos afirmados por los autores reiteradamente citados en líneas anteriores⁶²; es común que la conducta procesal provenga del comportamiento del abogado y no de la parte. En este caso, los efectos probatorios se reflejan en virtud del principio de autorresponsabilidad procesal más que inclinarse en un tema de representación o mandato, para ello, debe valorarse de forma comedida la conducta, pues este instrumento no debe servir para someter a las partes a un imperativo ético y moral, no se trata una obligación, pues estas tienen derechos, y por tanto, no deben renunciar a ellos para beneficiar a su contraparte. Pueden ejercer su estrategia de litigio, pero están sometidas a una carga de colaboración que procura hacer llegar al proceso la mayor cantidad de información y de calidad posible, debiéndose equilibrar por ello, el derecho de defensa frente al deber de colaboración procesal.

Referencias Bibliográficas

Libros:

- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962
- CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Editorial Depalma, 1979
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Torno II. Quinta edición. Víctor P. De Zavalía Editor, Buenos Aires, 1981
- Fazzalari, Elio - Luiso, Francesco P., *Códice di Procedura Civile e norme complementari*, Milano, Giuffré, 1997
- KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución, 2da Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p 643
- MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, sexta edición. Editorial Civitas. Pamplona, España, 2011
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Editorial Temis. Bogotá, 1997
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias*,
- “Revista Uruguay de Derecho Procesal”, n° 4, 2000, p. 521 y 522
- PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969.
- ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Bs. As., Ejea, 1956
- VARELA, Easirniro. Valoración de la prueba. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990

Revistas:

- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil. Julio - Diciembre, 2006. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín.
- PEYRANO, Marcos, “La valoración de la Conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal: su verdadera naturaleza jurídica”, en Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, numero especial “Valoración judicial de la conducta procesal”, J.A. 2004-I- fascículo n° 8,
- RAMBALDO, Juan. “La conducta procesal de las partes como medio de prueba”. Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, numero especial “Valoración judicial de la conducta procesal”, J.A. 2004-I- fascículo n° 8.

Páginas Web:

<http://dej.rae.es/#/entry-id/E50380>

<https://www.ricercagiuridica.com/codici/vis.php?num=13389>

https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjmiaXagIvaAhUGsFMKHZE_BgAQFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kas.

de%2Fwf%2Fdoc%2Fkas_9523-544-4-30.pdf&usg=AOvVaw3zf-CZXOW93JWGMPwVrAW4

<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4226>

<http://dle.rae.es/?id=Qs9pWN8>

Leyes:

- Código Procesal Civil, ley 9342
- Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial

Jurisprudencia:

- Sala Primera de la Corte Suprema, en el voto número 73 de las catorce horas cincuenta minutos del cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco

- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera en el voto 409 de las dieciséis horas dieciocho minutos del treinta de junio del dos mil diecisiete
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda en el voto 065 de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de marzo de dos mil doce
- Tribunal Segundo Civil, Sección Primera en el voto 329 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de agosto del dos mil uno
- Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda en el voto 251 de las diez horas treinta minutos del veinte de agosto de dos mil catorce

Notas al pie

- 1 MUÑOZ SABATÉ, Luis. (1997) Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Bogotá, Editorial Temis, 1997, pp. 449 y 450.
- 2 Londoño Jaramillo, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil.. Revista Opinión Jurídica. Julio - Diciembre, 2006. Universidad de Medellín. pp 143 – 158.
- 3 Artículo 2.3: **“Buena fe procesal.** Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la buena fe, al respeto, a la lealtad y la probidad. El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.”
- 4 Artículo 5.4: **“4.** Aplicar el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados sancionando cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, así como cualquier forma de abuso y fraude procesal. También, cuando se compruebe que han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad. Según la gravedad de la conducta, el tribunal aplicará las amonestaciones, las multas, la expulsión de la oficina o local por el titular del despacho; pondrá a la orden de la autoridad respectiva para su juzgamiento cuando pudiera constituir delito, contravención o falta o, en casos graves, la suspensión del abogado, según está prescrito en los artículos del 216 al 223 de la Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas.”
- 5 Artículo 41.5 del nuevo Código Procesal Civil.
- 6 Indica Peyrano que por dos motivos: “«a) Nuestra generalmente prudente y conservadora judicatura no trepidaría, entonces, en aplicarlo; b) Ello se constituiría, además, en un elemento disuasorio para aquellos litigantes tentados a cometer alguna incorrección procesal».” PEYRANO, Walter Jorge. Valor probatorio de la conducta procesal de las partes. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1979-B. p. 1049 y ss.
- 7 El artículo 41.1 párrafo penúltimo del código indica: “Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.”

El artículo 41.5 párrafo final del código dice: “La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas.”
- 8 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 392.
- 9 El autor Muñoz Sabaté explica que puede considerarse aquella conducta de la parte tendiente a frustrar el derecho de la contraparte mediante falta de colaboración, falta de claridad en sus alegaciones, entre otras cuestiones como también puede considerarse el comportamiento favorable realizado por la parte. Contrario a las primeras, la diligencia y cooperación brindada para el avance del proceso, para hacer llegar al mismo información de calidad, entre otras cuestiones. MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 449 y 450.
- 10 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 459 a 488.
- 11 O literal en el deber ser
- 12 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución, 2da Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, p 643

- 13 El artículo 41.3 del código indica: “Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión...”
- 14 El derecho extranjero por ejemplo.
- 15 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, p 654.
- 16 MONTERO AROCA, Juan. El Proceso Civil, p 655.
- 17 Artículo 41.3 cuando indica “siempre que sean controvertidos.”
- 18 Artículo 39 del código.
- 19 Artículo 41.3 cuando se refiere a las presunciones absolutas.
- 20 Indica Montero Aroca dos cuestiones adicionales: “2.º) El distinto juego de la ciencia privada del juez: Este no puede dar como existente un hecho que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia* si tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados. 3.º El deber del tribunal, dentro de lo posible, de investigar de oficio el Derecho: El artículo 281.2 LEC dice, con referencia al derecho extranjero, que el tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, precepto que puede hacerse extensivo a todos los supuestos a que nos venimos refiriendo.”
- 21 Normas específicas de entidades locales como por ejemplo circulares o reglamentos internos.
- 22 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, sexta edición. Editorial Civitas. Pamplona, España, 2011. P. 67
- 23 CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Editorial Depalma, España, 1979. P. 70/71 y 89
- 24 De conformidad con el artículo 41.2 del Código Procesal Civil, son medios de prueba los siguientes:
 1. Declaración de parte.
 2. Declaración de testigos.
 3. Dictamen de peritos.
 4. Documentos e informes.
 5. Reconocimiento judicial.
 6. Medios científicos y tecnológicos.
 7. Cualquier otro no prohibido.
- 25 VARELA, Easírniri. Valoración de la prueba. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. P. 112
- 26 DEVIS EeHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Torno II. Quinta edición. Víctor P. De Zavallia Editor, Buenos Aires, 1981, pág.694
- 27 DEVIS EeHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. P. 696
- 28 <http://dej.rae.es/#/entry-id/E50380> Consultado el: 22/03/18
- 29 MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil. P. 661
- 30 Cumpliendo con las llamadas funciones de la prueba: 1. Probar la existencia de los hechos. 2. Convencer al juez o jueza. 3. Brindar certeza. De ello puede consultarse MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil. P. 648

- 31 Principio de comunidad de la prueba
- 32 Principio de tutela judicial efectiva
- 33 Artículo **41.1 Carga de la prueba**. Incumbe la carga de la prueba: **1.** A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho. **2.** A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.
- 34 Muñoz Sabate citando a Gianturco. P. 392
- 35 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Ariel, Barcelona, 1969. P. 376
- 36 Peyrano, Marcos, "La valoración de la Conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal: su verdadera naturaleza jurídica", en Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, número especial "Valoración judicial de la conducta procesal", J.A. 2004-I- fascículo nº 8, P. 31
- 37 KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996. P 668
- 38 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 392
- 39 Fenchietto-Arazi, "Cód. Proc. Civ. y Com. de La Nación", ed. Astrea, 2º edición actualizada, 1993, T. 1, pág.636 y Morello-Sosa-Berizonce, "Cód. Proc. Civ. y Com. de la Prov. de Bs. As. y de La Nación", ed. Abeledo Perrot, 2º edición, 1986, T. II-C, pág.17.
- 40 Muñoz Sabaté citando a Satta indica: "Con ello llegamos a la conclusión de que antes del proceso no hay propiamente instrumento; de que el instrumento se origina y desenvuelve dentro del proceso, pues en el fondo, como pretendía S.UTA, acto y proceso son una misma cosa." MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 393
- 41 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 393
- 42 RAMBALDO, Juan. "La conducta procesal de las partes como medio de prueba". Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, número especial "Valoración judicial de la conducta procesal", J.A. 2004-I- fascículo nº 8, P. 37
- 43 Consultable en: <https://www.ricercagiuridica.com/codici/vis.php?num=13389> Fecha: 26/03/2018
Puede traducirse de forma libre: El juez debe evaluar la evidencia de acuerdo con su apreciación prudente, a menos que la ley disponga lo contrario. El juez puede deducir pruebas de las respuestas que le dan las partes según el siguiente artículo, de su rechazo injustificado a permitir las inspecciones que ha ordenado y, en general, del comportamiento de las partes en el proceso.
- 44 FAZZALARI, Elio - LUISO, Francesco P., *Código di Procedura Civile e norme complementari*, Milano, Giuffré, 1997, p. 50
- 45 Consultable en: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988> Fecha: 26/03/2018
- 46 PEREIRA CAMPOS, Santiago, *El deber de colaboración en la práctica de las medidas probatorias*, "Revista Uruguay de Derecho Procesal", nº 4, 2000, p. 521 y 522
- 47 ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Bs. As., Ejea, 1956, P. 13, 18 y 45.

- 48 Consultable en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjmiaXagIvaAhUGsFMKHZE_BgAQFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kas.de%2Fwf%2Fdoc%2Fkas_9523-544-4-30.pdf&usg=AOvVaw3zf-CZXOW93JWGMPwVrAW4 Fecha: 26/03/2018
- 49 Página 67
- 50 Consultable en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4226> Fecha: 26/03/2018
- 51 Al respecto Sabaté ha manifestado: «A veces las afirmaciones contienen hechos de importancia, hechos con notorio sabor, y que en un plano de franca colaboración parecen reclamar del adversario un pronunciamiento concreto, pues una negativa genérica más que reflejar el convencimiento del negante trasluce un temor sospechoso que nos recuerda aquello de más vale no menearlo». MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 472.
- 52 Se discute si la contestación de la demanda es un deber, una obligación, o una carga. El deber se presenta cuando una norma indica que debe actuarse de determinada manera, la obligación cuando existe sazón en beneficio de un tercero o acreedor, y carga cuando existe un beneficio directo ante el cumplimiento de una conducta que no es obligatoria. Se trata de una carga, pues, contestar una demanda no es obligatorio pero su falta de respuesta conlleva la pérdida de oportunidad por preclusión al omitente, sin que tenga como consecuencia la imposibilidad de continuar con el trámite del proceso.
- 53 LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales en el proceso civil.. Julio - Diciembre, 2006. Revista Opinión Jurídica. Universidad de Medellín. P 143 – 158.
- 54 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria, p. 477, afirma el autor: «Cuando los principios del onus alegandi o del onus probandi se interpretan como dogmas, la parte favorecida por ellos suele a veces adoptar una actitud manifestamente pasiva. Si a simple vista ello puede parecer normal, en algunos supuestos resulta irritante porque lo lógico es que la parte que disponga de contra afirmaciones o pruebas enervantes del alegato adverso no deje de sentir la oportunidad e incluso la pasión de poder esgrimir las. No debemos imaginarnos, decía Bonnier, que porque tenga contra sí una parte la carga de la prueba, pueda la otra atrincherarse impunemente en un silencio sistemático. Siempre se procederá indebidamente negándose a ilustrar a la justicia»
- 55 <http://dle.rae.es/?id=Qs9pWN8> Consultado: 20/03/2018
- 56 Rompiendo parte del documento, rallándolo, tachándolo, etc.
- 57 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho procesal civil. Tomo I. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962. p. 416.
- 58 Artículo 46.2.5
- 59 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 486.
- 60 MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. P. 488.
- 61 LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Los indicios conductuales. P 153
- 62 Principalmente Muñoz Sabaté y Montero Aroca

LA PUBLICIDAD DE LAS AUDIENCIAS EN EL NUEVO PROCESO CIVIL: ALCANCES Y LÍMITES

M.Sc. Bernardo Solano Solano*
bsolanos@hotmail.es

RESUMEN:

Este artículo analizará la trascendencia y las implicaciones de la implementación de la publicidad de las audiencias en el nuevo proceso civil. Se darán a conocer los principales elementos conceptuales, doctrinales y normativos del principio de publicidad. Sobre la base de esas nociones, se desarrollarán los aspectos innovadores que el reciente Código Procesal Civil plantea, buscando situar y dimensionar el papel de la publicidad dentro del sistema de oralidad que adopta la reforma. También se examinarán los límites sustanciales y procesales de la publicidad frente al ejercicio de otros derechos subjetivos y se sentarán las bases para dotar de contenido a los motivos de excepción señalados en el numeral 2.10 del Código. Finalmente, se plantearán pautas de actuación para la realización y la operatividad de la publicidad en una audiencia oral. A lo largo del trabajo, se resaltarán las ventajas y desventajas de que las audiencias se desenvuelvan en forma pública, procurando mostrar que el referido "principio" no tiene un carácter absoluto.

Palabras clave: Nuevo Código Procesal Civil, principio de publicidad, publicidad de las audiencias, excepciones y límites.

Publicity of hearings in the new civil process: scope and limits

ABSTRACT: *The objective of this paper is to analyze the importance and implications of the implementation of the publicity of the hearings in the new Costa Rican civil process. The main conceptual, doctrinal and normative elements of the principle of publicity of judicial actions will be announced. On the basis of these notions, the innovative aspects raised by the recent Civil Procedure Code will be developed in relation to this topic, seeking to place and size the role of advertising within the orality system adopted by the reform. The substantial and procedural limits of publicity will also be examined against the exercise of other subjective rights and the bases will be established to provide content for the reasons for exception indicated in article 2.10 of the code. Finally, some guidelines for action to carry out and operate advertising in oral hearings will be considered. Throughout the study advantages and disadvantages will be highlighted that the audiences develop in a public way, trying to show that the aforementioned "principle" does not have an absolute character.*

KEYWORDS: *New Civil Procedure Code, advertising principle, publicity of the hearings, exceptions and limits.*

SUMARIO: 1. Ideas introductorias. 2. Generalidades y noción del principio de publicidad. 3. Efectos de la publicidad de las audiencias. 4. Oralidad y publicidad. 5. Estándares internacionales. 6. Antecedentes en el proceso civil costarricense. 7. Regulación de la publicidad en el nuevo Código Procesal Civil. 8. Ámbito de aplicación. 9. Manejo de la audiencia oral y el comportamiento del público. 10. Excepciones y adecuaciones del principio de publicidad. 11. Discrecionalidad vs. regla de publicidad. 12. Publicidad de las audiencias y medios de comunicación colectiva. 13. Conclusiones.

* Licenciado en Derecho. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental por la Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia Civil por la Universidad Nacional. Ha ocupado distintos puestos en la judicatura y actualmente es Juez del Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil de Cartago. Profesor universitario y Facilitador del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura de la Escuela Judicial.

1. *Ideas introductorias*

La nueva legislación procesal civil implantó un cambio cualitativo en la forma de las actuaciones judiciales: regula que la expresión oral sea el medio fundamental de comunicación (art. 2.6) y que las audiencias sean públicas (art. 2.10). Con ello se apuesta decididamente por la superación en lo posible de la escritura y la privacidad en el proceso civil, para dar paso a la transparencia, al control ciudadano en el quehacer judicial y, en definitiva, al fomento de la confianza en la función jurisdiccional.

No obstante, más allá de las bondades derivadas de que las audiencias puedan ser llevadas a cabo a puertas abiertas, conviene dimensionar que no todas las etapas del proceso civil serán públicas, ni todas las actuaciones orales serán de acceso irrestricto a la opinión pública. Ese derecho a un juicio público tampoco se extiende a todos los procesos.

En no pocas ocasiones, el acceso a las audiencias de personas ajenas a las partes o la publicación de informaciones de lo debatido y resuelto en un caso debe ceder ante la potencial afectación de la imagen o la intimidad de las personas que participan en el proceso, o bien, ante la necesidad de proteger otros bienes e intereses jurídicos superiores.

A causa de este cambio de paradigma, consideramos útil presentar los alcances y efectos del principio de publicidad en el nuevo proceso civil, con el fin de aplicarlo en su justa dimensión y desmitificar algunas opiniones que giran en torno a la posibilidad de que las personas interesadas tengan conocimiento de lo debatido en un proceso donde se ventilan conflictos de orden privado. Esta exposición no aspira ser un estudio acabado, menos completo del tema. Su afán es generar reflexión sobre el punto.

2. *Generalidades y noción del principio de publicidad*

Tradicionalmente el estudio de la publicidad en el derecho procesal civil ha permanecido relegado como un tema menor en los manuales de derecho

procesal, dentro del capítulo relativo a la forma y difusión de los actos procesales. En algunos textos, ni siquiera se encuentra mencionado¹. Para descartarlo, no faltan quienes parten del concepto erróneo de que el derecho procesal civil es un derecho privado por regular procesalmente intereses de esa clase, o bien, combaten que no existe un verdadero interés público en que los conflictos privados trasciendan al mundo económico y social.

La publicidad fue admitida en los procesos más antiguos esencialmente orales (romano clásico y el germano). Pero la mayor parte de la doctrina concuerda en que el derecho a un proceso público es una conquista del pensamiento liberal ilustrado promovido con la Revolución Francesa de 1789, a partir del cual se abandonó el sistema procesal inquisitivo de la época medioeval² que partía del secretismo y la opacidad absoluta de las actuaciones, para dar paso a un enjuiciamiento democrático que entraña el acceso de la persona justiciable a todos los actos procesales, el control social sobre el desarrollo de la actividad judicial y la sumisión de la persona juzgadora a la correcta interpretación y aplicación de la ley³.

Publicidad implica la negación del secreto. Según el decir de Chiovenda (1925, p. 171), “[...] *puede entenderse de dos maneras distintas: como admisión de los terceros (público) a asistir a las actividades procesales o como necesidad entre las partes de que toda actividad procesal puede ser presenciada por ambas*”. Así visto, en su acepción más amplia, el principio de publicidad consiste en darles a conocer a las partes y terceras personas interesadas las actuaciones realizadas en el proceso por el órgano jurisdiccional⁴.

Esa amplitud conceptual ha dado lugar al desarrollo de dos vertientes –o si se quiere formas– en las que se suele entender esta regla: interna y externa. La publicidad interna gira en torno a las partes e implica que se debe notificar y garantizar el libre acceso a todos los actos procesales; es decir, impide la existencia de procedimientos ocultos para las partes. Supone que estas deben

estar informadas de lo que se debate y resuelve. Cualquier limitación a esa publicidad interna anula el contradictorio y el derecho de defensa, pues si las partes desconocen las actuaciones procesales, no tendrían oportunidad de ejercer las facultades que el ordenamiento jurídico procesal les otorga. En ese tanto, las disposiciones que se ocupan del acceso al expediente, las audiencias, la forma de las notificaciones, entre otras, son manifestaciones de la publicidad interna.

Por su parte, la publicidad externa implica el derecho de la ciudadanía, a través de su presencia o por los medios de comunicación, a informarse de las principales actuaciones judiciales que acontecen en las audiencias y de sus resultados (actos de prueba, conclusiones, pronunciamiento de sentencias). Lo anterior entraña, evidentemente, que las salas de audiencias estén abiertas a la comunidad.

Se debe resaltar que es aquí donde el principio de publicidad toma verdadera relevancia para el proceso, esto es, cuando se proyecta como manifestación exterior de sus actos. Esta vertiente no se ocupa tanto del interés de las partes en el acceso a su caso (que de por sí está garantizado por las reglas de la bilateralidad), como sí de abrir y reflejar la actividad de la Administración de Justicia al conocimiento directo e inmediato de la población en general⁵. Desde nuestra perspectiva, esta es la correcta significación en que la publicidad debe ser entendida, es decir, publicidad en cuanto a terceras personas. Por ello, a partir de ahora, trataremos el principio de publicidad referido a las “audiencias orales y públicas”.

3. Efectos de la publicidad de las audiencias

Desde lo que en dogmática se ha dado en llamar “publicidad externa”, podríamos señalar que el principio bajo examen presenta una doble dimensión o garantía: una individual para la persona justiciable, frente al riesgo de arbitrariedad, subjetividad, parcialidad, falta

de razonabilidad o aparición de influencias extrañas en el funcionamiento en los tribunales de justicia, en suma, una garantía de un juicio justo, integrada a la noción de debido proceso;⁶ y una colectiva, justificada en el acercamiento de la justicia civil a la sociedad, así como el control de las actuaciones judiciales por parte del público que asiste a las audiencias, pues, como Couture indicaba (1958, p.192): “*En último término, el pueblo es el juez de los jueces*” [sic]⁷.

En este último escenario, la publicidad adquiere un matiz de principio político, un contrapeso frente al poder público, en fin, un control democrático del poder. En la realidad, celebrar las audiencias a puertas abiertas permite que, por ejemplo, los vecinos del lugar donde se presente un conflicto por un camino, un desalojo o la eventual afectación de bienes públicos, se involucren de lleno con el problema. Su presencia también es relevante en procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de las personas consumidoras y usuarias o los procesos instados por grupos con un interés público, económico o social para la comunidad, por ejemplo, cuando se trate de acciones contra el medio ambiente y demás derechos supraindividuales. En estos casos, no solo las partes involucradas, sino también terceros, grupos de personas afectadas y demás entes interesados pueden concurrir con claro interés.

En el contexto costarricense, al destacar la dimensión social o colectiva de la publicidad, don Luis Paulino Mora (1991, p. 8) señalaba que mediante ella la ciudadanía “[...] *tendrá así la oportunidad de enterarse directamente sobre la forma en que los jueces administran justicia. Resultando así más democrática y cristalina esa importante función*”.

Esto nos plantea una premisa esencial: la celebración de audiencias orales y públicas potencia la máxima transparencia judicial ante el público (rendición de cuentas a la sociedad), hace más difícil el desarrollo de la corrupción que, en un sistema escrito, constituye un elemento

de criticidad o confianza de la comunidad en la labor del Poder Judicial,⁸ un modo de fiscalizar la falibilidad humana de los jueces y las juezas y, en último término, es un indicador clave del nivel de democratización y objetividad alcanzado por un país. Por lo tanto, desde el plano del interés colectivo, la *ratio legis* de la publicidad reside en la trascendencia de la actividad jurisdiccional⁹.

No huelga destacar que a la publicidad se le añade un efecto docente, aleccionador, un rol pedagógico, en virtud de que posibilita la difusión de las formas en cómo se aplica e interpreta la ley. Desde este ángulo, según Arguedas afirma (2000, p. 460), la publicidad “[...] constituye un medio educativo en cuanto a lo jurídico”. Y es, en palabras de Alsina (1956, p. 114), “[...] la forma más segura y simple de divulgar los conceptos jurídicos [...]”. También se sostiene que incide en las personas declarantes (partes, testigos, peritos y peritas), en tanto la presencia del público desincentiva la ocultación de información, lo mismo que la mentira, el sesgo y la tergiversación en la declaración, además de confirmarles su responsabilidad por la solemnidad del acto en que participan.

Por otra parte, si bien se reconocen los efectos positivos apuntados, debe tenerse en cuenta que a la publicidad también se le asocian *secuelas negativas*; dentro de estas, la indebida influencia de los juicios paralelos de la opinión pública sobre las decisiones judiciales, máxime cuando la valoración judicial de los hechos no coincide con el juicio mediático. La mediatización absoluta de la justicia civil podría traer consecuencias nocivas a la misma justicia y, con ello, el riesgo de que se condicionen las decisiones de los tribunales, en franca invasión a la independencia judicial que es garantía imprescindible de la persona justiciable¹⁰.

Además, como se verá más adelante al abordar el tema de las excepciones al principio de publicidad, el exceso o abuso en el instrumento podría perjudicar incluso a las propias partes, personas peritas y testigos, lo que podría llevar a deteriorar la imagen del servicio.

Con todo, las ventajas que el instituto presenta lo convierten en una garantía procesal de incuestionable valor y de aplicación inexcusable, a menos que concurren circunstancias de excepción, que den paso a una “publicidad atenuada”, donde la confidencialidad deberá privar para garantizar una tutela judicial efectiva de otros derechos.

Ahora bien, de lo dicho parece prudente no perder de vista que el salto cualitativo hacia la publicidad de las audiencias civiles plantea nuevos retos ante la eventual censura pública y el abordaje que el órgano jurisdiccional haga de ello. Igualmente, es importante evitar que el público convierta la audiencia en un espectáculo o motivo de noticia, en definitiva, que se deforme en una publicidad sensacionalista.

4. *Oralidad y publicidad*

Dentro de los aspectos teóricos que giran en torno al principio de publicidad, es necesario resaltar su íntima vinculación y coherencia con la oralidad¹¹. Como se sabe, la oralidad se opone al sistema escriturario como método de práctica de los actos procesales, primordialmente los realizados en la etapa probatoria. Se materializa en el llamado “proceso por audiencias” y tiene como objetivo tratar los conflictos de viva voz (predominio de la palabra hablada sobre la palabra escrita), así como que se cumplan los principios de inmediación, concentración y publicidad.

En favor suyo se argumenta que facilita la realización de la justicia, pues entraña la capacidad de conducir a una mayor calidad en la información obtenida del debate, aporta informaciones imposibles de extraer de un expediente físico, la actividad procesal se reúne en la menor cantidad posible de actos, mejora la comprensión de la persona justiciable en la forma de solución de su conflicto, el tribunal que practicó la prueba emite la sentencia y, a través del acceso de la ciudadanía a las audiencias, se efectiviza la posibilidad del control público de lo decidido. Con todo, la publicidad conforma la

lista de los principios más importantes a realizar por medio de la oralidad.

Aun cuando la publicidad no es reserva exclusiva de los sistemas influenciados por la oralidad, lo cierto es que es ahí donde encuentra su terreno más fértil. Es difícil que se dé una publicidad real en los procesos escritos¹² e, incluso, cabe afirmar que escritura y publicidad no son fenómenos compatibles, dado que, en el primer caso, el aislamiento del tribunal en relación con las partes y el predominio absoluto de la palabra escrita en todo tipo de actos procesales (las partes se comunican con el tribunal por escritos, y el órgano jurisdiccional a través de resoluciones escritas) derivan en que el verdadero principio consecuencia de la escritura sea la privacidad y secreto para terceros¹³. En cambio, el tejido de la oralidad está atravesado por la publicidad, esto es, por el objetivo de garantizar a las partes y al público la posibilidad real de percibir el debate y controlar la actividad judicial activa o pasivamente¹⁴.

Sobre las anteriores ideas, está claro que la oralidad es el mejor instrumento para facilitar, fortalecer y poner en vigencia la publicidad, además de la inmediatez, la concentración y otros principios consustanciales. Es mediante la oralidad como se logran la publicidad y la transparencia del sistema. Allí estriba su interrelación. Ahora bien, la oralidad no debe conllevar a la publicidad irrestricta del proceso civil, según veremos.

5. *Estándares internacionales*

La publicidad de las audiencias en los procesos predominantemente orales es una exigencia impuesta por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, desde mediados del siglo pasado, como reacción contra los sistemas de corte inquisitivo, diversas normas del sistema internacional de derechos humanos empezaron a contemplar el derecho a un proceso público como un principio básico de las garantías judiciales mínimas y una suerte de condición de legitimidad de la Administración de Justicia

dentro del Estado de derecho. Por ello, se empezó a recoger en los más importantes textos jurídicos suscritos por gran parte de la comunidad internacional.

Su positivización se inició con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹⁵ el cual se siguió del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁶. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en lo sucesivo CADH)¹⁷ siguió una similar fórmula que en su artículo 8 consagra los lineamientos del debido proceso legal y, propiamente en su apartado quinto, reconoce que una de las garantías judiciales mínimas que el proceso judicial debe reunir durante su sustanciación es el carácter de público¹⁸.

Aun cuando la citada norma 8.5 enuncia que se trata de una garantía dentro del proceso penal, la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹ ha sido enfática en señalar que el elenco de garantías mínimas que integran el debido proceso en materia penal resultan aplicables a procesos en los que se deban determinar derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, electoral o de cualquier otra naturaleza²⁰. En consecuencia, al amparo de la CADH, la publicidad constituye un derecho humano esencial, íntimamente vinculado con el debido proceso.

Con fundamento en la Constitución Política (arts. 7 y 48) y lo establecido en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (voto n.º 1147-1990, entre otros), tales estándares supranacionales regulatorios de derechos humanos tienen no solo un rango superior a la ley ordinaria, sino también un valor similar al de la Constitución e, incluso, superior, en la medida que otorguen mayores derechos y garantías que la propia norma constitucional.

En otras palabras, el derecho a un proceso abierto consagrado en esas convenciones forma parte del bloque de constitucionalidad y debe ser desarrollado por la ley ordinaria para adecuar el proceso a las exigencias internacionales. Dadas

la plena vigencia y la fuerza normativa, su incorporación en el derecho interno es obligatoria para armonizar todo el sistema. Prueba de ello es que la regulación de la publicidad de las audiencias en el ordenamiento costarricense se radicó ya en materia penal, contencioso administrativo, laboral, agrario y, ahora, en materia civil y mercantil²¹.

6. *Antecedentes en el proceso civil costarricense*

La cuestión de la publicidad de las audiencias en el proceso civil costarricense es novedosa. Haciendo un repaso de legislaciones anteriores, se observa que el **Código de Procedimientos Civiles de 1887**, promulgado mediante la Ley N.º 13 y sustitutivo del Código General de Carrillo de 1841, reguló en su artículo 243 que se practicaría toda diligencia de prueba en audiencia pública.

Sin embargo, el numeral 260, párrafo cuarto, establecía que, durante la práctica de la prueba confesional, solo se permitiría la presencia de las partes y su abogado. Era el mismo tratamiento que el artículo 307 disponía para el caso de la testimonial. De lo anterior, se infiere que la publicidad era una mera desiderata de aquella codificación, pues en estricto sentido, la posibilidad anunciada en el artículo 243 estaba vedada para las principales audiencias de práctica de prueba²².

Posteriormente, en el Código Procesal Civil de 1989 (en adelante CPC), también se estableció como regla la reserva de las actuaciones. El original artículo 140, derogado parcialmente en 1997 por el artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N.º 7728), reguló que las partes, las personas abogadas y los y las estudiantes de Derecho únicamente tendrían acceso al expediente. El aludido numeral 243 amplió esa posibilidad a las personas asistentes de abogados, debidamente autorizados. La conciliación era privada porque el artículo 314 así lo disponía.

En cuanto a la práctica de prueba en audiencia, los ordinales 346 y 358 del CPC enuncian que a ella

solo las partes y las personas abogadas pueden comparecer, sin perjuicio de que el tribunal permita la presencia de otras personas abogadas y estudiantes de Derecho, para fines didácticos. El artículo 410 solo les permite a las partes hacerse acompañar de un(a) familiar o amigo(a) cuando se deba realizar un reconocimiento de su persona.

A partir de esta normativa, las audiencias se han venido llevando a cabo de forma privada. Se contempla la única posibilidad de publicidad de una audiencia en el artículo 605, incisos 1 y 7, para el caso de la vista en el recurso de casación, donde se indica que al inicio del acto, la Sala dispondrá si se celebra a puerta cerrada, tomando en cuenta las circunstancias propias del proceso y según lo exijan el decoro y la moral. Esta regla opera en los procesos de responsabilidad civil de personas juzgadoras, por remisión del artículo 93. En ambos supuestos, se colige, las vistas son públicas, salvo que razones especiales exijan que se hagan en forma privada²³.

La revisión histórica muestra que en materia civil la publicidad del proceso para terceras personas ha sido prácticamente nula. A lo sumo, una manifestación del principio de publicidad es el acceso público a las decisiones de algunos asuntos a través del Digesto de Jurisprudencia, donde se enlistan las sentencias emitidas por los Tribunales Superiores de San José y las Salas de Casación, lo cual está respaldado en parte por el artículo 612 del CPC.

Una vez que se han descrito los principales aspectos históricos, conceptuales y normativos del principio de publicidad, entraremos ahora en el análisis de la propuesta que la reforma procesal civil presenta en torno a la publicidad de las audiencias.

7. *Regulación de la publicidad en el Nuevo Código Procesal Civil*

El Nuevo Código Procesal Civil (por su acrónimo, NCPC) se divide en dos libros: En el primero se encuentran las disposiciones generales aplicables

a todos los procesos y, en el segundo, se regulan los procesos específicos, de acuerdo con el tipo de pretensión que se juzgue²⁴. Para la tramitación y decisión de los asuntos, el sistema combina escritura y oralidad, acentuando o disminuyendo una u otra dependiendo del tipo de procedimiento, su etapa y aspectos a resolver. La escritura es útil para preparar la sustanciación (demanda y contestación, reconvencción y réplica), mientras que la audiencia u audiencias son de capital importancia para depurar el proceso, practicar pruebas y recibir conclusiones. Puede emitirse la sentencia de forma oral o escrita.

La publicidad viene regulada en el libro primero, en los artículos 2.10 y 25.4 del NCPC. Su inclusión, según López (2017, p. 65), no fue del todo pacífica. La regla general señala que: *“El proceso será de conocimiento público [...]”*. Sin embargo, más adelante al normar la forma de los actos procesales, se delimitaron sus alcances al decirse: *“Todo expediente será de acceso a las partes, los abogados, los asistentes del abogado director debidamente autorizados por este y a quienes la ley les otorgue esa facultad”*²⁵.

A simple vista, la restricción del artículo 25.4 es discordante con la apertura normativa del 2.10. Caso contrario, al regular la publicidad de las actuaciones escritas, el legislador hubiera permitido que el expediente judicial y todas las actuaciones que lo componían fueran de acceso irrestricto a cualquier persona y en toda etapa del proceso, como parece que el precepto general lo expresa.

Con el fin de armonizar ambas disposiciones, lo primero que debe considerarse es que el nuevo código no recoge una publicidad absoluta que tolere ilimitadamente a terceras personas y la prensa acceder al proceso civil, sino que prevé una *publicidad relativa*, donde se restringe el acceso al expediente e, incluso, a las audiencias (ej. cuando surjan motivos de excepción), o a parte de estas (ej. etapas de conciliación y deliberaciones secretas, art. 51, 50.6 y 60.2 del NCPC).

Así, lo que será de conocimiento público y libre ingreso son las audiencias orales. El contenido de los restantes actos procesales se mantendrá bajo la regla de la privacidad, y únicamente las partes, las personas coadyuvantes, garantes, poseedoras mediatas e intervinientes legales debidamente apersonadas pueden acceder a estos (arts. 22.4, 22.5 y 22.6) y tendrán acceso al expediente asistiendo a la oficina judicial y a través de notificaciones por vía electrónica, o bien, mediante el acceso directo *on line* del portal de Internet habilitado por el Poder Judicial, con previa identificación y autenticación. Evidentemente el código estimó que era esencial que se produjeran públicamente las actuaciones orales (práctica de pruebas y comparecencias cuyo objeto fuera oír a las partes antes de emitir una resolución). Pero no extrapoló esa posibilidad a lo que ocurriera fuera de audiencia.

Cabe subrayar que podría considerarse un verdadero contrasentido que el público en general pueda acceder a la sala donde se celebran los juicios, sin que le esté, en cambio, garantizado el derecho a consultar con posterioridad la documentación donde se registran estas actuaciones ni la resolución o sentencia resultante de lo debatido en audiencia, salvo que se emita la decisión final en el mismo acto, lo cual –se augura– se presentará tan solo en una tipología de asuntos sencillos (art. 61.1 NCPC).

Por lo tanto, estamos ante el debatido tema de la difusión pública de la información judicial que se genera en un proceso civil, lo cual bien puede importar al sector asegurador, bancario, financiero, inmobiliario y empresas que almacenan todo tipo de datos de una persona para por ejemplo realizar análisis de riesgo de operaciones económicas o constituir relaciones contractuales²⁶.

No se trata de una interpretación aperturista del principio de publicidad de las actuaciones judiciales, fundada en que los expedientes judiciales, en la medida que se archivan en un registro judicial, son públicos y sujetos a la consulta de cualquier persona. Por el contrario, la

cuestión es determinar si dentro del más genérico ideal de transparencia judicial y el derecho fundamental a la libertad de información, aunado a la creciente demanda de información judicial, cualquier persona debería poder acceder a la documentación judicial no reservada, especialmente sentencias y demás decisiones de los tribunales, máxime cuando se trate de antecedentes judiciales que constituyan fuente integradora del ordenamiento jurídico.

En criterio nuestro, privó la intención de resguardar la información confidencial de las partes y el objetivo de evitar consultas indiscriminadas con fines contrarios al ordenamiento, para que el legislador optara por un adecuado equilibrio entre el derecho a acceder a la información y el derecho a la protección de datos personales. A partir de ello fue como ajustó la amplitud con que deberá ser entendido el principio de publicidad, siguiendo al efecto la exégesis del numeral 243 de la LOPJ.

Ahora bien, acudiendo a la hermenéutica jurídica, podría sostenerse que si el dictado de la sentencia oral forma parte de las actividades que deben desarrollarse en la audiencia oral (art. 102.5 inciso 3 y 102.3, inciso 12 NCPC) y su fin último es dar a conocer a las partes y la ciudadanía la solución del conflicto adoptada por la Administración de Justicia, paralelamente la persona que justifique tener un interés legítimo en la decisión emitida de forma escrita y que explique el fin para el cual solicita la información, debería poder tener acceso al menos a la sentencia o la resolución final derivada de la audiencia oral.

8. *Ámbito de aplicación*

Al margen de la discusión anterior y, volviendo al tema de la publicidad de las audiencias, es inevitable preguntarse ¿en qué asuntos surtirá efectiva la aplicación de esta posibilidad? Al respecto, si se parte de la premisa de que la mayor parte de procesos contenciosos pueden ser tramitados a base de una o dos audiencias, según el tipo de asunto y que los asuntos que no siguen

ese diseño, al menos admiten el planteamiento de incidencias para ventilar oposiciones y cuestiones relacionadas con el objeto debatido,²⁷ y debe concluirse que la publicidad externa tendrá operatividad en un significativo porcentaje de asuntos de conocimiento y hasta de ejecución. En cuanto a los procesos no contenciosos, debido fundamentalmente a que no existen partes contrapuestas, se justificarán las audiencias orales cuando haya prueba que evacuar, por lo que no es posible generalizar el acceso de terceras personas a su contenido.

Se exceptúan de seguir el trámite de audiencia oral aquellas hipótesis de procesos de conocimiento en los que –por ejemplo– no existan pruebas que practicar, porque son de puro derecho o porque la aportada es únicamente de carácter documental, o bien, cuando deba emitirse sentencia anticipada porque concurren situaciones de allanamiento, falta de contestación o improponibilidad. Tampoco trascenderán a la opinión pública aquellas cuestiones que el tribunal decida resolver de forma escrita, fuera de audiencia.

Por lo anterior, se deduce lógicamente que no habrá publicidad de aquellos procesos en los que no se celebren audiencias orales. Recuérdese que a pesar de que el NCPC se matricula con el sistema de oralidad, este es funcional al principio de inmediación, de modo tal que cuando no haya necesidad de convocar a las partes a una audiencia oral, porque por ejemplo no exista prueba que practicar o porque así la gestión judicial lo aconseja que se haga del caso, se resolverán las cuestiones por escrito. En ese escenario, se repite, la publicidad no tendrá cabida.

Finalmente, cabe apuntar que el NCPC nada dice sobre si la limitación injustificada o arbitraria de la publicidad de las audiencias es motivo de nulidad²⁸. Sin embargo, de la lectura del artículo 69.2.1, bien podría sostenerse que la nulidad por violación del principio de publicidad de la audiencia está implícitamente contenida en la causal de casación relativa a la “Infracción o

errónea aplicación de las normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso [...]”.

De este modo, si se llega a demostrar sólidamente que, al no llevarse a cabo la audiencia en forma pública, se produjo indefensión para alguna de las partes en los términos del artículo 32.1, procedería decretar la nulidad de la audiencia.

Al inicio de este trabajo, explicamos que el derecho a un proceso público se entendía integrado al conjunto de garantías del debido proceso, de ahí la conexión de ambos institutos.

9. Manejo de la audiencia oral y el comportamiento del público

La cantidad de personas a las que se permitirá el ingreso a una audiencia oral dependerá de la capacidad de espacio físico del recinto donde se celebrará el acto. El ingreso a la sala será por orden de llegada hasta completar el espacio disponible. Aunque parezca utópico, no descartamos como admisible que, para las personas que no quepan en la respectiva sala, el tribunal disponga la transmisión en directo a otra sala, a través de audio o video. Así garantizará la plena publicidad de la audiencia.

El artículo 50.4 del NCPC establece las pautas generales que el tribunal debe seguir en cuanto a la dirección de las audiencias orales. En relación con el manejo del entorno donde se verifica el acto, establece:

El tribunal dirigirá las audiencias según los poderes y deberes que le confiere la ley. [...] Hará las advertencias legales que correspondan; [...] o le ordenará el abandono del recinto a quien no siga sus instrucciones; mantendrá el orden y velará por que se guarde el respeto y la consideración debidos, usando para ello las potestades de corrección y disciplina que le confiere la ley.

Aunque expresamente no lo indique, entendemos que se trata de reglas aplicables tanto a las partes

como al público, pues engloban facultades de corrección y disciplina para mantener el orden y el respeto durante el desarrollo de las actividades procesales.

A parte de esa disposición general, no existe otra previsión normativa en la que el código imponga obligaciones a quienes asistan a las audiencias en calidad de público. Desde nuestra perspectiva, es prudente que al inicio de la audiencia se indique a las personas asistentes la necesidad de permanecer con actitud respetuosa y en silencio, no adoptar un comportamiento intimidatorio o provocativo, ni producir disturbios o manifestar sus opiniones o sentimientos de forma tal que alteren la continuidad, el decoro y seriedad de la audiencia²⁹. En ese contexto, están prohibidas las muestras de aprobación (aplausos) o desaprobación (silbidos o gritos). Tampoco podrán portar armas u objetos aptos para incomodar u ofender, ni exhibir símbolos o distintivos en carteles o pancartas para distraer. No se admitirá a ninguna persona en estado de embriaguez o en cualquier otra condición análoga y, además, se debe ir vestido con corrección. Estas son las pautas mínimas de comportamiento para el público, y el tribunal debe tenerlas presentes durante toda la audiencia.

El tribunal deberá estar atento de evitar que el discurso de las partes y sus representantes se desplace hacia el público y que, como resultado de ello, se establezcan diálogos, comentarios, gestos, señas o expresiones indebidas. No debe olvidarse que probablemente dentro de las personas asistentes a las audiencias habrá parientes de las partes, lo mismo que personas interesadas en el éxito de la demanda o la defensa, quienes fácilmente se pueden sentir involucradas en el conflicto. Lo recomendable para el tribunal será prevenir a las partes que no dejen de centrar su atención en los restantes sujetos procesales y, principalmente, informar al inicio de la audiencia sobre la conducta que deben seguir.

Por último, concerniente al tema del manejo de la audiencia oral en un escenario de publicidad

e intermediación, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Ríos, 2017, p. 39) plantea la necesidad de que la dirección sea realizada de manera que permita que las personas que han concurrido estén realmente en condiciones de comprender lo que está sucediendo en el acto. De este modo, salvo situaciones excepcionales donde lo debatido sea puramente jurídico, el tribunal como comunicador está llamado a facilitar la comprensión del debate. Es imprescindible que en adelante los tribunales civiles tengan en cuenta este apartado.

10. *Excepciones y adecuaciones del principio de publicidad*

A la publicidad de las audiencias, se le contraponen importantes intereses³⁰. Si bien la regla exige que terceras personas puedan ingresar a las audiencias y conocer de las actuaciones judiciales, la cuestión es que esa publicidad puede colisionar con otros derechos como la intimidad y la propia imagen, entre otros valores y derechos constitucionales. Esto implica una tensión entre el derecho a un proceso público y el acceso a la información versus los derechos subjetivos o superiores de los sujetos procesales. Y desde ese punto de vista, se duda entonces sobre qué límites debe tener la publicidad de las audiencias y si necesariamente en todos los casos trae consigo un beneficio extra para un proceso.

La cuestión no está resuelta con citar dos o tres restricciones en una norma adjetiva. Tampoco con mostrar en ciertos casos permisión en cuanto al acceso al contenido de la información, pero no en cuanto a las imágenes. Menos con reglar que, ante la duda, se cerrará las puertas al público y a los medios de comunicación. En general, como cita Nieva (2014, p. 145) “[...] *es justo reconocer que la indefinición en este tema es internacionalmente generalizada*”.

Desde un punto de vista básico, en esta materia, el artículo 2.10 del NCPC regula que las audiencias serán públicas “[...] *salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el tribunal lo decida a*

oficio o a solicitud de parte, cuando por circunstancias especiales se puedan perjudicar los intereses de la justicia, los intereses privados de las partes o los derechos fundamentales de los sujetos procesales”. (El resaltado no es del original).

Obsérvese que, en tesis de principio, la norma plantea dos escenarios para limitar legítimamente la publicidad: a) norma con rango de ley que así lo disponga, o b) necesaria protección de otro bien jurídico constitucionalmente reconocido. Naturalmente, esos motivos de excepción requieren que los doten de contenido, a partir de parámetros tales como la ponderación de los intereses en juego y la proporcionalidad de la medida que se tome. Dicho de otro modo, por tratarse de enunciados abiertos e indeterminados, es necesario dimensionar la previsión legal de acuerdo con las exigencias del caso en particular.

De tal suerte, con el objetivo de proyectar algunos estándares de actuación judicial, analicemos ahora cuáles situaciones pueden estimarse enmarcadas dentro de las causas de reserva o confidencialidad que permiten decretar la privacidad de las audiencias, claro sin perjuicio de la labor interpretativa e integradora que cada tribunal deberá hacer al momento de decidir si restringe el principio bajo examen o no (art. 3.3 y 3.4 NCPC).

a) *Disposición legal*

Por disposición de ley, las audiencias serán confidenciales donde:

- Alguna de las partes deba revelar información no divulgada referente a secretos comerciales e industriales (art. 9 de la Ley de Información No Divulgada N.º 7975).
- En el proceso, una persona menor de edad intervenga, y se le deban proteger su privacidad, imagen e interés superior, o bien se le deba evitar que sea objeto de juicios o estigmatizaciones que puedan gravitar sobre su vida futura (art. 24, 25 y 126 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N.º 7739).

- Deban ventilarse datos personales y sensibles de las partes, respecto de los cuales la persona titular niegue que se hagan de conocimiento público, por revelar su origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros (interpretación del artículo 9 de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, N.º 8968, en tanto define el ámbito de protección de los datos personales en la esfera pública).
- Se deba realizar un reconocimiento de personas (art. 46.2.5 del NCPC).
- Se deba practicar un interrogatorio domiciliario de partes o testigos (art. 41.1.4.7 del NCPC).

b) Intereses de la justicia

Los fines funcionales de la Administración de Justicia, especialmente la búsqueda de la verdad y la legalidad, pueden verse socavados con la publicidad absoluta. Se entiende que los intereses de la justicia están comprometidos y, por ende, se justifica celebrar el debate a puerta cerrada, cuando:

- Por la naturaleza del conflicto deban discutirse cuestiones con impacto en la moral, las buenas costumbres, la seguridad nacional,³¹ un secreto de Estado o el orden público³² y, por lo tanto, la publicidad pueda resultar peligrosa.
- Por razones de peligro o de seguridad para el tribunal, partes, testigos y personas peritas u otros intervinientes procesales.
- Se deba restringir la publicidad para mantener el orden, el decoro y el respeto, excluyendo de la audiencia a quienes perturben indebidamente su curso o causen disturbios (art. 50.4 NCPC).
- Acontezca la presencia de personas que pretendan ejercer presiones e intimidaciones sobre testigos o el mismo órgano jurisdiccional.

- Lo discutido y resuelto en un proceso civil pueda impactar la investigación o desarrollo efectivo de otro proceso de carácter civil, penal o de otra índole.
- Sobrevenga sensacionalismo periodístico y excesiva notoriedad que perturbe a las partes, testigos o peritos.

c) Intereses privados de las partes

Entre muchos otros, los intereses privados de las partes que se contraponen a la publicidad son:

- El derecho a la intimidad, la autonomía, el control de la información personal propia y sensible, además de otros derechos de la personalidad como el domicilio y la vida privada.
- El derecho a la imagen y mantener el honor o la reputación (artículos 47 y 48 del Código Civil).
- El derecho a la integridad.
- La seguridad física y la estabilidad emocional de las partes.
- Litigios en los que se ventilan cuestiones íntimas familiares que deben conocerse de forma reservada.
- Intimidad, vida privada, seguridad, imagen, datos personales de las personas en condición especial de vulnerabilidad (numerales 74, 75 y 80 de las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008).

No con carácter de regla, pero sí valorables como motivos de excepción, serían: a) el derecho de agentes económicos de evitar que empresas competidoras o personas consumidoras se enteren de los problemas que tienen con otras personas consumidoras o sus pares; b) el derecho de entidades financieras y bancarias a que no se ventilen en público aspectos relacionados con la seguridad de sus sistemas electrónicos; c) casos donde se discuta sobre la validez, eficacia o el incumplimiento de contratos con contenido confidencial o en los cuales las partes

acordaran que tal contenido sea reservado para salvaguardar datos personales o empresariales, como información comercial y técnica que no se desea hacer pública.

d) *Derechos fundamentales de los sujetos procesales*

Se podrá excluir de la totalidad o parte de las audiencias a la prensa y el público, cuando se deban proteger derechos de testigos y personas peritas tales como:

- Su imagen, integridad, pudor, vida privada, seguridad personal.
- Se cause perjuicio a su intimidad o su libertad de expresión se vea comprometida por la tensión que el público le causa.
- Declaraciones de testigos sobre hechos relacionados con el cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o parientes colaterales que incidan en la privacidad familiar, o bien, declaraciones sobre aspectos amparados en el secreto profesional que, si bien la persona declarante acepte externar, existe interés en guardar discreción sobre su contenido (art. 43.2 NCPC).

e) *Otros supuestos de excepción*

No enmarcables en los supuestos anteriores, pero sí motivos de excepción, cuando:

- la audiencia deba llevarse a cabo en una oficina judicial o lugar cerrado donde, por situaciones de espacio, orden, ventilación y seguridad para todas las personas presentes, es aconsejable negar el ingreso de público. También se podrá limitar la admisión o presencia a un determinado número de personas. Esto se relaciona con los problemas logísticos asociados a la implementación operativa de la publicidad de las audiencias y el acondicionamiento de las salas.
- Se deba ingresar a inmuebles y recintos propiedad de terceras personas para realizar un reconocimiento judicial.

11. *Discrecionalidad versus regla de publicidad*

Después de enlistar algunas hipótesis de excepción al principio de publicidad, es válido afirmar que las restricciones de acceso a las salas de audiencia requerirán la ponderación de diversos derechos e intereses de distinta entidad, lo mismo que sopesar la posible protección de personas que merecen una especial tutela judicial. Las circunstancias intra y extraprocesales serán de la más variada naturaleza y de total apreciación discrecional de parte del tribunal.

Resulta vital reflexionar que, con respecto al derecho a un proceso público, privacidad y publicidad cohabitan en el proceso civil implantado en el NCPC. Nótese que, aun cuando el tema de las excepciones a la publicidad de las audiencias tiene una connotación esencialmente procesal, recomendamos considerarlo desde el prisma de los derechos subjetivos en juego. Pues si el proceso civil procura la actuación efectiva de los derechos privados, consagrados y reconocidos en la legislación de fondo, la aplicación de la publicidad no puede actuar en modo tal que haga inviable alcanzar ese fin. Esto no implica aminorar su importancia, pero sí identificar que cualquier influencia o presión perjudicial en la sala de audiencias que comprometa la consecución del derecho subjetivo buscado constituye un motivo de dispensa.

A pesar de que el citado artículo 2.10 no lo establezca, será necesario que el tribunal mediante resolución motivada, emitida antes o durante la audiencia, exponga las razones de excepción que concurren en el caso concreto para declarar, total o parcialmente, privado el acto. En caso de restringir el acceso de ciertas personas o de la prensa, por ejemplo, habrá de determinar quiénes, además de las partes, sus apoderados o representantes, podrán permanecer en la sala.

No debe perderse de vista que las excepciones a la publicidad de la audiencia son susceptibles de diversas gradaciones, por lo que, en un momento

específico de la audiencia, perfectamente el tribunal puede disponer el retiro del público para evacuar una declaración o presenciar una prueba en la que resulte aconsejable la confidencialidad. Si se ordena la privacidad parcial de la audiencia, desaparecida la causa, se continuará en forma pública.

Ahora, si durante el curso de una audiencia, se revelan asuntos de carácter oficial, empresarial, particular u otro similar que, por su naturaleza o por disposición legal son confidenciales, para salvaguardar una mayor exposición pública, el tribunal podría imponer a quienes intervengan en la audiencia el deber de callar y guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron, justificando la medida. Las circunstancias determinarán la conveniencia de fijar uno u otro límite.

Con todo, debe adoptarse la relativización o atenuación de la regla de publicidad de las audiencias, en tanto ejercicio de una facultad discrecional del tribunal para “cerrar las puertas” al público, con suma prudencia y teniendo en cuenta que el NCPC suministra al menos una guía de acción para resolver si un caso queda incluido o excluido de la regla.

12. *Publicidad de las audiencias y medios de comunicación colectiva*

Muchos temas que se discuten en los procesos civiles y mercantiles generarán un significativo interés público (p. ej. casos de responsabilidad médica, consumidor, competencia desleal, propiedad intelectual, tutela de derechos supraindividuales, conflictos societarios con impacto en el mercado económico, entre otros). A su vez, dentro de los efectos que trae aparejada la inserción de la publicidad al proceso civil, se encuentra la posibilidad de cobertura de los medios de comunicación. Por lo tanto, en lo que interesa al presente estudio, el tema de la publicidad de las audiencias y los medios de comunicación colectiva merece un comentario especial.

La participación de los medios de prensa durante el desarrollo de una audiencia oral no es objeto de regulación específica en el NCPC, como sí lo es en materia penal (art. 331 CPP), donde se restringe parcial o totalmente la cobertura mediante radiodifusión, televisión o prensa cuando ello “perjudique el desarrollo del debate” o se “afecte alguno de los intereses” fundamentales de las personas intervinientes, la seguridad del Estado o los intereses de la justicia, asimismo, cuando peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial o se le reciba declaración a una persona menor de edad, entre otros supuestos propios de esa disciplina. Ante tales supuestos, como puede observarse, la libertad de informar encuentra su límite en el ejercicio de otros derechos fundamentales de rango superior (p. ej. intimidad y la propia imagen).

A pesar del silencio del NCPC en cuanto la eventual prohibición o limitación para grabar, filmar y transmitir imágenes de determinadas audiencias, consideramos que esa facultad está cubierta por el artículo 2.10. Por consiguiente, cuando la instalación de dispositivos de grabación, fotografía, filmación u otros afecte el curso de la audiencia oral (p. ej. se movilizan los equipos de grabación dentro de la sala distrayendo a las partes y al tribunal), los intereses privados y derechos constitucionalmente protegidos de las partes o los derechos de los sujetos procesales (p. ej. una parte o persona declarante solicita que no se grabe su voz o imagen), podrá prohibirse la participación de cualquier medio de comunicación.

Pero, principalmente, se debe excluir su intervención cuando la cobertura periodística masiva provoque sensacionalismo, escándalo o espectáculo con respecto a los hechos y pretensiones debatidas, o bien, cuando propicie en la opinión pública una distorsionada versión de la realidad del conflicto (una realidad mediática o realidad de los medios)³³ y, como producto de ello, lejos de cumplir con el deber de informar, se inflencie el análisis jurídico del caso³⁴.

La independencia y la neutralidad del tribunal en relación con las partes y cualquier agente externo son requisitos consustanciales a la función jurisdiccional e implican que las decisiones judiciales no pueden condicionarse por las apreciaciones paralelas de la opinión pública o las razones extra procesales. Ello sustentará la exclusión de los medios de comunicación colectiva cuando deliberadamente difundan a la ciudadanía un modo de pensar que no coincida con la valoración objetiva de los hechos, la prueba y la ley aplicable y generen efectos negativos; de lo contrario, mediará el riesgo de vulnerar el principio de independencia judicial del tribunal, al poder llegar las exigencias populares a interferir en lo que se resuelva. Lo recién dicho no pretende negar el derecho de la comunidad a ser informada, sino establecer un justo equilibrio con el rol del sistema judicial.

Si bien la Administración de Justicia es una actividad del Estado, de carácter público, en la que muchas de sus actuaciones son de interés público, no puede perderse de vista que los tribunales se encuentran en una posición de garantes con respecto a los derechos de las personas justiciables y los fines de la función judicial, por lo que, en resguardo de esos objetivos, excepcionalmente podrán privar a la ciudadanía del derecho a que se difunda información de un asunto que se conoce en materia civil, o bien, podrán dictaminar que los medios se limiten a informar genéricamente los avances y resultados de una audiencia.

El interés público en la libertad de información debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia. Y es que esos dos extremos enfrentados demandan una ponderación entre los diversos principios o valores que subyacen e inspiran las reglas, donde al final prevalece el ideal de solución del conflicto en cabeza de un sistema judicial sólido y confiable.

Conclusiones

La sociedad actual exige su involucramiento en el quehacer judicial, como ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía y como una forma de rendición de cuentas por parte de la Administración de Justicia. La apertura de las actuaciones orales al público es una respuesta a ese clamor de transparencia, confianza y democratización de la justicia. Pero también es un reconocimiento de la publicidad como pilar fundamental del debido proceso de la persona sometida a una decisión judicial.

La publicidad del proceso requiere de oralidad, inmediación y concentración, al punto que sin ellos pierde su esencia, por dificultarse seriamente la comprensión integral de lo debatido y resuelto en una audiencia.

El Nuevo Código Procesal Civil estableció la audiencia oral y pública como centro del proceso, lo cual trastocó radicalmente todo el modelo de pensamiento que se tenía acerca del acceso de la opinión pública a los asuntos civiles. A través del sistema de oralidad, materializó y puso en vigencia el derecho fundamental de la persona justiciable y de la comunidad, a un proceso público y abierto. Como regla general, en adelante la ciudadanía conocerá por qué, cómo, con qué pruebas y a quiénes se juzga ante la justicia civil y mercantil.

El derecho a una audiencia pública no se extiende a todos los procesos, sino que comprende aquellos que se desarrollen primordialmente de forma oral. En tales, el control público se limitará a la fase de audiencias, puesto que fundamentalmente lo tratado en ese estadio fundará la sentencia. El acceso al expediente judicial continuará, al menos por ahora, limitado a las partes y las personas abogadas.

La publicidad de las audiencias, entendida sin restricciones y un justo equilibrio, puede provocar graves distorsiones y generar efectos adversos en el proceso civil, entre muchos otros, un desbalance negativo de la justicia pública respecto del servicio de justicia privada, en el cual las disputas son generalmente reservadas, sin riesgo de trascendencia al mundo económico y social. A la vez, el derecho a un proceso público y el derecho de la ciudadanía a recibir información pueden entrar en colisión con otros derechos y valores fundamentales de protección reforzada, como el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, el honor y la integridad de los sujetos procesales.

Con el fin de mitigar las eventuales secuelas negativas de que las actuaciones de la audiencia oral se realicen a “puertas abiertas” y solventar el posible conflicto de derechos fundamentales que se presente, la reforma implantó una *publicidad atenuada* que permite el acceso del público a las audiencias orales, a menos que surjan motivos fundados de excepción.

En tanto facultad discrecional del tribunal, las hipótesis legales constitutivas de matización de la publicidad recogidas en el artículo 2.10 del NCPC requieren que las doten de un contenido concreto, debiendo efectuarse para ello un juicio de ponderación entre los intereses en conflicto, así como un análisis de la proporcionalidad de la restricción que se adopte. A esos efectos colaborará el necesario acople de realidad versus normatividad que el tribunal haga.

Para negar el acceso al público, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, debe emitir una resolución que declare la privacidad de la audiencia, sustentando esa limitación en circunstancias de dispensa debidamente fundamentadas. La decisión solo será susceptible de impugnación ante el mismo órgano decisor.

Si se llega a comprobar que una limitación injustificada, irrazonable o arbitraria del acceso del público a las audiencias determinó indefensión para alguna de las partes, quedará en manos de la razonabilidad y la proporcionalidad de los tribunales superiores afinar las consecuencias procesales de la transgresión al derecho, teniendo claro que será contraria al principio de publicidad cualquier disposición en la que se establezcan restricciones para acceder a una audiencia oral, la cual no encuentre sustento en la protección de los derechos fundamentales superiores.

El comportamiento del público durante el desarrollo de la audiencia y, en general, el manejo de la audiencia oral con presencia de terceras personas requieren del establecimiento de reglas por parte del tribunal al inicio del acto. Pero también se requiere su compromiso de facilitar la comprensión del debate a toda persona presente.

La publicidad de las audiencias orales está igualmente referida a la facultad de los medios de comunicación de informar sobre el desenvolvimiento de un proceso; pero la información difundida debe ser objetiva y no debe convertirse en mecanismo de presión o sensacionalismo. Cualquier publicación sobre un proceso judicial, potencialmente capaz de presionar a las personas declarantes o la decisión del tribunal, merecerá una sanción excluyendo a la prensa de la totalidad o parte de la audiencia. En el segundo caso, bastará la probabilidad fundada de que tal influencia pueda afectar la independencia del tribunal.

Es indispensable seguir trabajando los alcances del principio de publicidad en el proceso civil y el tema de la publicidad de las audiencias orales, así como evaluar sus efectos en el servicio de justicia civil, en aras de fortalecer el instrumento y la necesaria transparencia de la labor judicial.

Referencias bibliográficas

Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Parte general*. 2ª Ed. Argentina: Ediar S. A.

Arguedas, O. (2000). *La oralidad en el proceso civil*. Ponencia presentada en XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Tomo I. Costa Rica: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial.

Boza, G. (2017). *Manual para periodistas sobre delito, justicia penal y derechos humanos*. Trabajo final de investigación para optar por el grado y título de Maestría Profesional en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <http://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/12/TESIS-GISELLE-BOZA.pdf>

Cortés, V. (1993). *La Constitución española y los principios rectores del proceso civil*. En obra colectiva: Principios constitucionales en el proceso civil. Consejo General del Poder Judicial. España: Mateu Cromo S. A.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Argentina: BdeF.

Chiovenda, J. (1925). *Principios de derecho procesal civil. Tomo II*. Traducción española de la tercera edición italiana. España: Reus S. A.

De la Rúa, F. (1991). *Teoría general del proceso*. Argentina: Depalma.

Duce, M.; Marín, F.; Riego, C. (2008). *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*. Recuperado de biblioteca virtual de CEJA: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220>

Gozaini, O. (2015). *Elementos de derecho procesal civil*. 2ª Ed. Argentina: Ediar.

Esparza, I. (1995). *El principio del proceso debido*. 1ª Ed. España: Luz Bosch.

Leible, S. (1999). *Proceso civil alemán*. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Colombia: Biblioteca Jurídica Diké e Konrad Adenauer Stiftung.

León Díaz, J. R. (2017). Videoconferencia: *Principios de oralidad, intermediación, concentración y publicidad*. Costa Rica: Escuela Judicial, Poder Judicial. Disponible en: <http://videoteca.escuelajudicial.ac.cr/>

López, J. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense*, Tomo I. Costa Rica: Edinexo.

López, J. (2018). *Implicaciones del principio de publicidad en el proceso civil*. Ponencia para el XXV Congreso Jurídico Nacional. Julio. Costa Rica: Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=V3rTpGzbgDI&index=26&list=PLxGx-6q3akm8VTFRJhDq98lyq5GBmasDPj>

Mira, C. (2010). *El expediente judicial electrónico*. España: Dykinson S. L.

Mora, L. (1991). *La importancia del juicio oral en el proceso penal*. Revista de Ciencias Penales n.º4, año 3, junio.

Nieva, J. (2014). *Derecho procesal I. Introducción*. España: Marcial Pons.

Porter, R. (2010). *Influencia de los juicios paralelos por los medios de comunicación colectiva en el proceso penal*. Revista Escuela Judicial, n.º 7, septiembre. Recuperado de: https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/revs_ej/Revista_7_ej.pdf

Ríos, E. (2017). *Manual de dirección de audiencias civiles*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5593>

Véscovi, E. (1984). *Teoría general del proceso*. Colombia: Temis.

Notas al pie

- 1 Según Jordi Nieva Fenoll (2014, p. 143): *“La garantía de acceso a la información judicial se ha estudiado tradicionalmente como un simple principio del procedimiento [...]”*.
- 2 Según Nieva (2014, p. 144), para reseñar este tema, en literatura se citan muchas veces las palabras del revolucionario francés conde de Mirabeau, Honoré Gabriel Riquetti (1749-1791): *“Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público”*. Esas palabras publicadas en 1790 reflejaban la realidad procesal del sistema penal inquisitivo, el cual se intentaba combatir. La frase está extraída de la obra de J. Bentham, *De l'Organisation judiciaire et de la codification*, Paris, 1828, p. 24, donde la menciona al hilo de la parcialidad de los jueces.
- 3 Consúltese: Cortés, Valentín (1993, p. 146).
- 4 Para autores como Osvaldo Gozaini (2015, p. 192): *“La publicidad en el proceso otorga la posibilidad a las partes y terceros (público en general) a que puedan tener acceso al desarrollo del litigio [...]”*.
- 5 Véscovi (1984, p. 262) concuerda que en todo proceso existen dos formas de publicidad: una restringida, que está referida al conocimiento de las partes que actúan en el proceso de todos los actos procesales; y otra amplia, donde la publicidad significa la presencia de personas ajenas y del público en general en los actos del proceso.
- 6 Sobre el particular, Nieva expone (2014, p. 144): *“[...] esa falta de acceso de terceros a la información judicial también impide la defensa de una forma sibilina y ciertamente muy curiosa. El abogado o el acusador pueden desgañitarse en el ejercicio de la defensa, pero al suceder todo a puerta cerrada y con oscurantismo, esa defensa será inútil si los jueces pueden hacer lo que les venga en gana sin temer a que la publicidad pueda, no ya avergonzarles por sus actos, sino dar constancia de sus ilegalidades y excesos”*.
- 7 Para el jurista uruguayo Eduardo Couture (1958, p. 192): *“La publicidad con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces”*.
- 8 La publicidad genera legitimidad de las decisiones judiciales, pues como Stefan Leible señalaba (1999, p. 152): *“[...] lo que ocurre a la vista y oídos del público, goza de confianza más fácilmente”*.
- 9 De la Rúa (1991, p. 103) propone que *“La justicia requiere la luz para que en la conciencia de los jueces se refleje la conciencia de la sociedad y viceversa. De lo contrario cuando el procedimiento se desenvuelve en el misterio, en el penetra la sospecha y el arbitrio. Esta publicidad respecto de terceros implica la realización del debate a puertas abiertas”*.
- 10 Al respecto, cita Gozaini (2015, p. 193) *“[...] la eficacia de la publicidad rebota cuando promedia el sensacionalismo periodístico que, en todo caso, sería el elemento a racionalizar”*.
- 11 La Exposición de Motivos del NCPC indica: *“[...] La normativa se estructura para que los conflictos se traten de viva voz”*.
- 12 En palabras de Couture (1958, p. 193): *“El método escrito que rige en la mayoría de los países hispanoamericanos, disminuye la efectividad del principio de publicidad. [...]”*.
- 13 Sobre la escritura, oralidad y sus principios consecuencia: Iñaki (1995, pp. 54-62).

- 14 De acuerdo con Arguedas (2000, pp. 455-460), la publicidad es un principio “hermano” de la oralidad y un complemento suyo. Sin embargo, advierte “[...] Si bien se podría afirmar que la oralidad y la publicidad caminan de la mano, es posible que en el proceso civil se disgreguen y que exista un proceso civil sin publicidad, esto es, con privacidad, ello debido a que los intereses que se debaten en él son de índole privada”.
- 15 La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948 en París, establece en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída **públicamente** y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones [...]”. El resalto no es del original.
- 16 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, estatuye en su artículo 14: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída **públicamente** y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la **substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil** [...] pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública [...]”. La negrita no es del original.
- 17 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica fue redactada en noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978.
- 18 El artículo 8.5 de la CADH dispone: “El proceso penal debe ser **público**, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. El resaltado no pertenece al original.
- 19 Entre otros: la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990; caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C n.º 69; caso J. vs. Perú, excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, serie C n.º 275; también, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005.
- 20 De acuerdo con los juristas, Mauricio Duce, Felipe Marín y Cristián Riego (2008, p. 34): “[...] para establecer las exigencias mínimas de debido proceso en materia civil es indispensable conocer con cierto detalle las normas internacionales de derechos humanos contenidas no solo en la cláusula genérica inicial de los mismos, sino que también en aquellas posteriores que en principio solo parecen ser aplicables a materias penales. [...] Predicar entonces la especialidad de las cuestiones civiles para, por ejemplo, negar la necesidad de contar con procesos orales, públicos y contradictorios para toda controversia, supone desconocer las exigencias de debido proceso”.
- 21 En dichas materias, la tipificación de la publicidad se encuentra en el artículo 330 del Código Procesal Penal, Ley N.º 7594; artículo 99 del Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N.º 8508; arts. 421 y 525 del Código de Trabajo, Ley N.º 2, el cual, a su vez, es aplicable supletoriamente a la Ley de Jurisdicción Agraria, Ley N.º 6734, que no contiene norma expresa.
- 22 Consúltase: López (2017, pp. 21 a 28).
- 23 Leyes especiales recientes incorporaron el modelo de audiencias orales, pero mantuvieron la privacidad de las actuaciones. En efecto, ni la Ley de Cobro Judicial N.º 8624, ni la Ley de Monitorio Arrendamiento N.º 9160 permiten expresamente la publicidad. Sus artículos 35 y 13, respectivamente, advirtieron que las audiencias deberían ajustarse al principio de oralidad; sin embargo, guardaron silencio en cuanto a la publicidad. En el caso del arbitraje, el artículo 51 de la Ley RAC dispone que las audiencias orales serán privadas, excepto que las partes acuerden lo contrario. Esto responde a la naturaleza confidencial que priva en este sistema paralelo de Administración de Justicia privada.

- 24 El NCPC los clasifica en procesos de conocimiento (ordinario, sumario), proceso especiales de conocimiento (monitorio e incidental), procesos de ejecución (ejecución provisional, condena sobre extremos económicos determinables en dinero, condenas de dar, condenas de hacer, condena de no hacer, frutos en especie y efectos de comercio, ejecución por suma líquida, ejecución hipotecaria y ejecución prendaria), un proceso universal (sucesorio) y procesos no contenciosos (pago por consignación, deslinde y demarcación de linderos, declaratoria de ausencia y presunción de muerte). A estos se les suma el denominado “proceso cautelar”, que es un instrumento accesorio a cualquier tipo de proceso de conocimiento.
- 25 El artículo 25.4 recoge lo que denominamos al inicio de este trabajo “publicidad interna”.
- 26 Consúltese: Mira (2010, p. 95).
- 27 Entre otras, habrá audiencias orales para: decidir sobre concesión, levantamiento o modificación de medidas cautelares (arts. 94, 96 p. 2°, 102.3.10); resolver sobre la ampliación de demanda (art. 35.6 p. 4°); práctica de excepciones procesales en forma anticipada a la audiencia única o preliminar (art. 37.3); práctica de prueba o alegaciones en apelación, casación o revisión (arts. 67.7, 69.7.4 y 72.5); etapa preliminar en ordinarios (art. 102.3); practicar prueba y recibir conclusiones en ordinarios (art. 102.5); actividades del sumario (art. 103.3); oposiciones en monitorios (art. 110.4) y en ejecuciones hipotecarias y prendarias (art. 168); práctica de prueba en incidentes fuera de audiencia (art. 114.2); apertura de testamento (art. 118.2); fijación de las bases para partición hereditaria (art. 133.2); oposición en ejecución provisional (art. 143.2); práctica de prueba en procedimientos de ejecución de sentencia (art. 147).
- 28 De forma similar, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, 1/2000 dispone en el artículo 137 que deben llevarse a cabo las declaraciones de las partes, testigos y peritos ante el tribunal y públicamente.
- 29 El Código Procesal Contencioso Administrativo preceptúa una similar prevención y en su artículo 99 indica: “[...] 3) Quienes asistan permanecerán con actitud respetuosa y en silencio, mientras no estén autorizados para exponer o responder las preguntas que se les formulen. No podrán llevar armas ni otros objetos aptos para incomodar u ofender; tampoco podrán adoptar un comportamiento intimidatorio o provocativo, ni producir disturbios”.
- 30 De acuerdo con Vescovi (1984, p. 70): “[...] Las excelencias de la publicidad son indiscutibles, y el contralor por la comunidad es un bien innegable. No obstante, tiene sus defectos, ya que puede servir para desvirtuar el fin esencial, en cuanto el público, normalmente, solo se interesa por determinados juicios, especialmente aquellos que los medios masivos de comunicación realzan. Lo cual no siempre resulta bien orientado”.
- 31 La seguridad nacional se refiere a aquellos asuntos que son parte de la política de Estado para preservar la integridad territorial del país o evitar situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático.
- 32 En criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una acepción posible del orden público hace referencia a las “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Opinión Consultiva OC5/85, el 13-11-1985.
- 33 En palabras de la jurista Giselle Boza Solano (2017, p. 173): “Con el concepto de juicios mediáticos o juicios paralelos entendemos el conjunto de informaciones periodísticas acerca de un caso judicial, aparecidas en un medio de comunicación, a lo largo de un periodo, en el que, mediante los recursos periodísticos, el mismo medio efectúa un proceso de valoración de los hechos sometidos por investigación o decisión judicial”.
- 34 El tema de los juicios paralelos, según el juez Raymond Porter afirma (2010, p. 104-105) “[...] en el mundo periodístico se tiende a invisibilizar, bajo el alegato que se trata en suma, no de Juicios Paralelos sino de malos jueces que se dejan influenciar por la prensa cuando su deber es ser independientes e imparciales (González Armando, entrevistado por Castro Mora 2005: 131); o bien, por algunos juristas que se aferran a la presunta invulnerabilidad de la estructura judicial y a la jerarquía de las normas (Presunción de Inocencia) como valladares inexpugnables frente a la opinión de la prensa (Carbonell, 2000) como si las normas jurídicas tuviesen facultades metafísicas para conjurar cualquier vulneración que se pretenda contra los bienes jurídicos que se tutelan [sic]”.

CAPACIDAD DE FIGURAR COMO PARTE SEGÚN LOS APARTADOS 4° Y 5° DEL 19.1 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL: CASOS DE ENTIDADES NO PERSONIFICADAS Y PATRIMONIOS SEPARADOS

Lic. Carlos Dalolio Jiménez*
cdalolio@costarricense.cr

RESUMEN

El concepto de legitimación para ser constituido en parte actora o demandada en el nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica. Se presenta el tópico por medio de análisis de casos límites e interpretaciones relativas al artículo 19.2.4.5 de esa ley 9342.

PALABRAS CLAVES: Condominio, consorcio, fondos de inversión, fondo voluntario de pensión, fideicomiso testamentario, sociedad irregular.

**Ability to appear as a party under sections 4° and 5° of 19.1 of the new Code of Civil Procedure:
cases of non-personified entities and separate estates**

ABSTRACT: *The concept of legitimization to be a judicial party, defendant or plaintiff in the new Civil Procedure Code of Costa Rica. An analysis of border line cases and interpretations related with the 19.2.4.5. norm of the 9342 law, develops the topics.*

KEYWORDS: *Condominium, consortium, investment fund, retiring voluntary fund, testamentary trust, irregular society.*

Sumario

1. Nota introductoria
2. Entidades no personificadas
 - 2.1. Condominios
 - 2.2. Sociedades irregulares
 - 2.3. Consorcios
3. Patrimonios separados
 - 3.1. Fondos de inversión
 - 3.2. Fondos de pensión
 - 3.3. Fideicomisos
4. Conclusión
5. Referencias bibliográficas

* Juez titular de Primera Instancia Civil de San José. Especializado en Derecho Comercial UCR y Administración de Justicia civil UNA

Nota introductoria

La condición de parte legítima presupone una aptitud procesal para comparecer ante el órgano jurisdiccional y esgrimir o repeler pretensiones en juicio.

El artículo 19 de la Ley 9342-2016, que es el nuevo Código Procesal Civil, contempla un inventario de posibilidades más descriptivo, en comparación con lo que la legislación derogada presentaba en su canon 104. Lo anterior se complementa y va en línea con el 21.1 de la innovadora legislación que mantiene una idea de acceso amplio a la tutela jurisdiccional. Ahora se contempla por definición, la faceta activa, como la pasiva de la legitimación (López González, 2017, p. 121-124). Se les presenta a la autoridad judicial y al litigante, una gama de potenciales partes legítimas, en aras de establecer la composición subjetiva del litigio y garantizar la justicia pronta y cumplida.

Surge una necesidad de explicar quiénes podrían ser los aludidos por la naciente norma procedimental o no, y eso justifica lo que viene, amalgamar conceptos sustanciales con adjetivos y concatenar experiencias prácticas de la casuística. Así, la finalidad de estas cortas líneas es analizar resoluciones judiciales y posturas doctrinarias que tengan relación con alguno de los supuestos indicados.

En sí, los contenidos en los apartados tercero y cuarto del inciso primero del 19 del Código Procesal Civil, que incluye las enigmáticas “entidades no personificadas” y los frecuentemente mencionados patrimonios separados.

2. Entidades no personificadas

El inciso cuarto en mención postula que pueden intervenir judicialmente las “entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca la capacidad de ser parte”.

Las “entidades no personificadas” califican como sujetos que, a pesar de estar dotados del

mismo sustrato de la persona jurídica (personas, patrimonio, fin), no son formalmente reconocidas como tales por el Estado y no les da su total personalidad jurídica propia y plena. Quedan como agrupaciones de personas dirigidas a la consecución de un fin común de carácter supraindividual y de ventajas no necesariamente económicas, en una medida constante para cada miembro. De acuerdo con Galgano, tendrían una semi-personalidad (Certad, 2009, pp. 13-28).

Una “entidad no personificada” expresa una voluntad frente a terceros por órganos externos como representantes en nombre y cuenta de ella, con las facultades del poder que se les haya conferido. Se ha reconocido que ese tipo de entidades puede ostentar la tenencia de bienes y, precisamente, para tal efecto, ocupa representación. Aunque no tenga una verdadera personalidad jurídica, al menos tiene una “subjetividad” que da una capacidad jurídica limitada.

En todos los asertos anteriores, es evidente la recepción de la teoría orgánica en la construcción de la figura. No se desconocen las profundas críticas por la falacia naturalista que podría encerrar desde la óptica del experto en argumentación jurídica. Sus detractores refieren a la confusión de los fenómenos físicos con cuestiones axiológicas que se ha esbozado como severa crítica (Rivero Sánchez, 2000, pp. 27-35).

No obstante, no se puede ignorar la importancia de la apariencia creada por estas entidades ante las demás personas en el campo comercial y social. El legislador ha reconocido esto para positivizar esta categoría en uno de los alcances incluidos en el 19 de la Ley procedimental N° 9342-2016.

El derecho no siempre responde en forma perfecta a la dogmática, sino a fines de seguridad jurídica para estabilizar y sortear problemas apremiantes para la sociedad.

Para comprender la concepción abstracta expuesta para el ámbito privado, resulta

importante hacer una comparación con las técnicas de la personificación en el derecho público; por ejemplo, establecer a qué se parece más un ente no personificado, si a un ente menor o a un órgano persona, desde la perspectiva orgánica narrada.

El ente menor tiene una personalidad jurídica plena y derivada de la originaria del Estado; es decir, es una forma de descentralización.

Un órgano persona posee un patrimonio propio, pero, a su vez, una personalidad jurídica muy limitada a un aspecto concreto y definitivo a lo externo, fruto de la desconcentración para el cumplimiento de una competencia del ente. El órgano persona actúa al servicio de otro ente (Ortiz Ortiz, 2002, p. 61). Este segundo caso del órgano persona, como híbrido dependiente, se asimila más, porque la personería del ente no personificado es tan solo instrumental, y esa concepción es más cercana al 19.1., apartado cuarto del nuevo Código Procesal Civil.

2.1. *Condominios*

Los sujetos involucrados en la propiedad horizontal establecen sus relaciones a través de diversas estructuras que podrían catalogarse como de corte orgánico, para efectos meramente analíticos.

Esas relaciones van a estar reguladas principalmente por varias fuentes de reglas jurídicas, ley 7933-1999 y otras afines, las normas públicas infra legales y, en especial, su propio fuero interno.

El reglamento es un instrumento jurídico muy importante. Complementa y especifica las disposiciones de la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio, de acuerdo con las características de cada condominio. Es el estatuto que regula los derechos y las obligaciones específicas de las personas copropietarias de un edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad en condominio. Es útil para regulación

de vacíos normativos y previsión exhaustiva de todo tipo de hipótesis.

El desarrollador del condominio, quien lo planeó y construyó, tiene mucha importancia para idear ese reglamento de cara al futuro. Todo ese cúmulo jurídico, determina la interacción entre sujetos y, luego, la asamblea de condóminos será la que pueda cambiar sus reglas.

Para comenzar, hay que cuestionar si realmente el condominio como tal es una auténtica persona jurídica en los términos del 36 del Código Civil. No hay mucha claridad en la ley condominal. Se le puede ver como una forma asociativa consorcial, compuesta por los miembros conformados en asamblea que, de paso, es de sus órganos básicos (Campos, 2006, pp. 79-99).

En otras latitudes, como Argentina, precisamente se le llama consorcio al condominio (Gabas, 1992, pp. 21-24). Incluso, el artículo 2044 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, vigente desde el 1° de agosto de 2015, estima que consorcio es el conjunto de propietarios de las unidades funcionales y que constituye la persona jurídica del consorcio, con domicilio social en su inmueble y con órganos. (Ministerio de Economía y Finanzas Argentinas, CDI, www.infolegal.gob.ar extraído el 14/08/2015).

No queda resuelto si nacionalmente, con esos matices, se le puede llegar a considerar como suerte de sujeto ideal, bajo una virtualidad voluntarista, expresada a través de la asamblea de propietarios reunidos que se hace cumplir por medio de un administrador como órgano ejecutivo y un posible órgano de control o vigilancia. La ley no lo hace explícitamente. Pero da un indicio valioso.

En Costa Rica, el ente registral le asigna al condominio un número de cédula jurídica de la serie 3-109-0000 y una aparente personería. A lo sumo, se acercaría a una instrumental para determinados fines de enlace y de orden registral, respecto a las filiales. La circular registral DRP-

018-88 del 21/04/1988 regula esa asignación, y la certificación de la finca matriz la contiene, al igual que indica su administrador (Barrantes y Salas, 2006, p. 79). Ese número de personería instrumental viene mostrado en la certificación de inscripción de la finca matriz. La llamada "M" deviene en indivisible e inembargable, según el numeral 27, inciso a), punto 4 de la Ley 7933-1999, ya que sus áreas comunes sirven a las "F"; es decir, a las filiales de cada propietario individualizado y es su razón de ser, como criterio de dependencia del órgano persona, similitud explicada *supra*.

Jurisprudencialmente, la caracterización jurídica del condominio es un aspecto poco abordado, y los votos civiles suelen esquivar su naturaleza. Resulta interesante esta sentencia que, frontal y enfáticamente, dispuso lo siguiente:

[...] Debe tomarse en cuenta que el condominio es una inscripción real con contenido personal que se rige como una persona jurídica a través de sus órganos, situación que se dibuja en el numeral 6.2 de la Ley Reguladora en Condominio n°7933 vigente, cuando reza: "Toda finca matriz debe asignársele cédula jurídica. Se solicita su expedición en la escritura constitutiva o bien por separado en esa escritura" y se reafirma por intermedio de la norma 32 bis ídem [...] (Tribunal 2° Civil de San José, Sección Extraordinaria, resolución #040 de las 9:45 horas del nueve de marzo de 2007).

En este supuesto, como se vio, la finca matriz indivisible, inscrita en el Registro Público y cuya inmatriculación, para ser tal, requiere de un titular individualizado, como por ejemplo un condominio con un número de cédula jurídica que, por sí sola, no implica personificación para ser plenamente centro de imputación de intereses, con una situación pletórica de derechos y obligaciones.

El valor práctico de una personalidad jurídica atribuida a una entidad distinta a un ser humano

indica autonomía patrimonial reconocida al ente y una consiguiente limitación de responsabilidad atribuida a cada miembro. En el condominio, se verifican estas consideraciones difusamente.

El condominio a lo sumo califica como una "entidad no personificada". Su cédula jurídica es un reflejo tenue, le puede servir para la inscripción registral de la finca matriz y para acumular un fondo común (una especie de caja chica condominal, por decirlo así).

De primera entrada y en forma solo aparente, es posible que, con su personería jurídica instrumental, su representante abra una cuenta bancaria para que ahí se deposite lo captado por cuotas de mantenimiento, gastos de administración, multas por su régimen punitivo, etcétera. Así también, en forma hipotética, podría postularse en forma judicial para cobrar esas clases de créditos, basado en un supuesto de apariencia de la situación jurídica.

Sin embargo, la realidad es que el mandatario general realizará esas actividades tendientes a recuperar activo, según los artículos 29 y 30 de la Ley 7933-1999.

La letra de los numerales indicados refiere a que el administrador es quien debe recaudar y hacer actos de conservación y gestión. En sí, a nombre y cuenta ajena, como representación directa. Lo correcto, entonces, es que quien comparezca ante entidades bancarias y órganos judiciales, como cliente o como parte formal, sea el mandatario general, pero advirtiéndole su condición, porque para eso es precisamente su apoderamiento sui géneris.

Ya antes se explicó que la personería jurídica instrumental con la que el condominio cuenta, al inscribir el inmueble en el Registro Público, es dada con esa finalidad. Viene inmersa en la certificación de dominio de inmueble madre. No estaba ideada para ser extensiva a otras sedes administrativas ni con otros propósitos, pero la praxis dicta algo diferente.

De todos modos, en casos dudosos y, dependiendo de la autoría de la responsabilidad, se accionará contra la comunidad de bienes en la persona de su representante, o bien, de manera conjunta también a los comuneros, entiéndase asamblea de condóminos para la especie.

Algo vital es entender por qué el ordenamiento permite accionar contra un condominio. El fundamento radica en la debida tutela de los terceros que se relacionan con entidades sin personalidad (Juan-Juan, 2014, pp. 766-777).

Para el supuesto del condominio, hay una semipersonalidad. Lo explicado conduce al tema de la ficta teoría de la división orgánica y funcional dentro de la estructura subjetiva condominal.

El condominio funciona a través de una asamblea de condóminos y el administrador. Son los llamados “órganos de gobierno” de esa comunidad en el marco de un fenómeno de “incipiente personificación” de la propiedad horizontal (López-Colmenarejo, 2002, p. 635).

1.2. Consorcios

El consorcio es una figura asociativa propia del mundo empresarial, en aras de la consecución de un objetivo común. Es una alianza de varios sujetos que buscan emprender un proyecto complejo conjugando sus fuerzas y recursos, o bien plantear una oferta más articulada ante el Gobierno.

En el ámbito jurisdiccional, la cámara casacional ha examinado sus contornos:

V.-El consorcio es un contrato celebrado entre varios empresarios para ejercer una misma actividad económica o bien la de actividades conexas a la principal. Se trata de una interpretación horizontal. Tiene por objeto la regulación de su actividad mediante una organización común. Genéricamente la finalidad de los

consorcios es la obtención de un mayor beneficio económico del ejercicio de la actividad común. Pueden existir diversos modos de integración. Uno de ellos puede referirse a la disciplina de los precios y las condiciones de venta. Los participantes no pueden vender sus productos o prestar sus servicios irrespetando un valor mínimo acordado, tampoco pueden apartarse de las condiciones de venta preestablecidas. Esto se manifiesta en la obligación del uso de un contrato tipo consorciado con la clientela. Otra forma de integración refiere a la contingencia de la producción. Cada participante produce una cierta cuota preestablecida. En consecuencia no puede adquirir más de cierta cantidad de materia prima. Igualmente se ve imposibilitado a colocar individualmente ciertas cantidades de sus productos determinadas en el mercado. Por último está la distribución de ciertas zonas territoriales dentro de los mercados. Es la posibilidad de los participantes de despachar, con derecho de exclusividad, los propios productos o servicios. Dentro de los elementos de esta forma de integración horizontal de empresas se encuentran las siguientes: 1) Debe estar compuesto por una agrupación porque solo se concibe en virtud de una unión de empresas; 2) El fin económico e intereses comunes a todos los sujetos miembros es un elemento de carácter técnico: los miembros del consorcio van a ejecutar una misma actividad económica principal o conexas; 3) la asociación es voluntaria, con intereses comunes y un propósito común; 4) es una organización con contribución patrimonial de los socios. Su formación tiene como fin regular las relaciones entre las diferentes empresas miembros del consorcio. En él existe una organización común y estable de empresarios. También bajo una organización común susceptible de tener diferentes formas. Incluso se puede crear cualquier tipo de sociedad donde se estatuyen las relaciones entre las

empresas. (Sala Primera CSJ, resolución número 128-F-98 de las 14:40 horas del 16 de diciembre de 1998).

En el ordenamiento nacional ha sido positivizado en el precepto 38 de la Ley de Contratación Administrativa. Ahí se le deja sentado con claridad que la presentación de un acuerdo consorcial no aparea la creación de una persona jurídica diferente. Las partes firmantes son las que asumen sus roles de obligaciones en la relación interna ahí establecida y una solidaridad frente a la Administración. Ese mismo derecho de escogencia para reclamar perfectamente es extensivo a terceros.

Ahora bien, viene la gran interrogante, en el sentido de que si es viable o no la intervención de un consorcio, como parte de un litigio judicial en el marco del nuevo Código Procesal Civil. Definitivamente, no se puede encaminar la pretensión contra un consorcio, porque el haz efectual del ordenamiento no le da un reconocimiento como individualidad subjetiva ni patrimonial. En sí, quienes deben de dar la cara son los contratantes.

En la práctica, es posible encontrar supuestos en los que los consorciados designan subcontratistas, para enfrentar la envergadura de grandes obras o delegar funciones. En caso de incumplimiento, quienes fueron subcontratados pueden irse legalmente contra todas o alguna de las personas integrantes de la alianza empresarial temporal. Por imperio de los cánones 638 y 640 del Código Civil, puede ocurrir así, como lo han hecho soldadores, ejecutores de chapias, transportistas, según las circunstancias.

Igual ha sucedido con víctimas de responsabilidad civil extracontractual que han sufrido accidentes por faltas de alguno de esos consorciados. La culpa aquiliana puede recaer directamente sobre ellos, y la participación de alguno puede ser particularizada, como productor del siniestro.

Aquí, en este punto, con el artículo 21,2 del nuevo Código Procesal Civil, las diligencias previas investigativas pueden ser útiles para precisar con

declaraciones e informes, el sector en el que algún consorciado hizo mal u omitió su prestación en una carretera, puente o eslabón en la cadena de servicio. Esto implica que un recrudecimiento del conflicto puede ser evitado, ya que la persona afectada por el hecho dañoso sin vínculo previo puede exigir contra el estricto causante y no se irá contra otros no partícipes directos. Y a su vez, dentro de la relación obligacional nacida en el consorcio, se previene que los inocentes tengan que repetir la indemnización que soportaron pagar contra el consorciado culpable.

1.3. Sociedades irregulares

Una sociedad irregular es aquella que cuenta con aporte, afán de lucro y ejercicio de actividad en común, como elementos esenciales de ese tipo de contrato asociativo, pero su escritura con el pacto no logró alcanzar la inscripción registral.

En definitiva, por un efecto de ley de fondo, en nuestro medio, no logra alcanzar el reconocimiento de personalidad jurídica por parte del legislador, y sus socios son quienes responden solidariamente de las obligaciones contraídas a su nombre social. Se ha establecido al respecto:

[...] la Jueza de primera instancia se equivoca en otorgarle personalidad jurídica a una sociedad irregular, algo que nuestro ordenamiento jurídico contrario a otras legislaciones no prevé. Veamos. El artículo 20 del Código de Comercio con relación a la personalidad jurídica de una sociedad mercantil establece: "ARTÍCULO 20.- Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo." Por su parte, en cuanto a la sociedad irregular dispone lo siguiente: "ARTÍCULO 22.- Mientras no se hayan efectuado la publicación y la inscripción a que se refiere el artículo 19, las

resoluciones, los pactos y los documentos sociales, no producirán efecto alguno legal en perjuicio de terceros, y los socios fundadores responderán solidariamente a dichos terceros de las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeran por cuenta de la compañía. Cualquier socio podrá gestionar la inscripción de la escritura y si prueba su actividad en ese sentido, cesará la responsabilidad en cuanto a él, desde el momento en que inició gestiones formales para la inscripción. " Es decir, de acuerdo a nuestra legislación, para que legalmente nazca a la vida jurídica una sociedad mercantil, el acto o su pacto constitutivo debe otorgarse en escritura pública, cumplir con todos los requisitos que exige el numeral 18 *Ibíd.*, y finalmente inscribirse en el Registro Mercantil. De manera que es cuando se da el cumplimiento de estos dos requisitos que se da el nacimiento de la personalidad jurídica de la sociedad como un centro de imputación de derechos y obligaciones independiente a los socios que la constituyen, encontrándonos ante lo que se denomina en doctrina como una sociedad regular. Por el contrario, si a pesar de existir un contrato de sociedad otorgado en escritura pública (que en cuanto sus intervinientes es perfectamente válido), y no se ha cumplido con el trámite de la inscripción, se considera que se está ante una sociedad irregular, que al no contar con todos los requisitos de forma y eficacia de las sociedades mercantiles, no cuenta con personalidad jurídica, debiendo en ese caso los socios fundadores responder solidariamente ante dichos terceros por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad. Se trata de una postura asumida por el legislador patrio en el que la inscripción de la sociedad tiene efectos atributivos de la personalidad jurídica, la cual difiere de la contemplada por otros ordenamientos en cuanto a la figura de la sociedad irregular como ocurre verbigracia

en el Derecho argentino donde se le ha reconocido una personalidad jurídica precaria y limitada, o bien en la legislación mexicana con la Ley de Sociedades Mercantiles, que en lo fundamental le reconoce personalidad jurídica al contrato de sociedad, sin necesidad de su publicidad mediante su inscripción registral, respondiendo en ese caso la sociedad con su patrimonio, así como sus socios o administradores de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada frente a las deudas contraídas frente a terceros que hayan contratado con la sociedad ante quienes ésta se haya presentado como una sociedad regular. (Tribunal 2° Civil de San José, Sección I, resolución número 293 de las 10:30 horas del 9 de agosto de 2012).

Razonablemente, no parece aceptable cursar un proceso judicial a favor o contra de una compañía que no goza de un diáfano reconocimiento estatal como sociedad comercial ni de oponibilidad de esa condición frente a terceros por medio de la sede registral.

La llana escrituración o la simple anotación provisional no bastarán para el caso concreto. Tampoco el supuesto de la situación de apariencia, porque se debe interpretar la norma sustancial 22 del Código de Comercio, bajo el prisma de la seguridad jurídica.

Algunas sentencias se decantan por considerar que de por medio está una personería disminuida, y que la sociedad irregular puede ser integrada al litigio junto a sus constituyentes, pero realmente, la solución legal y práctica es una solidaridad impuesta por ley, entre los socios, no la sociedad irregular. Son ellos los que tienen que absorber las consecuencias de no haber formalizado al máximo su contratación y no haber superado escrutinio riguroso de la calificación registral. Al no haber superada esa barrera, ese tipo de entidades nacidas de un pacto están en desventaja. No satisfacen la exigencia del 19.1.4. que consiste en que la ley les reconozca la capacidad de ser parte.

Empero, en el 6.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de España, se postula que hay entidades patrimoniales que, sin personalidad jurídica, conformadas para un fin, que “no han cumplido los requisitos legales para ser persona jurídica”, pueden tener legitimación activa y pasiva. En esa normativa foránea, podrían calzar uniones transitorias de personas, como las sociedades irregulares. Para los efectos nacionales, como ya se indicó, la solución no es práctica. Desde la perspectiva de la interposición de una demanda, la sociedad irregular tampoco gozaría de la ventaja de la calidad de comerciante ni estaría registrada como tal, imposibilitando la presentación de personería, como requisito legal para cursar.

Asimismo, para entablar una ejecución de sentencia, con embargo, avalúo y remate, tampoco hay mucha viabilidad. En contraste con el condominio y los condóminos de la asamblea con filiales inmatriculadas, no hay una inscripción de los bienes aportados en la sociedad irregular, a favor de una persona jurídica independiente. Se sigue en el plano de tener que agredir patrimonialmente a los socios aportantes, desde una óptica atomizada de la legitimación pasiva. Eso hace inviable para un o una demandante, la recuperación crediticia de costas y demás obligaciones.

2. *Patrimonios autónomos*

El inciso quinto del precepto 19.1 del nuevo Código Procesal Civil indica que los “patrimonios separados a los que la ley reconozca la capacidad de ser parte”, pueden pugnar en un proceso judicial.

Existen casos de patrimonios que, sin llegar a ser personas jurídicas de total capacidad de actuar, tienen titularidad de bienes y reconocimiento jurídico de algún tipo.

En el ámbito español, el artículo 6.1.4 la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 reconoce la capacidad para ser parte a masas patrimoniales,

patrimonios separados sin titular temporal o con titular privado de facultades de administración y disposición. En el canon 7.5 de esa legislación extranjera, persiste ese reconocimiento total, en el supuesto que tengan representante legal.

3.1. *Fondos de inversión*

El fondo de inversión carece de personalidad jurídica propia. Obedece a un supuesto de patrimonio autónomo, cuyo carácter queda delineado en el artículo 62 de la Ley 7732-97. Radica en la conjunción de participaciones de diversos sujetos que invierten sus recursos en esta modalidad de inversión, la cual puede recaer en valores o bienes de orden inmobiliario. Con esa base asociativa, el ahorro de muchos inversionistas se une para conformarlo y aglutinar un monto de mayor dimensión (Hernández Aguilar, 2002, pp. 213-221).

Es dirigido por una persona moral rectora que se rige por la diversificación, limitación del riesgo y la persecución de rentabilidad, a través del manejo que efectúe la llamada sociedad administradora de fondos de inversión (S.A.F.I.). Ex profeso, la Ley Reguladora del Mercado de Valores le reconoce personalidad jurídica a ese tipo de sociedad especial, sujeta a un régimen particular y supervisión de sus actividades por parte de una superintendencia estatal. Operan con capital propio y con un acuerdo de aprobación gubernamental.

Le corresponde a la S.A.F.I. hacer investigación del mercado, diseñar el prospecto del fondo y efectuar una administración profesional, informar oportuna y verazmente y rendir cuenta a los inversionistas, a fin de captar una comisión por su esfuerzo (Bolaños y Murillo, 2004, pp. 38-39).

En la vía judicial, es poco frecuente la presencia de esas entidades y eso explica el grado de dificultad que en la práctica implica deslindar las consecuencias de su llamado a un proceso. En particular, se invoca un precedente solitario

que no quedó exento de discusión y cuyo voto mayoritario arrojó el siguiente resultado:

V. Originalmente el contrato de arrendamiento fue entre Aldesa Inmobiliaria Latinoamericana S.A. en su condición de fiduciaria del Fideicomiso de Inversión y Administración Inmobiliaria Aldesa con Servicios Mercantiles Tioca S.A. Pero ese contrato se fue modificando en virtud de diferentes circunstancias, hasta porque la titularidad de la propiedad de las oficinas cambió e incluso también la razón social de la arrendataria sufrió modificaciones. Lo cierto es que quien finalmente aparece como propietaria de las oficinas del Oficentro Plaza Mayor, [...] es el Fondo de Inversión Inmobiliaria de Renta y Plusvalía, pues todas esas filiales se encuentran individualizadas como fincas en el Registro Público de la Propiedad, a su nombre [...] Por esa razón se explica, según la misma literalidad del contrato de arrendamiento que se encuentra a partir del folio primero y hasta el 17 del expediente del proceso arbitral, que la arrendante es Fondo de Inversión Inmobiliaria de Renta y Plusvalía, y que Aldesa es tan solo la administradora del Fondo.

VI. Los fondos de inversión inmobiliaria son personas jurídicas, sujetas a inscripción en el Registro Público de Personas, tienen su propia cédula jurídica, adquieren derechos y contraen obligaciones, conforman un patrimonio, sin embargo a diferencia de las demás personas morales, por tratarse de un conjunto de bienes deben ser administradas por otras. La Ley Reguladora del Mercado de Valores y de la Superintendencia General de Valores regula tanto los fondos de inversión inmobiliaria como las sociedades administradoras de fondos de inversión. Estas figuras, naturalmente, y sin necesidad de profundizar en ello, son absolutamente distintas al fideicomiso.

La reciente normativa comercial no solo crea estos nuevos tipos societarios sino que también establece sus obligaciones, límites y responsabilidades, incluso para las sociedades administradoras de fondos de inversión se fija también un régimen especial el cual incluye todo tipo de responsabilidades, incluida la extracontractual con ocasión de su actividad a nombre del Fondo en sus diversas gestiones.

VII. Pero no puede confundirse al Fondo de Inversión Inmobiliaria con las sociedades administradoras de esos fondos. He aquí donde el laudo incurrió en el vicio de violación al debido proceso. Esto es así porque cualquier tipo de condenatoria derivada del proceso arbitral solo podía afectar al Fondo de Inversión Inmobiliaria de Renta y Plusvalía, quien no solo es el propietario de los bienes, sino que además figura en el contrato como el arrendante, no obstante que quien lo suscribió fue la representante de Aldesa, en tanto esta última era la administradora del Fondo. Esto quiere decir que Los Delfines llevó al proceso indebidamente a la administradora y no a su cocontratante, la arrendante, y fundada en esa equivocación también el árbitro y el laudo incurrieron en el vicio de violación al debido proceso. (Sala Primera CSJ, resolución 886-F-02 de las 16: 30 horas del 13 de noviembre de 2002).

El voto minoritario hizo un repaso por el conflicto, relativo al uso más restringido y cuestionado de un aparcadero en el complejo de oficinas construido con los dineros aportados en las participaciones. Centró el problema en una cuestión de fondo, no en una típica del debido proceso. Consideró que la legitimación analizada por el árbitro era la de la causa, en la que el órgano casacional no tenía injerencia.

El voto mayoritario estimó que no era factible haber comunicado el requerimiento arbitral a la

S.A.F.I. en su esfera propia como persona moral, sino que se debió haber increpado en su carácter de administradora del patrimonio separado. Por ende, el peso del problema y del destino de un litigio radica en cabeza de quien tome la decisión del modo en el que permitirá la actuación de una S.A.F.I.

La consecuencia de una oficiosa valoración ligera de la causa de pedir, para cursar un asunto no es poca cosa. Es severa y puede conllevar en el futuro la nulidad absoluta de lo actuado y desperdicio de recursos de todos los involucrados.

El nuevo Código Procesal Civil, igual que el 67 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, también tiene como causal adjetiva de invalidez, la violación a las garantías del debido proceso no subsanadas, en el numeral 69.2, apartado 1°. De esta manera, no es ocioso, de arranque, el ejercicio cuidadoso de bastantear los hechos y la titularidad de la relación jurídica en juego.

El precedente invocado, en su voto de mayoría, mantiene su actualidad quince años después. Sigue siendo una interpretación que denota que hay un punto de confluencia entre la legitimación *ad processum* y la *ad causam*. Incluso, denota y justifica la existencia del instituto de la demanda imponible, para que todo no llegue a más.

Las reglas hermenéuticas de impulso e instrumentalidad, localizadas en el canon 2 del novedoso cuerpo procedimental, toman protagonismo en un escenario como el descrito.

Si la responsabilidad civil o vínculo obligatorio surgió directamente de aspectos que involucren bienes o créditos ligados al fondo de inversión, este último es quien debe ser llamado a juicio, por medio de la S.A.F.I. como gestora.

Si lo que origina la presentación al pleito, deviene de conductas y decisiones imputables a la compañía como administradora profesional o en su propia esfera como sujeto de derecho, la comparecencia judicial de la S.A.F.I. no podría

ser en representación de los intereses de los y las inversionistas.

2.1. Fondos de pensión

Un fondo de pensión es un patrimonio construido con el aporte de inversionistas que proyectan recibir rentas vitalicias o permanentes en su momento de jubilación, o bien dejar programada la entrega de un capital como herencia.

Existen cuatro regímenes, como pilares del sistema. Uno básico, uno obligatorio de pensiones complementarias, uno no contributivo y uno voluntario (Sáenz, 2009, p.10).

En particular, en materia patrimonial privada, la modalidad voluntaria resulta de interés. Su principal implicación estriba en que el ahorrante, discrecionalmente, decide emprender una cruzada de ahorro para obtener, además, un rendimiento que mejore sus beneficios y generar un escudo fiscal. La asunción obligación que hace resulta *ex contractus*, no *ex lege*. Es decir, suscribe un contrato.

La figura tomó fuerza, cuando se reformó la legislación a inicios del milenio y se creó conciencia social en la importancia de planificar un retiro digno. Además, en esa época, se profesionalizó la administración en sociedades anónimas especiales, reguladas por una superintendencia de seguros y con la exigencia de diversificar y diluir el riesgo. Es decir, por el interés público que reviste la actividad, fue sacada de las manos de comercializadoras y agentes económicos similares.

Las operadoras de pensiones encontraron su génesis, en la constitución de planes y gestión de esos patrimonios separados a los suyos. En particular, judicialmente se estableció:

III.-La normativa contenida en la Ley no. 7983 "Ley de Protección al Trabajador", publicada en el Alcance número 11 de La Gaceta n o. 35 del 18 de febrero del

2000, señala que las OPERADORAS DE PENSIONES son personas jurídicas de Derecho Privado, ordinal 30, contenido en el Título IV, Capítulo Único, denominado : "Operadoras de Pensiones y de Capitalización Laboral", el cual, en cuanto a este punto en concreto y a la letra, dice: "Artículo 30.-Exclusividad y naturaleza jurídica. Los fondos de pensiones, los planes respectivos y los fondos de capitalización laboral, serán administrados exclusivamente por operadoras. Estas son personas jurídicas de Derecho Privado o capital público constituidas para el efecto como sociedades anónimas, que estarán sujetas a los requisitos, las normas y los controles previstos en la presente ley y sus reglamentos.[...]". El artículo transcrito permite la creación y funcionamiento de dos tipos de operadoras. Por una parte, las constituidas al amparo del derecho privado, con capital privado, lo que implica necesariamente que no existe participación estatal en cuanto al capital que las respalda o que constituye su patrimonio; OPERADORAS DE PENSIONES que se crean por parte de los Bancos privados o entidades financieras no estatales; y, por otra parte, aquellas de capital público constituidas al efecto como sociedades anónimas. En cuanto a éstas últimas nos encontramos, entonces, ante una Sociedad Anónima del Estado. Ahora bien, para entender los alcances de esta figura, debemos examinar su doble constitución; sociedades de este tipo tendrán carácter público, primero por el fin que eventualmente la Ley les encomiende y, segundo, por el capital que las compone. En el caso de OPERADORAS DE PENSIONES cuyo capital es público, aportado por el Estado como socio mayoritario y único, entonces serán sociedades anónimas públicas por el patrimonio que conforma su capital social. Por otra parte, la actividad que realice, la cual no siempre será pública, determinará el fin. En este caso, las OPERADORAS

DE PENSIONES constituidas como Sociedades Anónimas de capital público, realizan actividades comerciales tales como venta y colocación de planes de pensiones, actividad que le genera ingresos por comisiones por la administración de tales servicios, derivándose de ello un beneficio para la Operadora, beneficio que al fin y al cabo es igual al que obtendrán las Operadoras de derecho privado y capital privado, por lo que el giro o la actividad que desarrollan es meramente comercial y regido por el derecho privado (Sala Primera CSJ, resolución número 1274-C-S1-2013 de las 12:05 horas del 26 de septiembre de 2013).

Por razón de semejanza con los fondos de inversión y los fideicomisos, el patrimonio del fondo de pensiones tiene virtud activa para engrosar sus arcas, con ese aporte privado del ahorrante y también aptitud pasiva para ser blanco de obligaciones jurídicas. No obstante, quien lo gestiona en un pleito judicial será la operadora de pensiones, y eso debe ser tenido en cuenta para imputar el correcto carácter con el que actuará una sociedad de ese talante en un proceso.

No pueden reinar la confusión ni la identificación patrimonial entre el fondo y la compañía administradora. El fondo de pensiones carece de personalidad jurídica. Sin embargo, el ordenamiento reconoce su relevancia y el interés público que aparea la debida custodia y el manejo contable y financiero del metálico de los y las ahorrantes. Eso justifica que sea bien llevado por parte de una compañía profesionalizada en ese campo. El don de ser centro de imputación de intereses se acompañará de ese objeto social primordial. Por esa razón, en un juicio, la operadora de pensiones es quien debe comparecer con ese carácter de administradora, a nombre del fondo, pero a cuenta de este.

El fondo, entendido como captador de recursos privados aportados voluntariamente, podría

figurar en un proceso civil: en asuntos de cobro, por medio de la sociedad administradora, para recuperar adeudos convenidos; en litigios declarativos, para repetir pagos indebidos, para ejercer la prescripción como acción o bien, cuando se le reclame por nulidades cláusulas abusivas con condiciones generales, resoluciones contractuales por incumplimiento, excesiva onerosidad sobreviniente en escenarios inflacionarios y resarcimientos por daños y perjuicios.

Estas últimas hipótesis pueden repercutir en la solvencia del fondo y son pretensiones viables con la nueva legislación procesal civil, contra ese tipo de patrimonio autónomo. De hecho, salen de la órbita de la seguridad social y tienen relación con el ámbito privatístico.

La idea motriz respecto de la sociedad operadora y su comparecencia judicial, es clara. Consiste en deslindar lo que es propio de su fuero interno. A la vez, distinguir lo que haya hecho como gestora. Una decisión errada al cursar y valorar esas causas de litigio y su autoría puede acarrear vicios al debido proceso, atacables mediante casación, como ya se explicó.

Las responsabilidades o cuestiones crediticias que se originen por conductas o situaciones de incumplimiento que deriven del propio seno de la operadora de pensiones como sociedad son separables y no tienen por qué repercutir en el fondo de inversiones, que es un patrimonio ajeno y autónomo, respecto su administradora.

2.2. Fideicomisos

El fideicomiso se ha convertido en nuestros tribunales en un invitado altamente frecuente. En realidad, sus repetidas visitas a la casuística judicial generalmente se explican en su carácter posible, de operación bancaria. La redacción del artículo 648 del Código de Comercio vitalizó su utilización en fideicomisos de garantía, porque es más versátil que la tradicional hipoteca y se presta para agilizar la ejecución extrajudicial. Así las personas deudoras suelen atacar su

configuración y resultados, con la proposición de medidas cautelares para frenar la venta ante el incumplimiento y con juicios ordinarios tendientes a dejar sin efecto subastas ante notarios públicos.

La posibilidad de colocar los bienes que garantizan el cumplimiento del fin representa la génesis del patrimonio autónomo más conocido y prototípico en la nueva ley procedimental:

Sus orígenes se remontan al derecho romano, en la denominada -fiducia-, utilizada en materia sucesoria, pero, distinta y ajena al testamento. Así el propietario del bien o bienes, denominado -fideicomitente-, confiaba al administrador del patrimonio, -fiduciario- la transmisión del haber hereditario a una determinada persona. En la actualidad, mediante este contrato un sujeto transfiere ciertos bienes o derechos precepto 634 del (CCo) a otra persona, quien se obliga a utilizarlos con un fin determinado, a favor de aquél o de un tercero. Así, los haberes transmitidos se convierten en el patrimonio fideicometido. Quien transmite los bienes y/o derechos, es el fideicomitente (fiduciante o instituyente), quien los recibe en propiedad fiduciaria o fideicometida, es el fiduciario. Estas son las partes que se requieren para su constitución, aunque dependiendo del tipo de fideicomiso que se trate, pueden haber más. En dicho concepto, se habla de la existencia de un beneficiario, -que puede ser el propio constituyente-, o un (os) tercero (s), en cuya circunstancia se le denomina, fideicomisario (s) y puede no ser el destinatario (s) final de los bienes y/o derechos, sino solo de sus rentas. Este contrato es consensual, se origina en el deseo del fiduciante de someter su patrimonio (del que debe poder disponer) o parte de este, en fideicomiso, para cuyo fin lo transfiere, con un objeto particular. Encargo que deberá de cumplir el fiduciario. El beneficiario es a favor de quien se

constituye el contrato, puede ser una o varias personas físicas o jurídicas, sin que necesariamente lleguen a ser destinatarios finales de los bienes, según se indicó. La transmisión de bienes al fiduciario tiene como efecto jurídico originar un patrimonio autónomo, separado del de los sujetos del fideicomiso, que al decir del ordenamiento jurídico, lo es para los propósitos para los que se constituyó (canon 634 del CCo). Recuérdese, los bienes no ingresan al patrimonio personal del fiduciario, por ende, lo que tiene es una titularidad formal a lo interno del fideicomiso, ya que frente a terceros es el titular. Con una legitimación para que realice el fin propuesto, sin que posea el libre uso y disfrute de los bienes fideicometidos. (Sala Primera CSJ, resolución número 918-F-S1-2018 de las 9: 30 horas del 8 de septiembre de 2016).

Hay separación entre fiduciario como administrador y los bienes fideicometidos. En la mayoría de los conflictos declarativos por interpretación y nulidad de cláusulas y ejecuciones hipotecarias, el punto es pacífico.

No obstante, hay un supuesto poco explorado y diferente. Se trata del acto *intervivos* de constituir un fideicomiso testamentario.

Un fideicomiso testamentario presenta la posibilidad de designar por esa vía al fiduciario, para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de los bienes, con el objeto de destinarlos a cumplir finalidades culturales, espirituales o a favor de personas parientes y no parientes del fallecido (Rodríguez Azuero, 2002, p. 895).

Lo anterior, podría originar que algunos bienes residan en cabeza de la persona física y su posible sucesión intestada o testamentaria, o bien que pasen en propiedad limitada, al fiduciario instituido. Se analizó lo siguiente:

Contrario a la opinión del A-quo y del propio mandatario especial judicial de los

recurrentes, este Tribunal es del criterio que el contrato de fideicomiso suscrito por A.S, denominado "Contrato de Fideicomiso de planeación patrimonial A.S. Enero Dos mil catorce", no corresponde a un acto de última voluntad, sino a acto inter vivos, que tuvo efectos desde el momento que el señor A.S. lo suscribió en conjunto con el fiduciario, según el plazo fijado en la cláusula sexta -12 meses contados a partir de la fecha de la escritura, ver folio 16-. Por este motivo, la transmisión patrimonial de los bienes concretos indicados por el fideicomitente (señor A.S. a título personal y como representante de varias sociedades), a favor del fiduciario, operó desde las 11 horas del 2 de febrero de 2012, según lo indica la escritura pública donde fue asentado este acuerdo de voluntades. Por lo anterior, este contrato de fideicomiso no revoca las estipulaciones de última voluntad del causante, según el testamento tenido por válido por el A-quo -aspecto último que no fue objeto de recurso-. Ergo, tal y como lo dispuso el juzgador de primera instancia en la resolución de las 10 horas 30 minutos del 28 de febrero de 2013, los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio aparte de los que son objeto de la mortual, siendo que los primeros deben ser excluidos de esta universalidad. En este escenario, el albacea deberá realizar una labor de verificación de cuáles son los bienes que constituyen el haber hereditario, excluyendo aquellos objeto del fideicomiso de cita, esto al momento de formular el inventario definitivo. (Tribunal 1° Civil de San José, resolución #411-3 de las 14:25 horas del 26 de mayo de 2015).

En un escenario litigioso, donde una persona acreedora o interesada en la mortual pretenda atacar situaciones jurídicas o bienes, podrá acudir a las diligencias previas de declaración del fiduciario, el albacea o parientes del finado para poder tener claridad. Puede obtener información que le ayude a decidir el norte a seguir para la interpretación de la voluntad del causante, para

saber si acciona contra su sucesión, las sociedades en las que tiene participación, o bien, contra el fideicomiso que instituyó. Incluso, determinar hechos reveladores de móviles mal sanos en el ejercicio de la relativa libertad de testar. Los límites de la ganancialidad, la obligación alimentaria y la cuarta falcidia, no podrían ser eludidos. La actividad exploratoria regulada en el 21.2 del nuevo Código Procesal Civil puede coadyuvar en esos aspectos de legitimación y constitución subjetiva del pleito.

3. Conclusión

Los apartados cuarto y quinto del inciso primero del artículo 19 de la Ley 9342-2016 (el nuevo Código Procesal Civil) legitiman la intervención de sujetos procesales que litiguen como parte, desde la categorización que el órgano judicial pueda realizar. Quedan las opciones abiertas para que se encasille a una persona actora o demandada, como patrimonio autónomo, o bien, como entidad no personificada. Es todo un ejercicio valorativo y doctrinario.

Por lo pronto, la ley mantiene la idea amplia de legitimación, y la normativa apuntada hace un desarrollo más puntual que la anterior y puede ser interpretada similar. Los candidatos seleccionados como casos límites o frecuentes aspiran a recibir todo tipo de opiniones en los tribunales.

Por ahora, se opta por estimar al condominio como el perfecto prototipo de la entidad no personificada y no así, ni a la sociedad irregular ni al consorcio. Igualmente, el fideicomiso es el estándar del patrimonio autónomo por la claridad legal de la normativa de fondo y en ciertas condiciones específicas y en tanto involucren capital y rendimientos privados, los fondos de inversión y de pensiones por aporte voluntario podrían hacer su ingreso representados por sus gestores, en la vía patrimonial privada.

La realidad es rica y habrá otros ejemplos posibles, ya que la selección de estos, en alguna medida, fue arbitraria y nunca exhaustiva.

La herramienta legal de las averiguaciones previas, mediante declaraciones e informes, prácticamente es útil, compatible y valiosa en cualquier escenario, en aras de evitar la interposición de demandas improponibles, con los costos humanos, temporales y económicos consabidos. Paralelamente, el riesgo de un yerro en la legitimación puede dar al traste con todo y encuadrar en la terrible causal de violación al debido proceso en casación y ante tribunales de apelación, como ha ocurrido en el pasado.

La hora de la verdad no es otra que el caso concreto y la construcción jurisprudencial renovada que se levante en las próximas décadas.

4. Referencias Bibliográficas

- 1) Barrantes Gamboa J. (2006). *Ley 7933 Reguladora de la Propiedad en Condominio. Comentada, concordada y anotada con jurisprudencia*. San José: Biblioteca Jurídica Dike.
- 2) Bolaños Salas I. y Murillo Cruz G. (2003). *Los fondos de inversión inmobiliarios y los arrendamientos al Estado*. San José. Tesis para optar por la Maestría en Derecho Económico. UNED.
- 3) Campos Vargas H. (2006). *La estructura subjetiva de la propiedad en condominio. En Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio y la Propiedad Horizontal en Costa Rica. Experiencias y problemas concretos*. San José: Instituto Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- 4) Certad Maroto G. (2009). *El consorcio en Costa Rica como contrato de cooperación económica y como sujeto de derecho*. En Revista Judicial n.º 94, diciembre. San José: Corte Suprema de Justicia.
- 5) Gabas, A. A. (1992). *Derecho práctico de propiedad horizontal. Asamblea judicial. El administrador. Consejo de administración*.

Libros y cuentas. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL.

- 6) Hernández Aguilar A. (2002). *Derecho bursátil. Mercado de valores.* Tomo I. San José, IJSA.
- 7) Juan Juan R. *Legitimación procesal en la comunidad de bienes.* (2014). Concepto de comunidad. En *Comunidad de bienes.* Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 8) López-Colmenarejo F. (2002). *La comunidad de bienes. Tipos dudosos de comunidad. La propiedad horizontal. En instituciones de derecho privado.* Tomo II: Reales volumen I. Madrid: Civitas, Ediciones S. L.
- 9) López González J. A. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense.* Tomo I según el nuevo Código parte general. San José: Edinexo.
- 10) Ministerio de Economía y Finanzas Argentinas, CDI. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994. Extraído 14/08/2015 desde www.infolegal.gob.ar
- 11) Ortiz Ortiz E. (2002). *Tesis de derecho administrativo.* Tomo II. Santa Fe de Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- 12) Rivero Sánchez, J. M. (2000). *La apariencia de la situación jurídica. Curso de derecho privado.* Volumen II. San José: Ediciones Jurídicas Arete.

13) Rodríguez Azuero, S. (2002). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina.* Quinta edición. Bogotá.

14) Sáenz R. (2009). *Dos pensiones a partir de 2010.* En *Revista Pensiones & Seguros.* San José: Grupo Nación.

Resoluciones judiciales

- 1) Sala Primera CSJ, resolución n.º 918-F-S1-2018 de las 9: 30 horas del 8 de septiembre de 2016.
- 2) Sala Primera CSJ, resolución n.º 1274-C-S1-2013 de las 12:05 horas del 26 de septiembre de 2013.
- 3) Sala Primera CSJ, resolución n.º 886-F-02 de las 16: 30 horas del 13 de noviembre de 2002.
- 4) Sala Primera CSJ, resolución n.º 128-F-98 de las 14:40 horas de 16l de diciembre de 1998.
- 5) Tribunal 1º Civil de San José, resolución n.º 411-3 de las 14:25 horas del 26 de mayo de 2015.
- 6) Tribunal 2º Civil de San José, Sección Extraordinaria, resolución n.º 040 de las 9:45 horas del 9 de marzo de 2007.
- 7) Tribunal 2º Civil de San José, Sección I, resolución n.º 293 de las 10:30 horas del 9 de agosto de 2012.

CONSIDERACIONES GENERALES BÁSICAS, ASPECTOS NOVEDOSOS, CUESTIONAMIENTOS Y ALGUNAS PERSPECTIVAS DE INTERPRETACIÓN RESPECTO DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (Carácter práctico sustantivo)

MSc. Greivin Steven Mora Alvarado*
stevenmora@gmail.com

RESUMEN:

El presente artículo no pretende analizar los aspectos básicos, ni se especializa en el conocimiento dogmático-doctrinario en torno a las medidas cautelares reguladas en la Ley 9342 (Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica). La base utilizada en el presente análisis se enfoca sobre resultados obtenidos en reuniones con profesionales del derecho civil, capacitaciones y cursos recibidos de parte de redactores del código y profesionales del derecho procesal, capacitaciones dadas por mi persona a jueces y juezas con ocasión de la reforma -en la Escuela Judicial- así como charlas y cursos impartidos en el Colegio de Abogados y Abogadas como facilitador, todos ellos de cara a la implementación de la Reforma Procesal Civil. Lo que se busca es responder una serie de dudas concretas en torno al tipo y presupuestos necesarios, tanto a nivel del fondo de la medida como de su trámite concreto, sin enfocarse en el procedimiento general establecido para ello (artículos 93 al 97 NCPC), que será abordado por mi persona en otro ensayo enfocado en la aplicación del proceso.

Palabras clave: Medidas cautelares / cautela y garantía / presupuestos cautelares / interpretación cautelar / medidas típicas y atípicas / urgencia y necesidad cautelar /

Title: BASIC GENERAL CONSIDERATIONS, NOVEL ASPECTS, QUESTIONINGS AND SOME PERSPECTIVES OF INTERPRETATION WITH RESPECT TO PROTECTIVE GUARDIANSHIP IN THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE. (Practical noun)

ABSTRACT: *The present article does not intend to analyze the basic aspects, nor does it specialize in dogmatic-doctrinal knowledge about the precautionary measures regulated in Law 9342 (New Code of Civil Procedure of Costa Rica). The basis used in this analysis focuses on results obtained in meetings with civil law professionals, training and courses received from code writers and procedural law professionals, training given by me to judges on the occasion of the reform -in the Judicial School- as well as lectures and courses given by the Bar Association as a facilitator, all of them for the implementation of the Civil Procedure Reform. What is sought is to answer a series of specific doubts about the type and budgets needed, both at the level of the measure's fund and its specific procedure, without focusing on the general procedure established for it (Articles 93 to 97 NCPC), which will be addressed by me in another essay focused on the application of the process.*

Keywords: Precautionary measures / precautionary / precautionary budgeting / precautionary interpretation / typical and atypical measures / urgency and necessity precautionary /

* Licenciatura en derecho por la Universidad de Costa Rica, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Master en Administración de Justicia con enfoque Socio Jurídico especializado en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez de distintas materias, principalmente en contencioso administrativo y en los distintos juzgados civiles, por más de diez años. Actualmente, Juez Civil del Tribunal Colegiado de primera instancia de San José. Profesor universitario en varias universidades nacionales, capacitador de la Escuela Judicial y facilitador del Colegio de abogados y abogadas de Costa Rica. Publicaciones en revista de Derecho de Familia en temas de derecho sucesorio y familiar, así como en repositorios de la Universidad Estatal a Distancia en materia constitucional.

A. Aspectos introductorios

A partir de su artículo 77, el nuevo CPC regula el título III destinado a la tutela cautelar; a partir de ahí, el tema de medidas cautelares se desarrolla en tres capítulos específicos: el primero, relacionado a las generalidades, atiende aspectos de oportunidad, legitimación, responsabilidad y presupuestos para el otorgamiento de las medidas, luego aclara e incluye el tema relativo a la posibilidad de su modificación, sustitución y levantamiento. En el capítulo II, da la apertura de una variedad de medidas típicas, dejando claro la posibilidad del establecimiento de otras distintas, sin mezclar todas estas con otros tipos de procedimientos anticipados que no son parte formal de la tutela cautelar. Finalmente, a partir del numeral 93 y hasta el 97, se desarrolla el Tercer Capítulo que se enfoca en el procedimiento a seguir, seguridad jurídica y el debido proceso, principios fundamentales del presente Código.

El cambio en la perspectiva del presente modelo procesal plantea la instrumentalidad del proceso civil, como una de las grandes inferencias lógicas del articulado jurídico que representa esta ley. Estamos ante un sistema moderno que busca en el proceso, la existencia de un mecanismo que sirva de base para resolver el conflicto surgido entre las partes (actividad judicial contenciosa) o la solución judicial a situaciones no derivadas de un conflicto que la ley determina en competencia del juez o de la jueza su solución (actividad judicial no contenciosa).

Ante estas situaciones, se demanda una justicia pronta y cumplida, sobre la base de una tutela judicial efectiva, artículo 41 de la Constitución Política. Por tanto, la regulación cautelar es un instrumento de alta necesidad para poder asegurar el objeto del proceso y garantizar una sentencia efectiva.

B. Consideración dogmática normativa

A fin de concretar el sentido que este pequeño artículo toma, es importante señalar en primer lugar la influencia del dogmatismo en los

operadores jurídicos, así como la consideración normativa desde dogmas como el normativismo jurídico, frente a la aplicación práctica y sistemática de la interpretación en sus distintas formas.

El dogmatismo asume una opinión como fija, indiscutible, dogma. El dogmatismo es “la presunción de los que quieren que su doctrina o sus aseveraciones sean tenidas por verdades inconcusas [...]”¹; es decir, firmes y sin duda ni contradicción. Por ello dogmatizar es “Afirmar con presunción, como innegables, principios sujetos a examen y contradicción”¹.

Por otra parte, la dogmática es una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) Suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico².

En ese sentido, muchos consideran las normas como completas, únicas y directas que, bajo los supuestos teóricos derivados de una posición legislativa, encuentran respuesta en sí mismas, a través del poder validador de la representatividad parlamentaria.

Nada más alejado de la realidad, en tanto las normas en sí, constituyen un eje de interpretación, ninguna norma es válida y eficaz solo por estar incorporada en un documento, llámese en este caso ley procesal. Requiere ante todo ser interpretada para resultar aplicada, pero lo importante de este sistema no es solo la existencia del presupuesto, sino también la aplicación práctica, útil e instrumental de lo decidido. En fin, lo que planteo en este punto es el deber de considerar que la dogmática normativa no puede ser un obstáculo para la toma de decisiones concretas, en temas tan delicados como los relacionados a la tutela cautelar.

El operador jurídico debe estar atento y generar, según su rol, la información necesaria para

validar sus posiciones en este tema. Para mayor claridad, un ejemplo: el abogado de la parte gestionante de una medida cautelar *ante causam* típica, como lo sería una suspensión provisional de acuerdos sociales (art. 89), está en el deber de aportar la información fáctico- jurídica necesaria para la determinación de la medida, incluyendo una pretensión clara sobre el eje de lo requerido de una forma sustentada y con la mención de su fundamento de forma clara y detallada. La oposición de la persona afectada con la medida deberá ir en el mismo sentido, siendo en última instancia la persona juzgadora quien definirá por medio de una resolución debidamente fundamentada en los mismos supuestos dados, la procedencia o no de lo peticionado.

En el acto, a través del procedimiento concreto que también se plasma en normas, todos los operadores deberán interpretar de la manera más adecuada lo señalado en estas, dando como fin último una solución a la pretensión. El Código por sí mismo no indica nada, son las partes quienes de él disponen lo necesario. La parte promovente es quien gestiona la medida, así como el procedimiento, en este caso *ante causam*. La demandada será quien decide oponerse con la normativa concreta, siendo el juez o la jueza quien aplica el procedimiento prudente que podría ser con traslado de la gestión con señalamiento a una audiencia o sin él, verificando supuestos de legitimación procesal, en conjunto a la apariencia de buen derecho, la razonabilidad y los demás supuestos aplicables que permitan admitir o rechazar lo pretendido.

En ese sentido y bajo la sensibilidad que requiere el tema, se pretende liberar de preconcepciones, en busca de soluciones lógicas a los planteamientos que se derivan de la aplicación de las normas que regulan la tutela cautelar.

C. Disposiciones generales

La medida cautelar es señalada por (Brenes Arias) como una especie de tutela preventiva, la cual busca anticipar la actuación del derecho

o ciertos efectos de la sentencia definitiva de un ulterior proceso, con el fin de evitar los daños antes de resarcirlos, la función del Estado no puede ser únicamente represiva. Así surge la tutela cautelar, como instrumento procesal al servicio de quienes administran justicia y de las partes para garantizar la paz social.

De modo más específico, la función de la medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia, de un proceso presente o futuro, cuyo objeto se ve amenazado por una de las partes o bien por el transcurso del tiempo³.

C.1 Oportunidad, legitimación y responsabilidad (carácter dispositivo de la tutela cautelar)

Gutiérrez señala que la medida cautelar se incardina en el proceso entre las disposiciones que se adoptan a instancia de parte. Tienen pues, siguiendo la terminología clásica, el carácter de rogadas⁴.

Las medidas en tesis de principio, para efectos de legitimación, solo pueden ordenarse a instancia de parte del demandante, de ahí su responsabilidad. Si la persona juzgadora es quien toma dichas prerrogativas, en la mayoría de los casos en que se incurra en decisiones injustas o improcedentes, no habría seguridad jurídica eficiente para la reparación del daño provocado. Ese problema es solventado con el presupuesto de que será el actor quien tome la iniciativa para el establecimiento de la medida, siendo su responsabilidad la reparación del daño causado con su otorgamiento si resulta posteriormente injustificado.

En cuanto a la oportunidad, el numeral (77 NCPC) es la norma que regula el punto en cuestionamiento, señalando concretamente que podrán solicitarse las medidas que se planteen antes o durante el procedimiento y en cualquier tipo de proceso, sin hacer diferencia entre la sumariedad, la ordinariadad o la actividad judicial no contenciosa donde se presenta la

situación. Igualmente, esta norma verifica la importancia de la legitimación, siendo la parte quien debe gestionarla, y salvo disposición expresa en contrario, es responsabilidad de la parte.

Una de las preguntas, que normalmente surge de este numeral, se enfoca en qué tipo de responsabilidad se deriva de la medida y sus efectos. El artículo (85 NCPC) debe relacionarse con el citado numeral (77 NCPC), para dar respuesta a dichos presupuestos. En primer lugar ya el numeral mencionado nos señala que la responsabilidad por la aplicación de la medida le corresponde al solicitante, siendo uno de sus efectos como analizaremos posteriormente, la condena al pago de los daños y perjuicios causados, así como a las costas, esta condena resulta en carácter facultativo.

En tanto el 85 NCPC menciona que podrá, sin embargo, el mismo numeral en su párrafo final menciona que se hará efectiva la garantía por monto fijo que se rinda en una medida cautelar, como indemnización mínima, lo que implica según la redacción del apartado, que no requiere ni siquiera la determinación de la existencia ni la cuantía del daño para que la parte que sufre de aplicación de una medida pueda verse resarcida.

C.2 Aspectos de admisibilidad, presupuestos y finalidad de las medidas cautelares

El Código señala, artículo (78 NCPC):_

[...] las medidas serán admisibles cuando exista peligro de pérdida, alteración, daño actual o potencial del derecho o intereses jurídicamente relevantes, o cuando sea necesario asegurar resultados futuros o consolidar situaciones jurídicas ciertas o posibles [...].

En estas situaciones, se entrelaza una urgencia o necesidad de una medida, la urgencia no es tanto una característica separada de la tutela cautelar, sino la justificación misma de su adopción en

los términos de la eficacia especial de la medida cautelar. Las medidas cautelares se adoptan con urgencia por la necesidad apremiante de evitar graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación jurídica aducida.

Brenes Arias menciona, por ejemplo, en su investigación:

*[...] Para que la solicitud de una medida cautelar prospere, tiene que tratarse de una situación urgente, que por medio de las vías ordinarias no puede ser tutelada, pues de lo contrario, puede acudirse a los procesos por el ordenamiento. El inconveniente es que la saturación de los Tribunales de Justicia aumenta a diario, lo que provoca lentitud procesal y surgimiento de muchas situaciones que requieren tutela urgente [...]*⁵.

Ahora bien, en lo que respecta a la finalidad, la norma nos indica que el tribunal debe atender la probabilidad o verosimilitud de la pretensión. En cuanto a este tema en concreto Giannini indica la siguiente observación que me parece muy aplicable a nuestro sistema:

[...] Al examinar el primero de los requisitos exigidos en general para el dictado de una medida cautelar (esto es: la llamada “verosimilitud del derecho”), la doctrina y la jurisprudencia tienden en general a aproximar este concepto con la “apariencia” de que tanto la proposición fáctica como la tesis jurídica del peticionante, se aproximan respectivamente a la verdad de los hechos denunciados y a la interpretación correcta del marco normativo aplicable a dicho cuadro de situación. Para acudir a una formulación que refleje clara y concisamente esta línea de pensamiento, puede citarse el reiterado entendimiento jurisprudencial según el cual la existencia de verosimilitud del derecho “se verifica en el plano de la mera apariencia y no de la certeza”⁶.

En cuanto al tema de la verosimilitud y probabilidad, se han distinguido dos acepciones diversas para la voz “verosimilitud”, una referida a la apariencia de veracidad de un relato y otra asociada a la probabilidad de que este sea cierto. Se trata de dos categorías que no pertenecen al mismo eje temático, ni son reconducibles como distintos “grados” dentro de la escala de verificación de una hipótesis fáctica (es decir, como estándares de prueba más o menos próximos a la verdad “real” o “histórica”). En la primera acepción, el concepto de verosimilitud se relaciona con la apariencia de que un relato sobre la realidad sea verdadero, lo que nada indica acerca de si existen elementos de convicción que permitan justificar en concreto la existencia del hecho en cuestión. Basta con que la hipótesis explicitada (por ejemplo, en una novela, en una película o en una demanda) sea parecida a la realidad o compatible con ella de acuerdo con el “orden normal de las cosas”, para que la esta sea verosímil. Así, por ejemplo, una novela sobre intrigas en el núcleo de poder de un país poderoso o un film sobre una historia de amor pueden derivar en relatos verosímiles, sin que necesariamente tengan pretensión de ser verídicos (o aproximados a la verdad sobre la base de elementos probatorios que ratifiquen la existencia de las intrigas o pasiones descriptas en la obra)⁷.

Giannini recalca además el siguiente elemento que me parece de harta relevancia:

[...] Ahora bien, cuando los tribunales se pronuncian sobre la procedencia de las medidas cautelares, luego de apoyar su discurso sobre la premisa de que el juicio de verosimilitud demanda una valoración de “apariencia”, suelen incorporar otros patrones de valoración ajenos a esta última categoría, en los que se avizora la utilización de estándares probatorios propiamente dichos, es decir, de criterios de evaluación que desbordan el mero juicio de apariencia. Así, cuando se afirma que la verosimilitud de una afirmación sólo

*puede predicarse frente a la presencia de “sempierna prueba”; o cuando se exige un “mínimo de responsabilidad acreditada”; o la presencia de “elementos de convicción que permitan afirmar la probabilidad del hecho” o su “fuerte probabilidad” (especialmente frente a medidas cautelares innovativas o de tutela anticipada) etc. [...]*⁸.

Ahora bien, la admisibilidad implica el análisis de otros supuestos de suma importancia, además de los ya mencionados, referido a la instrumentalidad y apariencia de buen derecho, por ejemplo.

La instrumentalidad como se señala en la tesis de Brenes Arias, en las medidas cautelares, desde todo punto de vista es un instrumento en favor del proceso principal y debe garantizar la utilidad y efectividad de una sentencia definitiva. El sentido de la tutela cautelar es mediato, consiste en servir al proceso, el cual a su vez procura servir a la justicia. Lo anterior nos lleva a analizarlas como situaciones no autónomas⁹.

Por lo anterior, cuando se resuelve una medida, deben claramente existir la relación y el fin concreto que se pretende, y este no podrá ser ajeno al instrumento que se quiere crear con la medida, garantizando la efectividad de la sentencia.

Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto, es decir, es la adecuación medida de los medios al fin. Lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor justicia y a otros valores del plexo axiológico. Lo razonable puede ser, también, lo que tiene razón suficiente, lo que es lógicamente válido según las circunstancias del caso [...] El principio de razonabilidad viene a exigir a las leyes y [sic] contenido razonable. Lo razonable se opone a lo arbitrario, y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad –que es de forma– para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley razonable

no manda, ni privado de lo que la ley razonable manda. Pero este principio no se detiene en fijar un contenido en las leyes.

Es indudable que toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, debe ejercerse siempre con un contenido razonable. El control de razonabilidad es una forma de controlar la constitucionalidad, porque lo irrazonable es inconstitucional¹⁰. En cuanto a la razonabilidad en sentido estricto, la sala constitucional ha señalado que se divide en varios supuestos:

*[...] **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo [...]"¹¹.*

Lo anterior implica el deber de verificar dentro de lo razonable de una medida que sea legal, idónea y necesaria para el fin pretendido, determinando que la proporcionalidad implica que lo que se aplique no debe estar fuera de la proporción necesaria, no más allá de lo debidamente exigible al perjudicado con la medida.

Por último, se ha establecido doctrinariamente que el principio de proporcionalidad es derivado de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, concretamente se deduce como aspecto paralelo a la igualdad. Dentro del sistema constitucional, tiene la obligación de garantizar derechos fundamentales y humanos relacionados

que se imponen a las actuaciones de los órganos estatales que ostentan legitimación para la restricción de esos derechos, propugnando que sus actuaciones no traspasen el límite establecido en su contenido esencial.

Esta labor se realiza a través de la puesta en relación de los valores que atienden las normas para la resolución de los conflictos, mediante el justo equilibrio de los intereses enfrentados, en aras de lo mismo se exige: 1) Que las restricciones de los derechos fundamentales estén establecidas por ley. 2) Que sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan. 3) Que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlas¹². Encontramos todos estos aspectos contenidos en los numerales (78 y 79 NCPC), disposición que regula los presupuestos de admisibilidad en tanto evoca la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida que insiste en la necesidad de relacionarlo con la pretensión, considerando la afectación a los intereses públicos y estableciendo límites.

Ahora bien, uno de los presupuestos que deben aclararse se relaciona con lo establecido en el artículo (79 NCPC), en tanto regula la posibilidad de disponer de una medida cautelar distinta a la solicitada si se considera adecuada y suficiente. En este aspecto, la mayoría de los operadores jurídicos, con los cuales se compartieron las actividades para la implementación de la reforma procesal, están de acuerdo en que esta posibilidad esté restringida a la misma situación, sobre la base de la petitoria que la parte gestionante realice.

Para explicarlo mejor, es necesario ejemplificarlo. En un supuesto como el señalado, lo primero que se debe revisar es el fin buscado con la medida. En un determinado caso, podría suceder que la actora o gestionante considere que la parte demandada está erróneamente invadiendo una propiedad que considera que le pertenece, y resulta que además la parte accionada está construyendo en dicho terreno. La parte actora solicita la anotación de la demanda y la posibilidad de que se le otorgue la custodia del bien.

El juez al analizar la medida observa que la anotación – medida típica– podría resultar procedente, en tanto pretende que se le entregue la propiedad definitiva, pero considera que no podría otorgarle en posesión el bien, ya que se realizan actividades en la propiedad.

La parte actora no solicitó la suspensión de la obra, siendo desproporcionado e irracional otorgarle la posesión de una construcción que no le corresponde edificar, analizando que lo procedente pudo haber sido solicitar la suspensión de la obras. En este caso, aunque parezca más adecuada la medida de suspensión, el juez encuentra un límite dado por las propias pretensiones del accionante.

Distinto sería el caso en que se solicite como pretensión solo una parte del terreno, la cual no está en construcción por el momento. La actora solicita que se suspenda la obra que se realiza en el terreno, pero el juez decide sobre la base del numeral señalado adecuar la medida solo a la parte que pretende el actor, permitiendo que la obra continúe en el resto, en tanto lo que se pide no afecta en esencia el proyecto.

En conclusión, el juzgador o la juzgadora podrá adecuar la medida de forma distinta y suficiente, sin plantear, ni otorgar medidas diferentes a la petición por el actor. Esto implica medida y estudio por parte del juez o de la jueza a cargo, con el fin de evitar violentar la proporcionalidad y la razonabilidad de lo peticionado, sin dejar de lado que sobre una interpretación sistemática, el decisor o la decisoría tiene la obligación de considerar la legitimación y el dispositivo de la medida, implicando como conclusivo el supuesto que establece que la responsabilidad de la gestión se mantiene en cabeza del proponente, y está vedada la posibilidad de que una forma oficiosa sustituya su voluntad.

D. Garantía, modificación, sustitución y algunos efectos regulados en la gestión de medidas cautelares

D.1 Garantía

Luego de analizar los presupuestos esenciales de las medidas cautelares, es importante continuar con el siguiente aspecto de alta consideración. ¿Son las medidas cautelares, gestiones sin sujeción a elemento alguno que permita compensar efectos negativos de su otorgamiento? El legislador considera la respuesta a ese cuestionamiento expresamente en el numeral (80) del citado Código. La normativa de forma expresa señala la necesidad de rendir una garantía, haciendo la salvedad de que solo la propia ley podrá eximir de esa carga al gestionante.

Por la forma en que el artículo está redactado, parece imperativo que, en su propia gestión, el o la solicitante debe indicar el monto de la caución que quiere ofrecer, no requiriendo que lo aporte en dicho momento, en tanto no es sino hasta que se dicte la resolución que concede la medida cuando se fijará el importe respectivo. Sin embargo, si bien se deduce de lo anterior, que no es obligatorio haber aportado el monto que se ofrece, sí es condición para la adopción de la medida, si no se ejecuta hasta que se rinda el monto fijado como garantía.

En cuanto al monto concreto que debe fijarse, tampoco es antojadizo, ya que la normativa igualmente dispone la necesidad de que sea determinado conforme a los parámetros que el Código señala. Para ello, nos debemos remitir al numeral (75 NCPC), aquí se mencionan las bases prudenciales para la concretización de los montos que por garantía deben ser fijados en un determinado asunto, atendiendo a la naturaleza y la propia identidad de lo que se pretende asegurar.

Ahora bien, en cuanto al plazo para rendir la garantía, este no está fijado expresamente. Una posibilidad para definir un plazo concreto que evite la incertidumbre en este tema, es planteado por el numeral (83 NCPC). Aquí se establece un tiempo límite, la caducidad es el instituto regulado, es decir, un plazo general que debe ser respetado, estableciendo varios supuestos, entre ellos la no ejecución de la medida decretada por culpa del solicitante, aspecto que para los efectos nos interesa rescatar como solución efectiva al cuestionamiento de la indeterminación de tiempo específico para el cumplimiento de la garantía.

Algunos operadores jurídicos no están de acuerdo con este presupuesto y señalan que la aplicación de un plazo judicial para la rendición de la garantía es necesaria. Aducen que no es justa la indeterminación que pueda resultar de un plazo sujeto a la caducidad y plantean como deber intrínseco del juzgador determinar un tiempo límite para su cumplimiento.

En este ámbito, el redactor de este artículo no comparte las apreciaciones antes manifestadas, en tanto que si bien podría resultar un plazo que se podría extender hasta un mes posterior a la determinación de los montos y el requerimiento respectivo, ese plazo solo perjudicaría a la persona interesada, en tanto lo que tarde en depositarse o rendirse el monto de la garantía es un plazo que afecta la urgencia o necesidad del objeto que el solicitante pretendía tutelar, siendo bajo este criterio, una sanción muy gravosa la que otorgue un plazo judicial con una consecuencia como la que desecha una medida cautelar por ejemplo. Al no existir un procedimiento en el Código para estos supuestos, lo correcto es interpretar conforme el numeral (3.4) NCPC lo dispone, sentando un precedente de integración, donde no se permitan establecer por analogía normas de carácter sancionatorio.

En cuanto a la fijación del monto, dentro de las posibles reacciones, podrían considerarse que tanto la parte gestionante como quien se opone, estén de acuerdo o no con el monto de la medida,

si alguna de ellas se muestra inconforme, en sus posibilidades está el recurrir la resolución que no resulta favorable a sus intereses, tal y como lo disponen los numerales (66.1), (66.2) y (67.3.7) todos del NCPC.

Por ello, tanto el recurso de revocatoria como el de apelación podrían ser utilizados con el fin de atacar lo ahí dispuesto. Sin embargo los efectos de la interposición del recurso de apelación serán diferentes, dependiendo de quién recurre y su fundamentación.

Para lo anterior, procedo a explicarme, si la parte que se opone a la medida recurre por que la medida resulta contraria a sus intereses, el efecto que por norma se le da a su impugnación no permite suspender su ejecución con la simple interposición del recurso. Expresamente el numeral (97 NCPC) regula este supuesto, siendo la regla la ejecución inmediata. Sin embargo, existe una posibilidad de que se dé la suspensión lógica de su ejecución, en tanto esté sujeta a una rendición de garantía. En este caso, si el o la solicitante impugna el monto fijado, por considerar que es mayor a lo posible de su parte o que inclusive debía ser exonerado, se mantendrá suspendida la ejecución hasta que se resuelva el recurso por parte del superior.

Si mantenemos el criterio de que el plazo para rendir la garantía no es perentorio, sería incongruente considerar el recurso, sino sobre la base de la suspensión. En este caso, no se debe estar enfocado desde la perspectiva de la rendición de la garantía, sino sobre la posible aplicación de la caducidad (art. 83 NCPC), ya que es incongruente querer aplicar esa norma, si se está impugnando el monto fijado y a la espera de un pronunciamiento del cual pende la ejecución.

Para este supuesto, es necesario que el tribunal resuelva si ese monto resulta desproporcionado, lo cual le permitiría al gestionante poder rendirlo bajo sus posibilidades y con los efectos respectivos. En derecho se señala que nadie está obligado a lo imposible, pero en un caso

de impugnación, esa posibilidad depende del criterio del *ad quem*.

En lo que respecta a la posible forma de eximir la rendición de una garantía, se pueden deducir de la normativa (art. 80 NCPC) dos o tres supuestos un poco confusos, se requiere un cuidado especial en su interpretación. En el primero de ellos, se cuestiona si este abarca un supuesto o si más bien podría deducir dos, según lo analizaremos.

El numeral que estamos comentando, en su párrafo final, señala en primera instancia: [...] cuando existan motivos fundados o prueba fehaciente de la pretensión se puede eximir de la garantía. Esta frase a simple vista presentaría dos supuestos, el primero la existencia de motivos fundados y el segundo la prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión; sin embargo, parece que no podrían ser disgregados unos de otros, el motivo debe estar aparejado a que lo pretendido sea serio, siendo requerido entonces el ser comprobado.

Por ello es necesaria una prueba fehaciente de la situación, lo que hace presumir que la afirmación sobre la existencia de solamente un motivo fundado, no podría aplicarse como único criterio para exonerar la gestión, en tanto requiere la prueba necesaria y determinante de la pretensión a tutelar para que el motivo sea válido.

En consecuencia, la interpretación de la norma sería, en un primer sentido, considerar simplemente la determinación de un motivo fundado como hecho relevante para aplicarse, siendo posible luego, que, en otros casos, la simple existencia de una verificación mediante prueba fehaciente de que la pretensión es seria, eso haría la petitoria cautelar válida sin necesidad de rendir monto alguno por caución, aunque no nos remite a la existencia de un motivo fundado.

En el segundo supuesto de interpretación, se plantea necesaria la existencia de ambos aspectos, siendo imprescindible la existencia de un motivo fundado con prueba fehaciente de una pretensión

seria. Por ello la interpretación conjunta resulta relevante.

Otro aspecto que genera controversia es la interpretación del segundo supuesto de la norma. Me refiero expresamente al enunciado que indica: [...] o se trate de procesos de interés social. En esta otra situación, el conflicto radica en poder dar contenido a la citada frase “interés social”. La norma no es clara en ello, en algunos cursos donde participé, escuchando a los redactores en estos y, posteriormente, en ciertas conferencias, se mencionó que la norma estaba muy ligada a los procesos de interés social, los denominados procesos supraindividuales y colectivos, capítulo eliminado en el plenario legislativo de la propuesta de redacción del NCPC que finalmente se aprobó, aspecto que fue objeto de veto presidencial.

Para la posterior aprobación que atendió a los cambios solicitados por el ejecutivo, han quedado vigentes algunos rasgos. Entre ellos intereses derivados de acciones grupales, reguladas en artículos como (art. 19.1.6 y punto 7, 107.1, o 108.1 entre otros, todos del NCPC).

Otros exponentes que pude escuchar, como asesores legislativos, por el contrario, señalaron que la interpretación llevaba aparejado un contexto socioeconómico; es decir, la norma refería a una condición o necesidad económica del solicitante, algo muy relevante, en tanto enfocaba la consideración social o económica como espectro muy abierto que requerirá de medida y análisis detallado de parte del operador jurídico, a fin de no causar indefensión o daños irreversibles.

Estos daños podrían afectar en el futuro tanto al gestionante que, por su condición económica no pueda tener acceso a una tutela judicial efectiva sobre el objeto del proceso, como eventualmente a la parte perjudicada con la adopción de la medida, quien tendría que cargar con los perjuicios de esta, sin una justificada garantía para atender los efectos de una desestimación de

las pretensiones invocadas en la demanda, por ejemplo.

Si este segundo supuesto de interpretación fuera el atendible, requeriría igualmente de un elemento probatorio contundente de la necesidad alegada. No bastaría el dicho del solicitante, sino que sería requerido además algún aporte probatorio que permita considerar su situación económico social como vulnerable, lo cual podría hacer ilusorio su derecho, aspecto evidentemente sujeto al contradictorio.

En lo que sí coincido plenamente con los rangos de interpretación surgidos en los conversatorios con abogados y jueces, es en la necesidad de aplicar en los criterios señalados, todos los supuestos conjuntos enfocados desde la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se adopten. Es decir, las medidas que se enfoquen en la aplicación del criterio de interés social, sea por la consideración de la pluri representación de intereses, sea por la consideración socioeconómica, deben respetar todos los aspectos del derecho alegado, es decir, el motivo fundado por ejemplo y la prueba fehaciente de la seriedad de la pretensión, los cuales como aspectos fácticos y jurídicos, son requeridos dentro del análisis de una admisibilidad de una medida cautelar.

D.2 Modificación, sustitución y levantamiento de las medidas cautelares

El artículo (81 NCPC) incorpora el tema de la modificación de las medidas cautelares. En tesis de principio, la norma regula el dispositivo como regla general, no obstante, también dispone que si existe regulación expresa en contrario, resultará admisible que sea de oficio.

Además, la estructura es clara, en otorgar al juez o a la jueza discrecionalidad en la adopción de la medida, en tanto deja a su criterio dicha modificación, estableciendo como parámetro que las circunstancias lo justifiquen.

Ahora bien, existen dos momentos regulados expresamente por el legislador para que se analice el tema de la modificación y está regulado en el acápite de la audiencia preliminar artículo (102.3.10 NCPC), así como en la audiencia única del proceso sumario, artículo (103.3.10 NCPC).

Sin embargo, la redacción de la norma parece sugerir que la gestión deberá ser considerada cuando las circunstancias lo ameriten, no existiendo un momento, término o plazo fijado, por lo que para algunos el tipo de proceso al que se podría acudir estaría basado en la aplicación del numeral (94 NCPC), por interpretación analógica, siendo esta la norma que convoca a audiencia en caso de presentarse una medida. Pero también sería posible aplicar el numeral (114 incisos 1 y 2 NCPC), relativo al incidente fuera de la audiencia oral o dentro de ella. Aquí la importancia radica en conceder el contradictorio correspondiente, garantizando el recurso que pueda derivarse de lo resuelto.

Continuando con el desarrollo del tema, es importante clarificar los supuestos correspondientes a la sustitución y levantamiento de las medidas cautelares (art. 82 NCPC). Lo primero que se debe rescatar es lo siguiente: el legislador de forma expresa admite esa posibilidad, haciendo la salvedad de que la naturaleza de la medida lo puede impedir, cuando se haga nugatorio el derecho del solicitante. En ese tanto, para efectos de evitar los daños derivados del cambio o levantamiento, se exige al interesado rendir garantía suficiente para tutelar los intereses de quien gestionó la medida.

El artículo remite a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de que el juez decida si admite esa petición, en ese caso, igualmente es necesario que se analice supletoriamente, lo que indica el numeral (75 NCPC). Este artículo se debe relacionar con el numeral (154.6 NCPC) en cuanto, como medida, el embargo puede ser modificado, sustituido o levantado. Si bien la norma se encuentra regulada en el apartado del proceso de ejecución, para

los efectos del embargo preventivo, igualmente dicho instituto podría ser aplicable.

D.3 Caducidad, no reiteración y condenatorias como efectos reglados a la interposición de alguna medida cautelar

En el caso de las gestiones cautelares, al igual que todos los temas que, dentro de la materia del derecho procesal, regulan la concesión de vías privilegiadas, se fijan límites a la inacción, la indeterminación o la desidia de los sujetos interesados, siendo algunas situaciones relacionadas a la finalización del plazo otorgado, la preclusión de la gestiones o inclusive la condena dirigida a compensar los efectos deducidos de la inacción, la improcedencia, el abuso, la inadmisibilidad o, inclusive, el propio desistimiento voluntario y unilateral.

El numeral (83 NCPC) regula uno de los primeros efectos ya mencionados. Este aplica a la desidia, la inacción o la propia indeterminación del sujeto solicitante de la medida, para efectos de ejecutarla. Sin embargo, nuestra legislación es clara, se otorga un plazo perentorio, pero las circunstancias de esa inactividad deben ser imputables a la culpa del solicitante; es decir, si la ejecución de la medida no se da por su entera responsabilidad, no se podría considerar como caduca. Este aspecto fue tocado en el tema de las garantías y los recursos derivados de estas, por lo que se remite al lector a dicho apartado para clarificar cuando consideramos que podría ser responsabilidad del gestionante y, en qué situaciones por lo casuístico del tema, requeriría de alguna otra valoración. Esta caducidad, igualmente fue fijada para la interposición de la demanda.

El plazo sufre una variable, enfocada en aquellos supuestos, donde la demanda está en curso y la medida fue adoptada. En este caso, se señala que las medidas caducan en el plazo de tres meses, si la inactividad del proceso es imputable al solicitante, siempre que no proceda la caducidad del proceso.

Aquí se mantiene la idea de que el punto de inactividad debe ser por culpa del gestionante, algo que parece que debe ser evidente o que debe demostrarse. El plazo se amplía de uno a tres meses, parece que se mantiene la idea de un efecto tipo deserción.

No obstante, la pregunta en este apartado está enfocada en lo siguiente: ¿qué implica considerar esta caducidad de la medida, siempre que no proceda la caducidad del proceso? Luego de una lectura detallada de las normas correspondientes a la caducidad del proceso artículo (57.1 NCPC y sus incisos 1 al 4), se puede considerar que la caducidad del proceso procede principalmente en procesos ordinarios con demanda o contrademanda, ya que no procede según la norma lo detalla de forma expresa, en las formas establecidas en los incisos 1 al 4. Estos regulan la necesidad de que la actividad requerida debe ser imputable al sujeto solicitante y no al tribunal.

Tampoco procede esa sanción, si el proceso es impulsado antes de la declaratoria de oficio o de la solicitud de la contraparte. Estos aspectos no inciden directamente en la norma que advierte la caducidad de la medida, ya que esta tiene regulación directa. No obstante, sí aclara como aspecto relevante que previo a la declaratoria de oficio o impulsada, cualquier gestión del interesado podría interrumpir la caducidad a decretarse. Si bien no se detalla este aspecto expresamente en el texto de la normativa, se extrae de la interpretación que se realiza a los artículos (3.3 y 3.4 NCPC).

Aclaro que se enfoca la referencia sobre un proceso cuya medida fue decretada y ejecutada que no sea un ordinario, siendo conforme los incisos 3 y 4 del artículo (57.1 NCPC) lo indican, procesos universales y no contenciosos, así como procesos monitorios y de ejecución, cuando no haya embargo efectivo. En estos asuntos, se aplicaría la caducidad de cualquier medida decretada no relacionada con el embargo, en tanto si existe embargo para estos últimos, la caducidad sería de seis meses.

Otra de las consecuencias que podemos deducir de la inactividad, la falta de interés, la desidia, la falta de fundamentación, la improcedencia o la falta de determinación del solicitante, entre otros supuestos, es la que el acápite (84 NCPC) menciona en forma expresa: con el rechazo, el levantamiento o declarada una caducidad, será prohibido decretar las mismas medidas cautelares, haciendo la salvedad cuando se aleguen motivos diferentes sustentados en hechos nuevos o distintos.

El texto es claro, una especie de preclusión aplicará a estos casos, lo que afectará efectivamente las gestiones posteriores tendientes a decretar medidas cautelares, en tanto, deberán demostrarse motivos diferentes, con hechos que no podrán ser los mismos, o aunque podrían ser los mismos, se dan por situaciones distintas, sería la forma de entender por qué se regulan los hechos nuevos o distintos por separado.

De las consecuencias derivadas de la interposición de la medida, se detallará quizá, una de las más gravosas, por los efectos que produce, me refiero a los daños y perjuicios, así como a las costas, artículo (85 NCPC).

Comencemos con la condenatoria en costas, en el numeral, no señala a qué tipo de costas se hace referencia, según la regulación que el nuevo Código trae para el tema, de conformidad con el artículo (73 NCPC), este concepto resulta muy amplio, pues incluye los honorarios del abogado, la indemnización del tiempo invertido por la asistencia de los actos del procedimiento en que sea necesaria su presencia y demás gastos indispensables. Estos supuestos deberán ser debidamente demostrados y aclarados al momento de que se pretenda su cuantificación.

Los daños y perjuicios igualmente son considerados, al igual que las costas podrán ser condenados (ese “podrán” hace la referencia de que no es un imperativo, sino que solo en aquellos casos que resulte pertinente, se condenará a dichos rubros), en los siguientes supuestos: caducidad

de la medida, la cancelación por improcedencia, solicitud y ejecución de manera abusiva, este punto requiere no solo la solicitud, sino también la ejecución, necesita de la existencia de ambas condiciones.

Por último, se recogen varios supuestos dependientes de la inactividad o el desinterés del solicitante, siendo la renuncia, el desistimiento o la caducidad del proceso principal, supuestos que admitirían tal condena.

El artículo menciona que deberá otorgarse la condena en la resolución que ordene el levantamiento de la medida, sin distinción del motivo que llevó a levantarse. Eso debe relacionarse con los efectos anteriormente citados, para los asuntos tipificados expresamente. En cuanto a su cuantificación, esta se establecerá mediante un proceso de ejecución, suponemos que dentro del mismo asunto que dio pie a la gestión, por el contrario, cuando forme parte de un proceso principal, dicha medida será resuelta en sentencia.

En aquellos casos donde exista una garantía rendida, el legislador optó para que aquella se haga efectiva a favor del afectado como indemnización mínima, sin perjuicio de que reclame una suma mayor, tal y como está redactado este acápite, parece considerar dicha indemnización como una compensación fija, no dejando espacio para pensar que esta deba darse sobre la liquidación de montos concretos, ni tampoco se solicita que estos estén sujetos a la comprobación cuando se trate de resarcimientos mínimos; en caso distinto, cuando el asunto trate de indemnizaciones superiores a ese monto que se fijó, sí parece deducirse la necesidad de aplicar el artículo (62.3 NCPC).

E. Medidas cautelares concretas típicas y atípicas

En el presente apartado, pretendo mencionar ciertos criterios que han sido analizados en conversatorios, cursos y capacitaciones sobre la aplicación de

medidas concretas; algunos muestran aspectos claros que incluso reiteran medidas del Código Procesal de 1989; otros, sin embargo, requieren ser analizados con mucho detalle, siendo consideradas por los operadores jurídicos como aspectos más que novedosos, complejos.

Opiniones divididas surgen de su escarnio. El momento resulta muy fresco para establecer un criterio interpretativo; no obstante, es posible señalar algunos elementos que podrían llegar a valorarse. Luego será posible compararlo con la jurisprudencia que empiece a emanar de los distintos tribunales superiores.

E.1 Embargo y anotación de demanda

En cuanto al embargo preventivo y la anotación de la demanda, medidas típicas del Código Procesal Civil de 1989, los aspectos regulados no muestran mayores diferencias, salvo algunos puntos concretos, como del tipo de garantía que debe rendirse en los embargos, así como la relación que debe tener con los procesos monitorios y la modificación, sustitución y levantamiento de embargo que el numeral plantea (154.6 NCPC).

La anotación se mantiene sin necesidad de rendir garantía, siendo bien clara en la necesidad de que lo pretendido sea la constitución, la modificación o la extinción de un derecho real, o que, si bien este derecho puede ser personal, este debe producir efectos reales, lo que implica que los aspectos derivados de la sentencia afecten derechos reales conexos o consecuentes.

E.2 Administración e intervención de bienes productivos

Para Lino Palacio, desde un punto de vista general, se denomina intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de este, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes¹³.

El requisito básico de la pretensión, para los efectos de poder solicitar una medida de esta naturaleza en el nuevo Código, es gestionar la entrega de dichos bienes a título de dueño o usufructuario, algo que se ve muy lógico, sobre todo en las tendencias modernas que protegen la idea de empresa, patrimonio social o, inclusive, en corrientes que consideran al empresario como base activa del sistema socioeconómico, lo anterior como perspectiva base de una economía sana.

Pero también el derecho de propiedad consagrado a nivel constitucional, artículo 45 de nuestra constitución, salvaguarda esta idea intervencionista que pretende evitar la mala administración y las consecuentes crisis económico-financieras que podrían ser derivadas de la mala gestión o el dolo del administrador que distrae bienes o los utiliza de mala manera, afectando los derechos o intereses de terceros.

Esta disposición igualmente abarca otras pretensiones, entre ellas concibe un interés legítimo en mantener o mejorar la productividad, o cuando la garantía de esta, sea de primordial interés para la efectividad de la condena que podría recaer.

Ahora bien, en cuanto a la regulación concreta del código que regirá a partir de octubre, el primero de los intereses parece estar relacionado con una vocación societaria, de inversionistas o, inclusive, asociados con intereses comuneros que, sobre la idea de un ligamen expreso, a través de una prueba efectiva, podrían demostrar que los efectos perturbarían aspectos generales o privados que les atañen.

La norma parece resultar muy amplia, no obstante, la persona juzgadora deberá ser prudente a la hora de estudiar el interés de quien acude a solicitar la tutela. Los argumentos planteados por los promoventes deberán sustentar su legitimación, tal y como lo concibe el artículo (77 del NCPC).

El plazo -que podría ser prorrogado- debe ser determinado por el juez o la jueza al momento de admitir la medida. Ese tiempo debe resultar acorde con las necesidades de los promoventes, con el tipo de proceso, así como las pretensiones derivadas de la demanda en complemento de las actividades que desarrollará el interventor, limitándose a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho invocado, garantizándose la continuación de la explotación, la prórroga se entiende sujeta al dispositivo, y su solicitud es potestad exclusiva de la persona interesada.

No se visualiza una gestión oficiosa de la persona juzgadora, queda la incógnita relativa a las gestiones del interventor -función de administración- señalando expresamente las petitorias o acciones de corto o mediano plazo, donde destaca la posible acción o ejecución de proyectos que requieren acciones previas a finalizar su nombramiento.

No se establece la posibilidad de que esta gestione prórrogas. Sin embargo, algunos valoran poner en conocimiento de las personas interesadas, la posible recomendación de ampliar el plazo para finalizar o adecuar un proyecto, esto en caso de que suceda. Pero la decisión de solicitarlo está en manos del gestionante de la medida.

La norma, además, establece claramente los aspectos que se deberán tomar en cuenta para el pago de los emolumentos del interventor, siendo el tribunal el llamado a fijarlos. En primera instancia la norma (artículo 88 NCPC) señala que serán a cargo del solicitante, no obstante, la misma regla informa que cuando las circunstancias lo determinen, será el patrimonio del intervenido el que figure como obligado. Estos supuestos necesitan un desarrollo claro, requiriendo de forma expresa que el juez o la jueza lo determine, para ello, la persona juzgadora requerirá de elementos aportados por los interesados que le permitan decidir esa circunstancia.

A criterio del suscrito, sería mucho más claro cuando el interventor figure como

administrador sustituto, en tanto continuará con la administración del bien intervenido y, si resulta ser un conjunto de ellos o una empresa concreta, es claro que su función está relacionada directamente con la actividad, por lo que el pago por sus actividades compensará una labor que ya no se realizará por parte de otra persona, en los supuestos de coadministración e intervención paralela, los aspectos deberán ser valorados de una forma especial, siendo solo requerido cuando se justifique debidamente.

Los parámetros que la norma indica para el pago establecen entre otros, la complejidad de la administración y las atribuciones del interventor o administrador. En cuanto a este aspecto, es bueno resaltar lo siguiente, las obligaciones del interventor son recogidas en el artículo (88.2 NCPC), sin embargo, parece que este tema toma un giro cuando se trata de una administración de bienes y no la simple intervención.

Lo anterior se deduce de las citadas normas que abarcan tres posibles actividades del interventor; la primera, ya mencionada de intervención, con obligaciones predeterminadas, luego, está la coadministración que solamente se otorgará como atribución, cuando se considere que es necesario que participe en conjunto con el titular de la administración.

La norma no señala casos concretos, pero serán las circunstancias de cada situación las que determinen esa necesidad, lo que implicará que el gestionante de la medida deberá justificar plenamente por qué resulta necesario aplicar una coadministración de bienes. En el tercer supuesto, se encamina la administración por sustitución, aquella posibilidad mediante la cual solamente en casos muy calificados, previamente determinada su urgencia y necesidad, el sujeto que resulte nombrado como interventor podrá asumir como administrador de los bienes intervenidos.

Sobre las facultades, obligaciones o actividades de la persona nombrada como administradora sustituta, el Código establece en cabeza del

juez o de la jueza, el señalamiento de las facultades que corresponden, las cuales deberán atender a la naturaleza de los bienes objeto de administración, el tipo de actividad que se realiza con dichos bienes, así como las circunstancias que podrían derivarse del proceso judicial que se ha establecido con ocasión de la medida.

Ahora bien, el tribunal o juzgado competente nombrará al interventor. La misma norma señalará los criterios que el tribunal deberá utilizar para el nombramiento. De acuerdo con lo determinado por el legislador, los aspectos que aplican son los mismos que se utilizan para el nombramiento de peritos, incluyendo incompatibilidades, aceptaciones, honorarios y remociones, todos ellos, le podrán resultar aplicados al interventor, sin dejar de lado la naturaleza de lo administrado.

En los citados casos, también se puede remitir al lector al análisis de situaciones que podrían variar el monto de los honorarios y sus actividades, incluyendo asuntos donde no solo intervenga, sino que deba administrar. En algunas situaciones, dichos expertos podrían tener que administrar relaciones complejas, por ejemplo, la administración de grandes cantidades de bienes productivos, empresas enteras o, incluso, conglomerados de activos, situaciones que deberán valorarse en su momento, con la prudencia que se requiere, a fin de determinar cuál es la compensación justa que debe recibir por su actividad.

En lo que respecta a la cesación de la administración o intervención, el Código en su acápite (88.3 NCPC) identifica las siguientes causales para hacer cesar la intervención: “a) cumplimiento del fin perseguido. b) Se constate la falta de justificación de la medida, c) Que el intervenido depositara en el proceso las sumas reclamadas (cuando el objeto sea algún tipo de compensación pecuniaria), d) Garantía suficiente de las obligaciones legales o contractuales, los anteriores supuestos no presentan a la fecha mayor problema en la interpretación”.

E.3 Suspensión provisional de acuerdos sociales, condominales y similares

En cuanto a esta medida, resulta novedosa, no solo normativamente al resultar tipificada una situación de esta naturaleza en una regla en concreto, sino también por derivar una necesidad colectiva derivada de la convivencia y gestión de grupos sociales. El fin de la medida se relaciona con la suspensión provisional de los efectos del acuerdo que se impugne.

El artículo (89 NCPC) requiere como base para la solicitud, la idea de que exista o se impute la infracción de derechos legales o convencionales, derivados de acuerdos sociales, condominales o de otras agrupaciones legalmente constituidas. Aquí yace gran parte de la legitimación necesaria para la gestión de la medida, en tanto deja la facultad de gestionar en los socios, condóminos o miembros de las citadas agrupaciones.

En la redacción del Código, se consideró otorgarle efectividad a la medida señalada, suspendiendo la ejecución del acuerdo. Por ello le dan facultad al juez o a la jueza de poder ordenar la anotación de la medida en el registro respectivo.

En relación con la legitimación en las sociedades comerciales, se requiere demostrar y representar al menos un 10 por ciento del capital, podría suponerse que se refiere al capital social, ya que no se indica expresamente. La norma posteriormente señala que si se trata de personas jurídicas o entidades, debe demostrarse la titularidad de cuotas en la misma proporción.

Aquí debemos hacer un par de observaciones. La primera de ellas: se debe entender que cuando la norma menciona otras personas jurídicas o entidades, deberá aplicarse en aquellos supuestos en que puedan resultar análogos; es decir, la participación dentro de estas entidades debe fácilmente ser determinada, lo anterior a través de un porcentaje de participación ideal, lo que implicaría que estos aspectos podrían ser

diferenciados para aquellos, donde este sistema sea muy difícil de estipular. Como ejemplos a la fecha se podrían señalar la situación de alguna sociedad de hecho o alguna cuenta en participación o inclusive en asuntos relacionados con corporaciones que actúan bajo un grupo de interés económico, donde se tenga que abrir un contradictorio justo al inicio de una medida cautelar. La otra observación que se expone es con la actividad condominal por la naturaleza del condominio y el régimen de propiedad horizontal, parece que no podría aplicarse a este tema el mismo sistema porcentual para lograr la legitimación, las cuotas que regulan los condominios se enfocan a partidas o cuotas de mantenimiento que son aportes de los dueños del condominio en proporción a los gastos de áreas comunes.

Sin embargo, las cuotas alícuotas de participación dentro de las situaciones condominales, a criterio de quien escribe e, incluso, según los criterios emitidos en estudios que se han dado en las actividades de capacitaciones de jueces y juezas y en los propios cursos de abogados y abogadas litigantes, coinciden en su mayoría que no le resulta aplicable ese 10 por ciento como requisito de legitimación, tomando en cuenta su naturaleza, en tanto se da para poder acceder al amparo de esta norma y sus efectos, por lo que la determinación del porcentaje resulta algo impreciso, lo que implica un contradictorio complejo el requerido para poder determinarlo. Esto inclusive podría derivar en una acción no tutelable por su propia lentitud.

E.4. Depósito de bienes muebles o inmuebles, así como la prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad

En estas medidas que corresponden a este acápite, se pueden distinguir algunos elementos de relevancia; en primer lugar, se explica el depósito de bienes muebles o inmuebles (art. 90 NCPC), siempre y cuando esos bienes sean objeto del litigio, siendo lo pretendido, su

entrega, además se requiere demostrar que la posesión a la fecha sea de la persona demandada. La búsqueda de la norma es la protección de los bienes y la demostración (al menos en un grado de probabilidad alto), de que estos, al estar en posesión del accionado, pueden llegar a deteriorarse, perderse o extinguirse por cualquier razón.

Se debe distinguir esta medida, de la señalada en el numeral (88 NCPC), en tanto lo que se pide en esta última es la intervención o la administración de los bienes productivos; es decir, lo que se busca es intervenir, coadministrar o sustituir al sujeto que administra bienes que producen, por las razones que relaciona la pretensión, enfocadas en la entrega a título de dueño, usufructuario o bien en mantener o mejorar la productividad. En cambio esta segunda se enfoca en pretender los bienes no productivos que estén en posesión de las personas demandadas, requiriendo que se nombre un depositario que custodie los bienes a través del inventario cuando sea indispensable.

La idoneidad y la razonabilidad de la tutela cautelar nos remite a la idea de no entrar en una contradicción. Esto implica que no puede sustituir la idoneidad de una medida por otra que no resulte proporcional y razonable. En conclusión, si los bienes son productivos, no sería adecuado entregar los bienes en depósito, cuando resultan necesarios para la actividad lucrativa, los daños derivados de unos bienes no explotados pueden resultar contraproducentes para las partes, inclusive, encaminados a deteriorarse, si no se utilizan. Estos aspectos deberán ser valorados por el juzgador o la juzgadora en el caso concreto.

En cuanto a la prohibición de innovar, modificar, contratar o cesar una actividad (artículo 91), se puede señalar que el fin directo buscado en su redacción sería evitar que un bien o derecho pueda sufrir menoscabo, cambios negativos o deterioro, tal y como expresamente la norma lo señala. Su enfoque se da sobre conductas o prestaciones, es una norma residual. Lo anterior se deduce de lo señalado de forma literal en su contenido, en tanto menciona que la aplicación de estas prohibiciones solo se dará, siempre que

la cautela no pueda obtenerse por otra medida expresamente prevista.

En estas hipótesis, se requerirá de las partes mucha claridad para su gestión, no solamente se deberá fundamentar la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, sino que igualmente a la hora de ponderar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, deberá tomarse en consideración que otra medida no haya cumplido con el fin propuesto, no solamente porque la idoneidad de la medida lo demande, sino por el carácter prohibitivo de la señalada situación que evidentemente limita desde los atributos del dominio hasta la libertad de disposición con efectos a terceros, aspectos que deben ser sopesados al momento de que el tribunal tome una decisión en ese sentido.

En cuanto a la norma que hace falta de analizar y que finaliza el capítulo II, concretamente el numeral (92 NCPC) nos evoca las medidas atípicas números *apertus*. Aquí se desarrolla de forma clara que además de las medidas contempladas de forma expresa, podrán adoptarse todas las necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial para que pueda otorgarse la sentencia. Luego señala una serie de medidas expresas que podrían abarcar una serie de intereses no tutelados de forma clara, dejando en cabeza del operador jurídico la idea de que a estas situaciones le resultan aplicables los procedimientos generales ya vistos. Cuando así proceda, finaliza la disposición detallando una apertura, la cual permitiría que cualquier otra medida de carácter conservativo, innovativo o anticipativo que sea procedente se pueda utilizar.

Mientras en el anterior se fijaba la prohibición de innovar, modificar o contratar, en este caso le da la posibilidad de resultar mucho más abiertos, atendiendo la urgencia y necesidad del caso en concreto, sin dejar de lado claro, están la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida.

F. Conclusión

En lo que respecta a este tema cautelar, este artículo plantea consideraciones básicas y

generales, planteamientos y suposiciones guía que podrían ser aprovechados por los operadores jurídicos (jueces, juezas, abogados y abogadas). El nuevo Código Procesal Civil establece criterios y elementos novedosos, insumos muy técnicos e instrumentales que requieren de una preparación adecuada de los operadores y las operadores, jueces y juezas con conciencia y dedicación que necesitan preparación constante y un análisis flexible y detallado de cada caso en concreto.

La medida o el activismo judicial no serán aplicados sobre una inexistencia de parámetros objetivos o sobre aspectos muy voluntarios y subjetivos de parte del juzgador o de la juzgadora, sino todo lo contrario, la reglas, consideraciones e interpretaciones fijadas a través de las normas que este Código plantea exigen de ellos la adecuada aplicación de los criterios señalados en los párrafos que anteceden. Si bien no existe un consenso completo sobre la interpretación de todos los supuestos posibles, sí se requiere una adecuada fundamentación de las decisiones en los conceptos ya mencionados, entre ellos se destacan: la legitimación, la urgencia, la necesidad, el peligro en la demora, las consecuencias de las medidas, la proporcionalidad o la razonabilidad, el objeto del proceso, la instrumentalidad, la tipicidad o la innovación, entre muchos otros. Se deberá valorar y fundamentar cada uno para lograr que sus decisiones no perjudiquen los intereses de las partes.

Las abogadas y los abogados igualmente deben ser conocedores del proceso, planteando sus gestiones de forma clara y detallada, el aporte de los requisitos necesarios para la acción pretendida deberá ser su norte, en tanto la mayoría de las situaciones propuestas dependerán en gran medida de su diligencia, para ser resueltas.

Como se señaló al inicio, este sistema novedoso y pretensioso es una herramienta altamente provechosa, si se utiliza de forma adecuada. Estamos a la espera de que se comience con su uso, muchas de estas dudas y planteamientos podrían ser confirmados una vez que el Código comience a regir. Luego de un tiempo, podremos valorar si los criterios se mantienen o serán

variados en consideración a la práctica; para ese momento, será posible criticar en uno u otro sentido los criterios vertidos por las instancias correspondientes, pero ahora sí, sobre la base de fallos reiterados y sobre situaciones concretas.

Referencias Bibliográficas

LIBROS

Atienza, Manuel. (2006). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra Editores.

Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo. (1974). *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). *Diccionario de la lengua española*. 21^o ed., T. I, Madrid, España: Espasa-Calpe.

TARUFFO, Michele. (2005). *La prueba de los hechos* (trad.: Jordi Ferrer Beltrán), 2^{da} edición, Madrid: Editorial Trotta.

REVISTAS

Leando Giannini. (2010). Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares. *Revista de Derecho Procesal. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata, n.º 43.

TESIS

Brenes Arias, Tatiana. (1998). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica.

Vargas Montero, Alejandra. (1998). *Los principios de proporcionalidad y razonabilidad dentro del proceso penal*. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica..

SENTENCIAS

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Notas al pie

- 1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). *Diccionario de la Lengua Española*. 21º ed., T.I, Madrid, España, p. 771.
- 2 ATIENZA (Manuel). (2006). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Perú: Palestra Editores, p. 29.
- 3 Brenes Arias, Tatiana. (1998). *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 5.
- 4 Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo. (1974). *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. El sistema de medidas cautelares*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, p. 7.
- 5 Brenes Arias, Tatiana. (1998). *Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, p. 5.
- 6 Leandro Giannini. (2010). Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares. *Revista de Derecho Procesal*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. Argentina. Número 43, p. 262.
- 7 TARUFFO, Michele. (2005). *La prueba de los hechos* (trad.: Jordi Ferrer Beltrán), 2^{da} edición, Madrid: Editorial Trotta, pp. 505 y 506.
- 8 Leandro, Giannini. (2010). Verosimilitud, Apariencia y Probabilidad. Los Estándares Atenuados de Prueba en el Ámbito de las Medidas Cautelares. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata. Número 43, p. 263.
- 9 Brenes Arias. Ibid. P. 37.
- 10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 3834-92 de las diecinueve horas treinta minutos del primero de diciembre de mil novecientos noventa y dos.
- 11 SALA CONSTITUCIONAL, voto 03933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho.
- 12 Vargas Montero, Alejandra. *Los principios de proporcionalidad y razonabilidad dentro del proceso Penal*. Tesis para optar por la Licenciatura en Derecho. San José: Universidad de Costa Rica, 1998, pp. 92-93.
- 13 Palacio Lino, Enrique. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. Decimoséptima Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, p. 790.

REALIZACIÓN DEL PATRIMONIO RELICTO

MSc. Javier Víquez Herrera *
jfviquez@hotmail.com

RESUMEN:

La muerte de una persona física genera una serie de situaciones, no solo sentimentales, afectivas, y otras, sino también jurídicas. Entre estas últimas está la presentación de procesos sucesorios que se tramitan en sede jurisdiccional, como notarial, exista o no testamento. Uno de los fines de esos procesos es determinar cómo se dispone y reparte el patrimonio relictivo, tanto durante la tramitación del proceso, como en una decisión final. Para ello, se debe valor la calidad y preferencia del reclamo o crédito, la forma de cómo hacerlo, y la prelación de la distribución. Para estos se debe indicar la legislación conexas, como criterios jurisprudenciales. Temas éstos abordados y que son ordenadamente determinados en el nuevo Código Procesal Civil (Ley N° 9342), al prever los estadios procesales del proceso sucesorio, quienes son sus sucesores y los diversos escenarios para que se realice una partición, su impugnación y finalización del proceso.

Palabras claves: Derecho Sucesorio, Nuevo Código Procesal Civil de Costa Rica, Patrimonio Relicto, distribución y partición de bienes.

REALIZATION OF THE RELICT PATRIMONY

ABSTRACT: *The death of a natural person generates a series of situations, not only sentimental, affective, and others, but also legal. Among the latter is the presentation of succession processes that are processed in jurisdictional headquarters, as a notary, whether or not there is a will. One of the purposes of these processes is to determine how the relict patrimony is disposed and distributed, both during the processing of the process and in a final decision. For this, the quality and preference of the claim or credit, the way of doing it, and the priority of the distribution must be valued. For these, the related legislation should be indicated as jurisprudential criteria. These issues are addressed and are orderly determined in the new Code of Civil Procedure (Law No. 9342), providing for the procedural stages of the succession process, who are their successors and the various scenarios for a partition to take place, its challenge and completion of the process.*

Keywords: Inheritance Law, New Civil Procedure Code of Costa Rica, Relict Patrimony, distribution and partition of assets.

* Abogado y Notario Público, egresado de la Universidad Autónoma de Centro América; incorporado al Colegio de Abogados en mayo de 1990; Maestría en Administración de Justicia, con énfasis en Derecho Civil, Universidad Nacional de Costa Rica; Defensor Público, Alcalde Civil y de Trabajo de Limón; Juez Segundo Civil y de Trabajo de Limón, Juez Civil de Heredia, Juez Superior Suplente Tribunales Primero y Segundo Civil de San José; Juez del Tribunal Apelación Civil y Laboral de Heredia.

Introducción

Este artículo tiene como motivación especial, resaltar uno de los tantos tópicos que presentan innovaciones en el nuevo Código Procesal Civil que entra en vigencia el cinco de octubre del dos mil dieciocho, en donde, para el caso que se desarrollará, le da la condición correcta al proceso Sucesorio, como un proceso autónomo, y no como un proceso de actividad no contenciosa, como lo previó la legislación de 1989 (Ley N.º 7130), cuando en la práctica forense encontramos que es, según esta última ley, uno de los procesos que presentan significativa contención. Por ello se ha llegado a ubicar o justificar como un proceso mixto, es decir, en la teoría como uno no contencioso, pero en la práctica, en algunos casos, más litigiosos que un proceso ordinario, y por consiguiente, es base de una mayor litigiosidad, con el agravante que los acreedores o derechohabientes de la persona causante, se desgastan, y hasta fallecen sin lograr percibir la cuota hereditario que, por ley o última voluntad de la persona causante, tienen derecho.

La finalidad de este trabajo es brindar una explicación general de la forma como el patrimonio que deja una persona física cuando fallece se debe repartir bajo las reglas que la legislación nos impone con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, sustentado en bases escritas, orales y digitales, y además utilizando un vocabulario español y jurídico correcto, como es la expresión patrimonio relicto.

Por consiguiente, es vital destacar, como disposición general del nuevo Código Procesal Civil, que la procedencia del nuevo proceso sucesorio es para constatar y declarar la existencia de sucesores del causante, determinar el patrimonio relicto, acabar con la división de sucesores y dotar a la sucesión de representación.

Como información relevante, se destaca que los procesos sucesorios, al igual que las medidas cautelares, aperturas de testamentos o aseguramiento de bienes les corresponderá

conocerlos a los juzgados civiles. No obstante, en algunas etapas de este artículo, se podrán denominar como tribunal civil, como sinónimo inclusivo, sin que se entienda que se trata de un tribunal civil colegiado de primera instancia, o un tribunal de apelación civil, pues cuando se trata de alguno de estos, se hará la referencia específica.

Desarrollo

1.- Consideraciones generales del proceso sucesorio.

El proceso sucesorio puede ser promovido por cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo. Ese interés cuenta con límites, pues tiene estricta relación con su finalidad, es decir, para constatar y declarar sucesores, determinar el patrimonio de la persona fallecida, acabar con la indivisión de sucesores y procurarle a la sucesión de una persona que le represente. Por siguiente, esa legitimación va referida a la vocación hereditaria de quien lo promueve, o es de naturaleza patrimonial como pueden ser acreedores, o también para definir una condición de filiación.

Le corresponde conocer de este proceso al juzgado civil, y su determinación se hace por criterios que la legislación ha denominado especiales, y son excluyentes en un orden previsto (Código Procesal Civil N.º 9342: art. 8.3.5 inc. 1), como es el último domicilio de la persona causante, en defecto de su determinación dónde está la mayor parte de sus bienes, y si no se puede aplicar algunos de esos criterios, donde escoja el promovente.

Este proceso puede estar precedido de otro, como es un proceso de presunción de muerte, un aseguramiento de bienes, medidas cautelares, o la apertura y comprobación de un testamento cerrado. Con relación a las medidas cautelares y aseguramiento de bienes, la regla indica sobre el último domicilio de la persona causante o la cantidad de bienes, pero puede variar por la

urgencia de asegurar ese patrimonio relicto, pudiéndose presentar ante cualquier juzgado civil, y por la urgencia, la lógica nos guía dónde están los bienes por asegurar. (art. 8.4 CPC).

Presentada la solicitud, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 126.2 del Código Procesal Civil, se dictará la resolución inicial, la cual se debe notificar en forma personal a todas las presuntas personas sucesoras (herederas y legatarias) y se hace una publicación (edicto) en el Boletín Judicial, donde se emplaza a las personas sucesoras e interesadas para que se apersonen al proceso.

Esa resolución y publicación comprenden un emplazamiento por quince días. Vencido el plazo, se declaran sucesores. Seguido, si las circunstancias lo permiten, se hará una distribución por acuerdo de personas interesadas, el o la albacea rinde cuentas, salvo que lo o la hayan eximido de hacerlo, y el proceso termina. Si no hubo acuerdo privado de interesados, la persona juzgadora convoca a las partes a una audiencia para fijar las bases de la partición. Si no existe acuerdo se presenta un proyecto de cuenta partición y aprobado este, se ejecuta, y luego el proceso termina.

Paralela a esta tramitación, se abre un legajo de administración de los bienes. También se debe constar el activo mediante su inventario, y en caso de que haya personas acreedoras u otras obligaciones pendientes de la persona causante o de la sucesión, o bien legados, se abre un legajo para constatar esos créditos y cancelar el pasivo.

1.1. Medidas cautelares y aseguramiento de bienes

Para repartir el patrimonio relicto entre las personas que tienen derecho a él, primero se debe determinar. Puede consistir en bienes muebles, inmuebles, materiales, inmateriales, en fin, cualquier derecho sujeto a una valoración económica. Sin embargo, se podrían presentar situaciones como que se trate de cosas que tengan

solo un valor sentimental o familiar, como por ejemplo, pueden ser fotografías.

Algunos instrumentos jurídicos que contribuyen a la determinación y conservación de ese patrimonio son las medidas cautelares y el aseguramiento de bienes.

El Código Procesal Civil prevé estos dos instrumentos en su artículo 117. En el numeral 117.1, se prevé una norma abierta que remite de las medidas cautelares, cuyas disposiciones generales las encontramos entre los artículos 77 al 100, con discriminación de algunas de ellas, según sea el caso o necesidad por la que se invoca. En el numeral 117.2, se prevé el aseguramiento de bienes.

Este último instrumento se puede instar antes o durante el desarrollo del proceso sucesorio. Se establece un orden lógico de lo que se debe asegurar. La legislación dispone que primero serán los bienes de fácil sustracción. Así se puede instar al juzgado civil el envío de comunicados a bancos, oficinas públicas o privadas que inmovilicen bienes. Como novedad normativa, se prevé la entrega inmediata a la persona que resulte designada como albacea o, en su defecto, a una persona depositaria. Vargas Soto, Francisco Luis. (2016). *Los procesos ordinarios y especiales. Memorias V Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*. San José, septiembre, pp. 61, 62.

En casos de urgencia, la autoridad de policía podrá poner sellos y custodiar el patrimonio, y, posteriormente, comunicará al juzgado civil competente.

Para la ejecución del aseguramiento de bienes, el Código Procesal Civil faculta a la persona juzgadora, a instancia de parte interesada, a realizar el allanamiento del lugar donde se encuentran los bienes. Para tal fin, de deben cumplir con los requerimientos legalmente exigidos (art. 137 del Código Procesal Civil y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Como dato histórico relevante, el allanamiento de bienes

inmuebles en los procesos civiles, vía resolución de los tribunales civiles (“jurisprudencia” de tribunales), en el primer supuesto trascendental que se ordenó, fue para realizar un aseguramiento de bienes en un proceso sucesorio. (Ver voto n.º 328-E del 2 de mayo de 1996 dictado por el Tribunal Primero Civil, y n.º 1620-93, Sala Constitucional, como art. 23, Constitución Política).

Por disposición general y atendiendo a su naturaleza, se pueden solicitar estas medidas cautelares ante cualquier tribunal civil (arts. 8.4 y 117.1 Código Procesal Civil), siempre y cuando no se trate de un embargo, porque el patrimonio del causante constituye una universalidad, y como tal está sujeta a una prelación de pago o partición, y no es sujeto de embargo.

Si se interpreta y aplica así esta normativa, conllevaría a que no necesariamente sea el que conocerá en definitiva del proceso sucesorio. No obstante, existe normativa especial para definir la competencia del tribunal al que le corresponde conocer del proceso sucesorio y la encontramos en el artículo 8.3.5.1. Esta norma comprende situaciones exclusivas para definir al tribunal competente. De manera expresa señala la competencia para actividades, tales como el aseguramiento de bienes, la apertura de testamentos y la tramitación de los procesos sucesorios. Como se aprecia, no indica nada sobre las medidas cautelares, lo cual podría dejarse a una interpretación que, para ejecutar medidas, lo sería cualquier tribunal.

De ser así, los operadores del derecho, como quienes litigan, se someterían a decisiones jurisdiccionales diversas, unos aceptándolo y otros no, lo que generaría no solo una inseguridad jurídica, si no también atrasos innecesarios.

En opinión propia, tratándose de medidas cautelares, dada su naturaleza, lo puede ser el tribunal civil donde deba de practicarse, y luego se remitiría el legajo o expediente, al que le compete conocer del proceso sucesorio. Pero cabe advertir que será la jurisprudencia la

que ajuste la interpretación normativa, porque quienes la adversan pueden argumentar que para conocer tanto de las medidas cautelares, como el aseguramiento de bienes, el tribunal competente será el competente para conocer del proceso sucesorios con sustento en el artículo 8.3.5.1, pues la medida cautelar prevista en la norma 117.1 se encuentra dentro del capítulo donde se regula la tramitación del proceso sucesorio; es decir, hay una disposición dentro de la normativa específica, y no una general; y como la competencia territorial del tribunal es a nivel nacional, por lo que no existe obstáculo si la mortal se tramita en San José, la persona juzgadora puede realizar un aseguramiento de bienes en Alajuela.

1.2. *Lista provisional de bienes*

En la solicitud de apertura del proceso sucesorio, se exige la indicación de una lista provisional de los bienes que dejó el causante, como también indicar en forma provisional su valor (art. 126.2.6). Si la persona o personas que lo gestionan no cumplen con este, entre otros requisitos, su escrito se considerará defectuoso y se prevendrá su corrección en el plazo de cinco días, con la innovación de que, si no se cumple, la solicitud se declarará inadmisibile.

En el Código Procesal Civil de 1989, no se prevé la inadmisibilidad, sino el abandono del proceso, no se archivaba en definitiva, y podía reactivarse meses o años después.

1.3. *Inventario de bienes*

Si la solicitud de apertura del proceso sucesorio, cumple con los requisitos, el juzgado civil dictará la resolución de apertura, emplazando por quince días las personas con calidad de sucesoras e interesadas para que comparezcan a aceptar la herencia y hacer valer sus derechos. Asimismo, se llamará al albacea, sea testamentario o bien al propuesto. Con este llamamiento, el albacea deberá aceptar el cargo en el plazo de tres días, sea de manera expresa o bien ejecutando sus funciones (tácita).

Aceptado el cargo, la persona designada como albacea cuenta con el plazo de quince días para presentar un inventario de bienes, el cual puede estar compuesto por las personas aseguradas, las de la lista provisional y otras. Este inventario de bienes es puesto en conocimiento de las personas interesadas por el plazo de cinco días para lo que a bien tengan que indicar.

Para este momento, sobradamente debió haber transcurrido el plazo de los quince días para las personas con derecho a suceder, como interesadas que se hayan apersonado, y debe estar ya en firme la declaratoria de sucesores y sucesoras, tanto en condición de personas herederas, como legatarias y legatarios, conforme el artículo 127 del Código Procesal Civil lo establece.

Si no existe oposición, se aprobará dicho inventario mediante resolución, y de haberla, se atenderá mediante el trámite del proceso de incidente.

Los bienes inventariados también deben ser valorados. Un perito o una perita la realizará esa valoración. Sin embargo, si se trata de bienes que tengan un valor fiscal asignado, como pueden ser vehículos, inmuebles u otros, se puede tomar el valor, si se actualizó en los dos últimos años a ese momento.

Cuando el valor es fijado por una persona perita, el dictamen es puesto en conocimiento de las personas interesadas por el plazo de cinco días. Se atenderá cualquier objeción mediante el trámite del incidente. Si la objeción es válida, se realizará una nueva experticia por parte de otra persona profesional en la materia, y mediante resolución, el tribunal determinará el precio definitivo tomando en cuenta los dos dictámenes técnicos.

1.4. Exclusión e inclusión de bienes

Le corresponde a la persona albacea, como administradora de los bienes y representante de la sucesión, indicar cuáles conforman el patrimonio relicto. Para hacerlo, basta con su indicación, sea incluyendo o excluyendo esos bienes.

Esta tarea no es exclusiva de la persona que ostente el cargo de albacea. Cualquier persona que tenga interés directo lo puede hacer, y ese interés le legitima para accionar. Se conocerán la inclusión y exclusión por parte de quien no sea la persona albacea mediante el procedimiento incidental.

2. Constatación del pasivo

El patrimonio que llegue a ser constatado, administrado y valorado será distribuido entre las personas con derecho sobre él. Algunas de ellas cuentan con una preferencia de pago, al punto que pueden cobrar fuera del proceso sucesorio; pero existen otras que necesariamente deben determinar y exigir su derecho dentro de él.

2.1. Personas acreedoras con privilegio

Estas se conocen como separatistas. Son aquellas personas que cuentan con un derecho real, como pueden ser acreedoras hipotecarias, prendarias o con garantía mobiliaria.

Estas personas cobrarán su crédito mediante el procedimiento correspondiente y ante el tribunal que corresponda según las disposiciones previstas en el Código Procesal Civil para ello. Lo anterior significa que la ejecución hipotecaria, por ejemplo, puede presentar ante otro tribunal civil que no es donde se está tramitando la sucesión, pues la regla de competencia impropia, conocida como el “fuero de atracción”, prevista en el artículo 900 del Código Procesal Civil de 1989, ya no existe.

Si la ejecución de la garantía no alcanza para satisfacer el crédito, deben cobrar cualquier saldo en descubierto dentro del proceso sucesorio, como si se tratara de un acreedor quirografario o común.

2.2. Personas acreedores privilegiadas sobre determinado bien

Por la naturaleza de su crédito, ellas cuentan con cierta preferencia de pago sobre las personas acreedoras comunes, pero en relación con un bien

determinado. Su calidad o privilegio proviene de la ley.

Al respecto, el Código Civil en el artículo 993 señala: “Tienen acción para exigir por las vías comunes separadamente del concurso el pago de sus respectivos créditos, con preferencia sobre todos los demás acreedores, excepto sobre los que lo sean de la masa”.

De dicha norma, se destacan:

1. El Fisco y los Municipios por los impuestos que correspondan al año precedente a la declaración de insolvencia, sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos. 2. El acreedor hipotecario sobre el valor de la cosa hipotecada. 3. El acreedor pignoraticio, sobre el precio de la cosa dada en prenda. 4. Los acreedores que teniendo el derecho de retención, hayan usado de ese derecho sobre el valor de la cosa o cosas detenidas. 5. El arrendador de finca rústica o urbana, por el monto de los que por causa del arriendo se le adeude hasta la terminación de éste, sobre el valor de los frutos de la cosa arrendada, existentes en la finca o en la masa y sobre el de todos los objetos con que el arrendatario la haya provisto.

Vale aclarar que en este grupo encontramos algunos que son separatistas a la vez.

Esta lista no es única, pues la condición puede preverse en otras leyes, como es el caso del fideicomiso y las garantías mobiliarias, los cuales califican como “acreedores equiparados” por la naturaleza de la forma y el cómo nace su derecho. También las instituciones públicas, como la Caja Costarricense del Seguro Social en relación con cuotas patronales, cuentan con cierta preferencia de pago

2.3. Personas acreedoras con privilegio general

Son aquellas que por razones particulares a una relación de diversa índole que tuvo la persona

causante con ellos, o bien por actividades realizadas. El privilegio que tienen es sobre las acreedoras quirografarias. Se trata de personas acreedoras alimentarias, laborales, obligaciones a favor de la Caja Costarricense del Seguro Social, o bien, que en el proceso sucesorio se autoriza la continuidad del negocio del causante, y surgen estas obligaciones con posterioridad.

2.4. Personas acreedoras comunes o quirografarias

Las personas acreedoras comunes no cuentan con privilegio, como los separatistas, por ejemplo. Deben someterse al procedimiento de legalización o aceptación de su crédito del proceso sucesorio. Si su crédito es aceptado, cuentan con legitimación para participar en las decisiones relacionadas a la distribución del patrimonio relicto en defensa de sus intereses. El pago a su favor se realiza a prorrata, salvo motivo legal de preferencia (persona acreedora con privilegio general).

Deben hacer el reclamo de su crédito dentro del proceso sucesorio en el lapso de los quince días del emplazamiento a partir del día siguiente a la publicación del edicto.

Deben detallar los montos pretendidos e indicar cómo se originó la obligación, para lo cual aportarán el documento respectivo, y si se trata de una sentencia firme, presentarán la certificación con esa indicación, expedida por el tribunal que la concedió.

Una vez presentado el cobro de su crédito, el juzgado civil conferirá a todas las personas interesadas el plazo de cinco días para que se pronuncien sobre la legalización. De haber objeción, esta se atenderá mediante el procedimiento incidental, y se decide lo que corresponda mediante resolución. En caso de que no se presente objeción, mediante resolución se decide si se acepta o rechaza la legalización. Aquí se debe referir la existencia, extensión y preferencia del crédito que se reconoce.

2.5. *Personas acreedoras de la masa*

Estas personas acreedoras no se relacionan a la persona causante, si no se relacionan al proceso. Se puede afirmar que la persona es deudora es el proceso, y quien debe soportar el pago de estas obligaciones es la masa de personas acreedoras, donde se incluye a los sucesores.

Este tipo de acreedores constituyen los gastos judiciales del proceso; los que provengan de actos o contratos legalmente ejecutados por la albacea del sucesorio; la devolución que corresponda por rescisión de un contrato; la indemnización del poseedor de buena fe de las cosas que la sucesión revindique; devoluciones de valores o efectos de comercio confiados en comisión al causante o a sucesión, si medió acuerdo de sucesores y personas interesadas de continuar con algún negocio del causante.

2.6. *Personas acreedoras equiparadas*

Consisten en obligaciones que se generan después del fallecimiento del causante, o bien previos a su deceso. Pueden incluirse aquí los gastos del entierro del causante y de familiares que convivieron con él, los provenientes de asistencia, medicinas y víveres suministrados a la persona que falleció (ver arts. 991, Código Civil y 895, Código de Comercio); también los correspondientes a impuestos fiscales, municipales, siempre que la ley le asigne como garantía un determinado bien, y se generan cuando ya la persona falleció.

2.7. *Obligación alimentaria*

Otro tipo de obligaciones que se suelen reclamar dentro de un proceso sucesorio son las alimentarias. En la práctica, suele confundirse la gestión de alimentos con una demanda de pensión alimentaria o incidente de pensión alimentaria, lo cual no es procedente porque las responsabilidades alimentarias, como también penales derivadas de esta ante el incumplimiento, con el fallecimiento de la persona causante, se

extinguen; es decir, no hay obligación y mucho menos de la persona que resulte designada como albacea.

No obstante, sí pueden pedirse alimentos dentro de un proceso sucesorio, ya sea una sucesión legítima o una testamentaria.

La legitimación activa para instar el pago de alimentos recae en las personas que por ley pudieron en vida la persona causante demandarla por esa obligación, como serían hijos e hijas menores, incapaces, cónyuge supérstite o legatarios, y logren tener la condición de herederos.

Si se está ante una sucesión legítima, se hará la pretensión mediante la tramitación de los procesos incidentales. El Código Procesal Civil de 1989 en el artículo 939 regula el tema de los alimentos. Esta norma establece algunas condiciones como lo son que esa obligación se cancelará con el producto de la administración de los bienes; es decir, que la sucesión genere ingresos, y la segunda, muy cuestionada por quienes invocan ese derecho que es hasta la cantidad que pueda corresponderle, lo que significa, hasta por su cuota hereditaria. (Resolución n.º 2004-12627, Sala Constitucional, 14:59 horas de 10 noviembre de 2004).

El nuevo Código Procesal Civil (Ley N.º 9342) mantiene una posición semejante en su artículo 130.8, recogiendo la jurisprudencial de que lo que responde por alimentos es la propia cuota hereditaria del sucesor. La disposición legal se titula “adelanto de rentas para alimentos”. Se indica que el tribunal fijará la suma de los productos de la administración, considerando su necesidad y previendo como límite, los bienes a los cuales tiene derecho. Esta norma también impone una obligación a la persona albacea, y es que a ella le corresponde ejecutar lo resuelto. Esta obligación de la ejecución podría interpretarse que, si no lo hace, se le puede exigir a través del apremio corporal, o bien, solo que le corresponde gestionar la realización del producto de la administración. Sin embargo, difícilmente se

puede privar de la libertad a un tercero, a lo sumo sería causal para ser removido del cargo de albacea por incumplimiento de sus deberes.

Con relación a la solicitud de alimentos en un proceso sucesorio testamentario, se encuentra la regulación en el artículo 595 del Código Civil. Importa destacar una expresión doctrinal sobre el testamento para comprender el alcance de este artículo, y responde considerar al testamento como una forma de desheredación, pues es la voluntad de una persona lo que determina cómo y a favor de quién o quiénes se va a repartir su patrimonio cuando muera. Este artículo indica:

El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. Si el testador omite cumplir con la obligación de proveer alimentos, el heredero sólo recibirá de los bienes lo que sobre, después de dar al alimentario, previa estimación de peritos, una cantidad suficiente para asegurar sus alimentos. Si los hijos, los padres o el consorte poseen, al morir el testador, bienes suficientes, el testador no estará obligado a dejarles alimentos.

Las personas indicadas en el primer párrafo serían aquellas que no fueron incluidas como herederas, porque si reciben herencia, se prevé que contarán con bienes. Esta posición también admite cuestionamiento para el caso que los bienes heredados sean insuficientes para asegurar la manutención. Pero se reitera que la libertad de disposiciones de los bienes es cuando no se les hereda a esos familiares de primera línea.

También este derecho a alimentos está sujeto a que las personas acreedoras indicados en el citado artículo, al momento de fallecer la persona

testadora, no cuenten con bienes suficientes, porque si cuentan con bienes, aunque haya sido excluida del testamento, no tiene derecho a alimentos. En caso de que si fuera procedente la fijación de dicha cuota, esta será fijada por una persona perita, y lo que sobre será repartido conforme se dispuso en el testamento.

Ahora, vale el cuestionamiento a si es aplicable la norma 939 del Código Procesal Civil de 1989 o 130.8 del Código Procesal Civil del 2017 en un proceso sucesorio testamentario donde la persona que la pide figura como heredera. La posición es afirmativa, pero lo será contra la cuota hereditaria y siempre que ese haber sucesorio produzca rentas. Actualmente sobre el tema, existe pronunciamiento a nivel de tribunal (n.º 713-3C Tribunal Primero Civil, 14:20 horas del 11 de septiembre de 2013).

2.8. Gananciales

Otro de los derechos que suele ser reclamado dentro de un proceso sucesorio que se tramita como legítimo o testamentario es el de gananciales. Algunas opiniones han considerado este derecho como un derecho real; otros como un derecho preferente sobre determinada cosa o bien. Para aclarar su verdadera naturaleza, debemos tener claro en qué consiste. La definición del Dr. Gerardo Trejos Salas. (1990). *Derecho de familia*. Tomo I, San José: Editorial Juricentro, primera edición, p. 180) sigue siendo de cita, pues concuerda con la doctrina que aplicamos; y si ha sufrido alguna variación, esta se genera por el desarrollo de la jurisprudencia. El citado autor señala:

[...] bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos

que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos.

Los bienes que han reunido esta condición tradicionalmente son los inmuebles, muebles o bien algunos derechos adquiridos a título oneroso. Pero su lista se ha ampliado por transformaciones de aquellos que no reúnen tal condición, como pueden ser las mejoras que se introducen a una casa que no calificaba como ganancial, porque se adquirió a través de donación o se tenía antes que la pareja contrajera matrimonio, o los intereses del dinero obtenido al ganar un premio de lotería; y hasta las ganancias que genera un certificado de depósito bancario sustanciado en prestaciones laborales.

De las anteriores consideraciones, queda por definir si los gananciales pueden ser considerados un derecho real, y la respuesta es no. Solo la ley puede definir esa condición presente sobre la cosa. Por su naturaleza, constituye un derecho personal de crédito, no alcanza tampoco a valorarse como un derecho de copropiedad. Es un derecho de participación sobre determinados bienes, donde cada cónyuge puede participar en el valor neto de los bienes del otro hasta por un cincuenta por ciento. (Voto n.º 46, Tribunal de Familia de las 14:35 horas del 23 de enero de 2018).

Los bienes que podrían representar para los cónyuges están sujetos entonces, a que cualquier persona acreedora preferente sobre el patrimonio de la persona causante, se pague con su producto su crédito, y no exista nada por repartir como ganancial.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que el derecho a gananciales no establece sobre el derecho a determinado bien, sino sobre el producto de su venta, ello salvo algún acuerdo privado de las partes a la hora de la partición, o bien, se apruebe judicialmente la participación asignando el bien al cónyuge supérstite. No puede ser de otra forma porque no se puede olvidar que estamos ante un

proceso universal de liquidación del patrimonio de una persona física que falleció.

En caso de encontrarnos ante una sucesión legítima, el Código Civil prevé la forma legal de quiénes son los que heredan, y tiene influencia sobre el tema de la ganancialidad, y esto también es un aspecto de consideración al momento de repartir los bienes. El artículo 572 de dicho Código dispone:

a) No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho. b) Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos. [...] ch) El conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable durante tres años, al menos, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión. (Reformado el inciso 1 del artículo 572 del Código Civil por artículo 31, Ley 7142 de Promoción de Igualdad Social de la Mujer del 8 de marzo de 1990).

De lo transcrito solo se destacará, para efectos de este ensayo lo previsto en el inciso b).

En caso de que nos encontremos ante la tramitación de un proceso sucesorio testamentario, en el cual se irrespetó el derecho a gananciales del cónyuge supérstite, porque la persona testadora no lo reconoció, ni instituyó como su heredera a su cónyuge, el tribunal deberá, al momento de la partición sometida a su conocimiento, reconocerle tal derecho, ello en aplicación del artículo 595 del Código Civil en cuanto a limitación a la libre disposición de bienes, pues decidió sobre un derecho que por

ley no le correspondía. Respecto a este derecho, encontramos regulación en el primer párrafo del artículo 133.3 del Código Procesal Civil.

Se debe tener presente que el cónyuge supérstite tiene derecho a ese capital relicto tanto con derecho a gananciales, como también heredera. Por consiguiente, deben tenerse claro cuáles bienes son gananciales o no y su valor.

Los bienes pueden pertenecer al causante o no. En caso de tratarse de gananciales, tiene derecho a un cincuenta por ciento de ellos, conforme el artículo 41 del Código de Familia lo dispone, pero si no lo son, recibiría como heredera.

Ahora bien, ese patrimonio puede estar compuesto por bienes gananciales y otros que no lo son, para lo cual se debe tener presente su valor. Si por gananciales, le corresponde una porción mayor, se respeta esta, y en caso de que solo sean dos sucesores (cónyuge supérstite y un hijo o hija), su derecho a suceder sería del cincuenta por ciento, pues tiene derecho a gananciales y a la herencia. Si por gananciales recibe menos que cualquiera de las personas herederas, su cuota se ajusta a la de ellos. (Parajeles Vindas Gerardo. (2010). *Manual del proceso sucesorio*. Primera edición, San José, Costa Rica, IJSA, p. 218).

En caso de que los bienes pertenezcan al cónyuge supérstite, debe inventariarse el cincuenta por ciento si son gananciales. De ese cincuenta por ciento, pueden participar tanto los sucesores, como el supérstite, porque también es heredero.

2.9. Honorarios y timbres fiscales

Tanto en sucesiones legítimas, como en las testamentarias, se deben cubrir diversos tipos de honorarios. Los más comunes son los de la persona albacea y la abogada; también puede surgir la obligación de pagar honorarios de una persona perita, en caso de que se requieran valorar diversos bienes. Los honorarios por experticias generalmente son cubiertos por el albacea o las personas herederas, pero se liquidan y cobran a la hora de la partición.

Como novedad, el Código Procesal Civil regula que la persona albacea es quien escoge al (a la) abogado (a), y no las personas sucesores, salvo alguna disposición testamentaria, como sucedería también con quien llegue a figurar como albacea.

En lo concerniente a los honorarios de abogado o abogada, su fijación está sujeta a dos criterios generales. El primero, si figuró como tal durante toda la tramitación del proceso, o solo en alguna o algunas de sus etapas; y el segundo, al decreto de honorarios de abogado que esté vigente al momento de iniciarse el proceso.

Sí es importante tomar en cuenta que los honorarios de abogado por la tramitación del proceso sucesorio son únicos, y por eso, si intervienen varias personas brindando asesoramiento legal, se fijará ese monto único por etapas o bien, si no se han completado, de manera prudencial. (Art. 125 C.P.C). Igual tratamiento se debe dar con los de la persona albacea, en caso de sustitución por independiente motivo como sería renuncia, remoción o muerte. Los honorarios de abogada (o) de las personas herederas o interesadas corren por cuenta del cliente y no de la sucesión, y la base para fijarlos será el valor de la cuota hereditaria que le corresponde al cliente.

Con respecto a los honorarios de albacea, la base de su fijación se determina en el Código Civil. En caso de una persona albacea testamentaria, quien testó puede fijar sus honorarios, pero se considera que no podrán ser inferiores para los casos donde no exista testamento. En caso de una sucesión intestada, el Código Civil en su artículo 557, donde se dispone que recibirá el cinco por ciento sobre los primeros diez mil colones del capital líquido de la sucesión y el dos y medio por ciento sobre lo que exceda a esos diez mil colones. Al indicar que se trata del capital líquido, se refiere a que todas las deudas, incluyendo los acreedores con privilegio, como los de la masa han sido pagados o se ha descartado ese pago.

En caso de requerirse designar un albacea provisional para atender intereses contrapuestos

al titular, las partes pueden fijar sus honorarios o el juzgado lo hará en forma proporcional, atendiendo la complejidad de la controversia que deba asumir.

Ante la tramitación de una sucesión legítima, la jurisprudencia mayoritaria, previa a la reforma procesal civil, dividía el proceso en cinco etapas de conformidad con las actividades relevantes que en ellas se realizan. Parece que esa posición se mantiene y serán: la apertura del sucesorio (art. 126, Código Procesal Civil), el inventario (art. 128.1, 128.2, 128.3, Código Procesal Civil), declaratoria de sucesores (art. 127, Código Procesal Civil) y partición (arts. 133. a 135).

Es relevante destacar que, en este tipo de procesos, los contratos de cuotas litis no tienen mayor injerencia, porque el proceso no es de resultado, es decir, no existe litigio, no hay nada que pelear; y si se genera algún otro proceso por razones de indignidad, filiación u otro, el contrato de cuota litis será en ocasión de ese otro proceso, pero no de la sucesión.

Para la fijación de los honorarios de la persona abogada directora de la mortual, se toma el valor bruto de los bienes, y se aplica el arancel de honorarios vigente. Previo a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, el vigente es el Decreto Ejecutivo N.° 39078-JP. En la tarifa general, se dispone hasta dieciséis millones quinientos mil colones, un veinte por ciento; sobre el exceso de dieciséis millones quinientos mil colones y hasta ochenta y dos millones quinientos mil colones, un quince por ciento; y sobre el exceso de ochenta y dos millones quinientos mil colones, un diez por ciento. (Art. 16, Decreto N.° 39078-JP). El resultado de esta operación se dividirá entre dos, porque los honorarios son el cincuenta por ciento de la tarifa general; además, estos honorarios no podrán ser inferiores a doscientos veinte mil colones. (Art. 28 Decreto N.° 39078-JP).

En el artículo 29 del citado Decreto, se regulan los honorarios de la persona abogada de alguna

heredera, los cuales se consideran abogados(as) particulares. Se indica que estos honorarios no podrán ser inferiores al treinta por ciento de la tarifa general, calculados sobre el valor de los bienes adjudicados a sus patrocinados. Se entiende entonces que no es sobre el valor bruto, sino líquido de la cuota hereditaria, y esa tarifa general no se divide en dos. Se prevé una forma de pago: el cincuenta por ciento con la gestión inicial y la otra mitad ajustada con la adjudicación. Obviamente, este no es extremo de la partición, pero debe considerarse su existencia, pues podría generarse alguna discusión innecesaria cuando se conozca una partición.

Por último, sobre este acápite, se debe valorar a la hora de presentar una partición de bienes, como también ante los acuerdos privados, que existe un tema fiscal, aunque los tribunales civiles no son recaudadores de impuestos, sí deben velar porque estos se hayan cubierto, como igual sucede si se pagan los tributos en una demanda, contestación, mandato judicial, cesión de derechos litigiosos, transacciones y otros.

El artículo 272, inciso 4°) del Código Fiscal dispone que, en la partición o adjudicaciones de bienes no inscribibles, debe pagar impuestos, y ese importe corresponde al cinco por ciento de cada mil, tomando en cuenta el valor nominal.

3. *Partición de los bienes*

La partición del patrimonio relicto responde a uno de los fines del proceso sucesorio como se expuso en un inicio, y para llegar a este estadio procesal, se deben haber valorado las anteriores acotaciones anteriormente expuestas, pues ya se trata de bienes concretos, derechos o dinero, previo pago de los gastos del proceso, como el pago de los diversos acreedores que se presentaron.

No obstante, tratándose de bienes sometidos a regímenes especiales, previo a la partición, se requiere cumplir con las exigencias de normas especiales y de la autorización de un ente público para su entrega. Se debe realizar la gestión una

vez firme la declaratoria de sucesores. Si al momento de la partición, la autorización no se ha dado, el procedimiento se suspende si el único bien es el afectado; pero si existen otros que no, por acuerdo unánime de las personas herederas, se pueden realizar particiones parciales. Estos pueden ser bienes con limitaciones el Banco Hipotecario de la Vivienda, el Instituto de Desarrollo Rural (INDER), el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y cualquier otro. (Art. 132, Código Procesal Civil).

3.1. Entrega de legados

Con relación a la existencia de legados, tanto su administración como entrega, a nivel de tribunales, el tema se ha asumido de una manera uniforme. En el derecho sustantivo, propiamente el Código Civil prevé que el legatario adquiere la cosa legada en forma incondicional, a término cierto o bajo condición resolutoria desde el momento mismo de la muerte del testador. Sobre el particular, pueden verse los artículos 604, 606, 607 y 608 de dicho Código.

De estas normas se desprende que la administración de los bienes legados le corresponde a la persona legataria desde el momento dicho, y sale de la administración de quien resulte albacea; en igual sentido, de una posible partición, porque el bien ya había sido legado.

Sin embargo, se han presentado decisiones jurisdiccionales donde se ha decidido que se reconoce el beneficio del legatario, y no entra en su posesión hasta después de que hayan sido liquidadas las cargas del sucesorio y las deudas del causante. Por consiguiente, la posesión, administración y rendición de cuentas sobre ese bien entran dentro de las obligaciones del albacea. Sobre este tema, puede verse el voto n.º 1547-L Tribunal Primero Civil de las 07:45 horas del 08 de noviembre de 2000, el cual es consecuente con la resolución n.º 319 de las 08:45 del 19 de junio de 1969.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, podría replantearse el tema, en

el sentido de aplicar la normativa sustantiva en aplicación del principio de instrumentalidad (art. 2.2, Código Procesal Civil). No obstante, sí debe quedar claro que se requiere la declaratoria judicial como legatario (art. 127, Código Procesal Civil), y que se haya garantizado el pago de los acreedores con el resto de los bienes; de lo contrario, deberá contribuir con los gastos del proceso, (artículo 129.3, Código Procesal Civil).

3.2. Distribución por acuerdo privado

Esta forma de partición no requiere de la autorización expresa del juzgado civil. Se trata de una distribución que toman las personas declaradas como sucesoras en resolución firme, que el inventario haya sido aprobado y que no existan controversias. Es un acuerdo y, como tal, las personas interesadas toman las decisiones conforme a sus intereses.

Ahora bien, por la naturaleza de los bienes que requieran inscribirse en un registro público, el acuerdo debe plasmarse en una escritura pública, y de esta, se envía copia auténtica al juzgado. Si los bienes no son inscribibles en un registro, solo se comunica el acuerdo.

Este acuerdo también se puede tomar cuando existan personas ausentes, menores de edad o con capacidades especiales que fueron debidamente representadas, pero debe ser homologado por el juzgado. Ante esta situación particular, deben respetarse los derechos de esas personas conforme al ordenamiento jurídico, lo que conlleva a mantener la cuota hereditaria de acuerdo con el valor de los bienes, y no es posible un acuerdo liberal que afecte los derechos de dichas personas. En caso de que no sea homologado el acuerdo, o bien, fracasa la posibilidad de esa distribución privada, se debe acudir al procedimiento de partición judicial.

3.3. Partición Judicial

Ante la imposibilidad de un acuerdo privado de distribución de bienes, la persona albacea debe gestionar la convocatoria a una audiencia para

fijar las bases de la partición. Esa audiencia se realizará tomando conforme las reglas generales de las audiencias orales, y no es necesario que los créditos reconocidos o generados durante la tramitación del proceso estén satisfechos, pues para eso es la audiencia.

Para su realización no se publicará edicto alguno; se les informa a las partes en el medio designado para atender notificaciones. El acuerdo será válido solo por decisión unánime de las personas interesadas. Si la persona albacea tiene opinión total o parcial en contra del acuerdo, siempre que no sea sucesor, lo que se decida le será vinculante. Como elemento relevante para tomar ese acuerdo, se debe asegurar, apartando lo que corresponda, el dinero o su provisión, para satisfacer todos los gastos no cubiertos y los que falten a futuro para ejecutar la partición o reclamos de acreedores que no se hayan resuelto a ese momento. (Art. 133.2 C.P.C.).

Si fracasa la audiencia para fijar las bases de una partición bajo los criterios citados, la persona albacea será quien presentará uno, como parte de sus obligaciones, sin que medie solicitud. Este proyecto debe ajustarse al derecho que corresponde a las personas sucesoras y como guía servirá el valor de la cuota hereditaria de cada una. De forma explícita la nueva legislación procesal dispone que, si se trata de bienes registrables, ese proyecto de partición deberá contener las formalidades y requisitos para que sea posible su inscripción. Por consiguiente, no es suficiente una referencia o indicación, sino una redacción en cuanto a ese bien como si se tratara de la escritura pública o que corresponda sobre ese bien.

El proyecto será puesto en conocimiento de las personas interesadas por el plazo de cinco días con la finalidad de que se formule cualquier objeción y, de mediar oposición, se atenderá mediante el procedimiento incidental. El juzgado lo aprobará si se ajusta a la ley, pero si tiene incorrecciones legales, deberá subsanarlas. Pero si no se puede corregir, no se aprueba. El Código Procesal Civil no prevé en forma expresa el plazo para la corrección del proyecto de partición. La ausencia de ese plazo nos lleva a considerar que será uno judicial. (Art. 30.4).

Ante el supuesto de que no sea posible corregir el proyecto, este se impondrá, y la persona albacea deberá presentar uno nuevo, y el plazo para que lo realice será judicial; pero si los defectos responden a una actuación “maliciosa, arbitraria o descuidada” del albacea, en esa resolución se ordena el inicio del trámite de remoción que se atiende mediante el proceso incidental (Art. 131, Código Procesal Civil).

En las situaciones donde ha mediado oposición al proyecto de partición, la resolución “tendrá efecto de cosa juzgada material”. Por consiguiente, es impugnabile mediante los recursos de casación o apelación, dependiendo si la partición es de mayor o menor cuantía. Tanto la casación, como el recurso de apelación, se presentan ante el juzgado civil, solo que este se eleva ante la Sala Segunda o el tribunal de apelaciones respectivo, dependiendo de la cuantía.

Si no medió oposición al proyecto de partición, la persona juzgadora tutelará sobre los intereses de personas menores de edad, con discapacidad o que no se apersonaron al proceso, y en caso de detectar que existe en el proyecto alguna o varias incorrecciones, prevendrá que se presente, se subsanen o se presente un nuevo proyecto, y oficiosamente resolverá si ordena el trámite incidental para remover a la persona albacea.

El Código Procesal Civil también autoriza la aprobación de particiones parciales y, para eso, deben presentarse los supuestos de que todos están de acuerdo y que, en ese momento, no sea posible realizar una definitiva. Esta distribución no será admisible si se puede llegar a afectar la partición definitiva o bien se detecte afectación de personas acreedoras que se encuentren litigando en favor de su crédito contra la sucesión.

3.3.1. Ejecución de la partición judicial

Se prevén de manera expresa en el Código Procesal Civil dos supuestos para la ejecución de la partición firme. Si se trata de bienes inscribibles, se procederá al trámite de protocolización notarial; en caso de documentos o títulos de crédito, se hará entrega dejando de ello una razón

o recibido. No obstante, dependiendo del tipo de derecho y/o bien adjudicado, se puede acudir a los procedimientos de ejecución previstos en los artículos 136 a 156 del Código Procesal Civil, pues se trata de una resolución judicial que genera los efectos de la cosa juzgada.

La ejecución de la partición constituye uno de los presupuestos esenciales para la culminación del proceso sucesorio o bien el único, porque el otro responde a la rendición de cuentas del albacea, pero este puede obviarse si los sucesores lo han eximido.

III. Conclusión

El nuevo Código Procesal Civil ordena de forma lógica el procedimiento de cómo repartir el patrimonio relicto, recogiendo algunos criterios jurisprudenciales generados de la legislación que deroga, referidos a las personas menores de edad, en cuanto a si podían ser tomarse acuerdos privados para distribuir su derecho a suceder, e introduce otros supuestos como son los casos de las personas con capacidades especiales y los ausentes. Esto permite que la partición sea célere y además que las personas interesadas sean las decisoras de esa asignación, lo cual refleja el desarrollo del principio dispositivo.

También en cuanto a la impugnación de la resolución que aprueba un proyecto de cuenta partición, dispone que sea a una sola instancia superior, ya estemos ante ejercicio de un recurso de apelación o el de casación. La celeridad procesal también se manifiesta en este tema.

Otro de los aspectos relevantes es que la forma de oposición a diferentes actividades que se dan dentro del proceso sucesión es mediante el procedimiento incidental.

No puede tampoco dejarse de destacar que en los casos donde se debe respetar íntegro el derecho del sucesor, como, por ejemplo, la persona menor de edad, las partes pueden disponer libremente de cómo se van a repartir el haber sucesorio, quedando así asentadas las bases de la partición, y ese acuerdo es vinculante para quien figure como albacea.

En conclusión, aunque la modificación legal no presenta mayores variantes, facilita que los bienes del causante sean repartidos de una forma más ágil.

IV. Bibliografía

Vargas Soto, Francisco Luis. (2016). *Los procesos ordinarios y especiales*. Memorias V Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil. San José, septiembre.

(2010). *Manual del proceso sucesorio*. Primera edición, San José, Costa Rica, IJSA.

Código Civil

Código de Comercio

Código de Familia

Código Procesal Civil N.º 9342

Constitución Política

Ley N.º 7130

Ley N.º 7142 de Promoción de Igualdad Social de la Mujer del 8 de marzo de 1990

Decreto Ejecutivo N.º 39078-JP

Voto n.º 1620-93, Sala Constitucional

Resolución N.º 2004-12627, Sala Constitucional, 14:59 horas del 10 noviembre de 2004

Voto n.º 713-3C, Tribunal Primero Civil, 14:20 horas del 11 de septiembre de 2013

Voto n.º 328-E, Tribunal Primero Civil del 2 de mayo de 1996,

Voto n.º 1547-L, Tribunal Primero Civil de las 07:45 horas del 8 de noviembre de 2000

Voto n.º 319, Tribunal Primero Civil de las 08:45 del 19 de junio de 1969

LAS COSTAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dr. Guillermo Guilá Alvarado *
guilleguila@gmail.com

RESUMEN:

Salvo casos de excepción, las personas que se someten a un litigio, y resultan victoriosas, no tienen por qué soportar pérdidas económicas. La figura de las costas persigue que la parte victoriosa recupere de la persona vencida los gastos en que debió incurrir para defender su teoría del caso dentro del proceso. El presente artículo examina los alcances de la regulación de las costas en el nuevo Código Procesal Civil. Se subrayan las mejoras que incorpora la normativa. Además, se proponen soluciones para los casos en que debe ser interpretada o integrada.

Palabras clave: Sentencia, condena, costas, vencimiento, cuantificación, exoneración, buena fe.

Costs in the new Code of Civil Procedure

ABSTRACT: *Except for exceptions cases, people who undergo a process, and are victorious, do not have to bear economic losses. The figure of the legal costs seeks that the winning party recover from the losing person the expenses in which it had to incur to defend its theory of the case within the process. This article examines the scope of the legal costs regulation in the new Civil Procedural Code. It underlines the improvements incorporated in the regulation. In addition, solutions are proposed for cases in which the regulation should be interpreted or integrated.*

Keywords: Sentence, condemn, legal costs, victory, quantification, exemption, good faith.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica. 3. Ámbito subjetivo. 4. Resoluciones en que se puede condenar al pago de costas. 5. Contenido. 6. Cuantificación. 7. Criterios de exoneración. 8. Condena en costas en casos de pluralidad subjetiva. 9. Conclusiones.

* Licenciado en derecho por la Universidad Internacional de las Américas. En el 2008 obtiene un doctorado académico en derecho en la Escuela Libre de Derecho. Ha ocupado diferentes puestos en la judicatura, como el Juzgado Civil de Heredia, el Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral del Primer Circuito Judicial de Alajuela. Ha sido profesor universitario en derecho de obligaciones y derecho comercial. Especialista de contenido de la Escuela Judicial. Ha sido miembro de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y de la Comisión Civil del Poder Judicial.

1. *Introducción*

Todo proceso genera gastos a las partes y al mismo Estado, que presta el servicio gratuito de administración de justicia.

Las partes se someten a un litigio y, para defender su teoría del caso, asumen distintas erogaciones. A manera de ejemplo, corren con el pago de honorarios de las personas abogadas, certificaciones, copias, etc.

Dependiendo de las características de cada proceso, estos costos pueden ser onerosos, al extremo de que podrían constituirse como una barrera para el acceso a la justicia de aquellas personas, que no cuentan con los recursos económicos suficientes.

Por lo antes dicho, es necesario que, al momento de dictar la sentencia, la persona juzgadora decida si condena a la parte vencida a cubrir las costas del proceso. Si ordena que se cancelen, la persona victoriosa tiene la oportunidad de recuperar los gastos en que incurrió durante el desarrollo del proceso. De tal forma, surge dentro del proceso una relación obligatoria, cuya fuente es la ley, donde la parte victoriosa toma la posición de acreedora y la persona vencida figura como deudora.

Ahora bien, el tema de las costas no está exento de polémica. En este sentido, se discuten puntos como los criterios de exoneración o la condena en hipótesis de pluralidad subjetiva.

Esta monografía pretende analizar los principales temas relacionados con las costas, a la luz del nuevo Código Procesal Civil. Para tales efectos, se subrayan los aciertos de la normativa recién promulgada. A la vez, se recomiendan soluciones para los casos, en los que se debe interpretarla o integrarla.

2. *Naturaleza jurídica*

Desde el punto de vista dogmático, se debate si las costas consisten en una sanción, una indemnización o si poseen una naturaleza *sui generis*¹.

En estricto sentido, no se les puede catalogar como sanción o indemnización pues, al momento de condenar en costas, la persona juzgadora no analiza los presupuestos de una responsabilidad civil o punitiva. Únicamente constata el vencimiento y, a partir de este hecho, impone las costas a la parte perdedora.

No obstante, la figura de las costas presenta una mayor afinidad con la responsabilidad civil. En efecto, cabe subrayar que algunas normas del reciente Código Procesal Civil asemejan la naturaleza de las costas a una indemnización. Por ejemplo, su artículo 73.1 establece que las costas comprenden la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a los actos del procedimiento en que fuera necesaria su presencia. La norma agrega que se considerarán como costas los gastos indispensables del proceso. Con todo, el calificativo “*indispensable*” alude a un nexo de causalidad entre la erogación y la necesidad de incurrir en ella para defender la teoría del caso dentro del proceso, lo cual se asimila al concepto de daños inmediatos y directos acuñado en el artículo 704 del Código Civil. Asimismo, el artículo 73.3 del nuevo Código Procesal Civil se refiere a la distribución de la responsabilidad entre las personas vencidas.

Precisamente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha catalogado a las costas como una indemnización legal que la parte vencida debe pagar a la victoriosa, resarciéndola de los gastos indispensables para defender su teoría del caso. En ese sentido, se pueden consultar los votos 69-95 y 539-2001 de ese alto tribunal.

A pesar de lo expuesto, las costas también se diferencian de la responsabilidad civil. Nótese que la condena en costas se decreta de oficio. Incluso, de acuerdo con el artículo 62.1 del reciente Código Procesal Civil, las costas deben ser cuantificadas de oficio en la sentencia. En contraste, en materia de responsabilidad civil prevalece el principio dispositivo: La regla es condenar al pago de daños y perjuicios a instancia de parte.

A las costas también se les atribuye el carácter de relación obligatoria accesoria². Con todo, el vínculo de las costas con un criterio de accesoriadad lo encontramos en el párrafo segundo del artículo 1304 del Código Civil. Esa norma señala que uno de los accesorios de la obligación principal son los gastos del proceso.

En fin, las costas poseen una naturaleza sui géneris, pero semejante a una indemnización. Por otro lado, son accesorias a la obligación principal. Ambas características se tomarán en cuenta en la solución de los problemas que se plantean más adelante.

3. *Ámbito subjetivo*

De acuerdo con el artículo 73.1 del nuevo Código Procesal Civil, en toda resolución que le ponga fin al proceso, de oficio, se condenará a la persona vencida al pago de las costas. Ahora bien, se interpreta que el sujeto vencido, al que alude la norma citada, interviene como parte. Obsérvese que el vencimiento entraña la decisión de al menos una petitoria material, que interpuso una parte o que se dirigió contra ella.

El punto que genera polémica estriba en si la condena en costas se extiende a terceras personas, verbigracia, abogadas, representantes, etc.

En las situaciones de abuso o fraude procesal, el artículo 6 del reciente Código Procesal Civil autoriza que se condene a la persona responsable al pago de los daños y perjuicios que haya ocasionado. En virtud de la afinidad entre las costas y una indemnización, es válido interpretar que aquéllas se encuentran comprendidas en los daños y perjuicios a que se refiere la norma indicada. Con todo, el precepto examinado alude a la persona responsable, sin distinguir que figure como parte o tercera. De forma que su aplicación no necesariamente se restringe a las partes³.

Adicionalmente, existen normas dispersas que prevén la condena en costas a cargo de terceras personas. En su orden, los artículos 20.5, 22.5 y

178.2 del nuevo Código Procesal Civil contemplan escenarios en que las personas gestora procesal, garante y opositora a un proceso no contencioso responden al pago de las costas.

Por el contrario, en otras hipótesis no es admisible involucrar a terceras personas en la relación obligatoria de las costas. En efecto, para el caso de la persona interventora adhesiva⁴, ya sea que coadyuve en el triunfo de la parte actora o demandada, no se puede establecer la condena en costas a su favor o en su perjuicio. De tal modo, la intervención adhesiva no hace que el proceso sea más oneroso para la parte vencida. Tampoco causa que las costas se dividan entre una parte y esa tercera persona.

4. *Resoluciones en que se puede condenar al pago de costas*

El artículo 221 del Código Procesal Civil de 1989, remitiéndose a su artículo 153, dispone que en las sentencias y los autos con carácter de sentencia⁵ se condenará a la persona vencida al pago de las costas personales y procesales.

En contraste, el artículo 73.1 del reciente Código Procesal Civil señala que en toda resolución que le ponga fin al proceso se condenará a la parte vencida a cancelar las costas⁶.

En la reciente normativa, según se aprecia, la condena en costas no está subordinada al tipo de pronunciamiento que se dicte: Lo importante es que la resolución, independientemente de que califique como auto o sentencia, le ponga fin al proceso. Este cambio implica un avance en el sistema procesal costarricense: Cuando se emita un auto que le ponga fin al proceso, a manera de ejemplo, se declara inadmisibile la demanda después de que se contestó, se podrá condenar a la persona vencida a pagar las costas que le ocasionó a la parte contraria.

El artículo 221 del Código Procesal Civil derogado también prevé la condena al pago de las costas procesales en las resoluciones que

decidan incidentes que no pongan fin al proceso principal.

Por su parte, el nuevo Código Procesal Civil carece de una norma que regule de forma expresa el tema de las costas en los procesos incidentales. Su artículo 73.1 se refiere a la terminación del proceso, sin precisar si se trata del proceso principal o bien un proceso que tiene relación inmediata con éste. Dada la naturaleza accesoria de los incidentes, se estima que en su resolución final no se debe hacer condena al pago de costas, pues en el proceso principal aún no existe una parte vencida.

La misma situación se presenta cuando se decreta una medida cautelar, que es instrumental al proceso principal. No obstante, en el supuesto de que se levante la medida cautelar por alguno de los motivos fijados en el artículo 85 del reciente Código Procesal Civil, se autoriza la condena a cancelar las costas del proceso cautelar. A saber, en dichos escenarios la condena en costas podría incluir a los procesos principal y cautelar.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay pretensiones que se conocen por la vía incidental, aunque no se catalogan en estricto sentido como un incidente⁷. Esto sucede en los casos de las tercerías, el reclamo de alquileres insolutos y el cobro de honorarios profesionales, que incluso admite la reconvencción. Todos constituyen procesos⁸ y, en consecuencia, la persona juzgadora también debe pronunciarse sobre las costas en el momento en que dicta su resolución final.

De igual modo, en los procesos de ejecución de sentencia para cuantificar extremos económicos determinables en dinero, cantidad por liquidar y rendición de cuentas, en los cuales se sigue el proceso incidental, se emite un fallo en el que habrá pronunciamiento acerca de las costas.

En otro orden de ideas, el artículo 206 del Código Procesal Civil derogado establece que la parte que unilateralmente desiste será condenada al pago de las costas. Con todo, se ha interpretado

que esa condena es imperativa: A menos que el desistimiento sea mutuo, no es lícito apreciar circunstancias para exonerar de cancelar las costas a la persona que desiste. En ese sentido, se puede consultar el voto 276-L-2005 del Tribunal Primero Civil de San José.

En contraposición, el artículo 56.2 del nuevo Código Procesal Civil mantiene la condena en costas para quien unilateralmente desiste, pero autoriza que se le exima de pagarlas si la parte demandada no ha sido notificada o se encuentra en rebeldía.

Esta última norma se considera más razonable: Es ilógico decretar una condena en costas a favor de una persona demandada, que no ha incurrido en gastos para defender su teoría del caso dentro del proceso. Adicionalmente, cabe subrayar que la condena en costas no es una sanción, que haga un juicio de reproche de la conducta de quien desiste.

Relacionado con lo anterior, en caso de que una demanda se declare improponible antes de que se le dé traslado a la parte demandada, no tiene sentido condenar a la persona actora a cancelar unas costas que no se causaron. Tómese en cuenta que la parte demandada, que no ha intervenido en el proceso, no ha vencido a la persona actora.

5. *Contenido*

De acuerdo con el Código Procesal Civil de 1989, la figura en estudio se subdivide en costas personales y procesales. En efecto, su artículo 226 señala que los honorarios de la persona abogada y la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a las diligencias del proceso en que fuera necesaria su presencia, se catalogan como costas personales. Siguiendo un criterio residual, la norma citada dispone que los demás gastos son costas procesales.

En contraste, el artículo 73.1 del reciente Código Procesal Civil abandona la clasificación mencionada.

No se aprecian motivos que justifiquen mantener la distinción apuntada. Recuérdese que se eliminó la condena en costas procesales en la resolución final de los incidentes, de manera que ya no es necesario diferenciar unas costas de las otras.

A pesar de lo expuesto, el nuevo Código Procesal Civil contiene resabios de la clasificación referida en sus artículos 43.6 y 76.4, que utilizan los conceptos de costas procesales y personales, respectivamente. A la vez, el artículo 111.3 se refiere a ambas costas.

Ahora bien, las costas presentan tres componentes: los honorarios de la persona abogada, la indemnización del tiempo invertido por la parte en asistir a los actos del procedimiento en que fuera necesaria su presencia y los demás gastos indispensables del proceso.

Respecto de los honorarios de la persona abogada, debemos ubicarnos en el contexto del vencimiento. A saber, una parte indemniza a su adversaria el monto que debió pagarle a la persona abogada que asumió su defensa técnica dentro del proceso. Dicho de otra forma, no estamos en presencia de los honorarios que devenga la persona abogada dentro de la relación contractual con su cliente. Por ende, las costas pertenecen a la parte victoriosa. De modo que se le deben cancelar a ella, salvo que pida que el componente de honorarios profesionales se le gire a la persona abogada.

En cuanto a la indemnización del tiempo invertido en asistir a los actos del procedimiento en que fuera necesaria la presencia de la parte vencedora, surgen dos posibles interpretaciones. Una restrictiva que limita la indemnización al tiempo que esa parte dedicó para rendir su declaración (acto que debe realizar personalmente). En su defecto, una interpretación amplia que, dependiendo de la naturaleza del proceso, comprenda la indemnización del tiempo invertido en asistir a una o varias audiencias orales, ya sean preliminar, complementaria, única, de medida cautelar, etc.

Con todo, se estima correcta la segunda tesis. Nótese que, si bien la parte victoriosa se encuentra facultada para otorgar un poder judicial, a fin de que una persona abogada le represente durante las audiencias orales, no se le podría obligar a celebrar dicho contrato. Antes bien, dado el interés de las partes en el resultado del proceso, es comprensible que deseen comparecer a las audiencias orales, para dar seguimiento a lo que ahí ocurre.

Los restantes gastos del proceso deben someterse al escrutinio jurisdiccional, a efectos de que se analice si califican como indispensables. En otras palabras, únicamente pueden aprobarse como costas aquellas erogaciones, de las cuales no se podía prescindir para obtener la tutela jurídica en la sentencia, aunque sean preprocesales o extraprocerales⁹.

Algunos ejemplos de gastos indispensables se encuentran en los artículos 43.6 y 74 del reciente Código Procesal Civil y 28 de la Ley de Notificaciones Judiciales.

La primera norma reconoce como costas las erogaciones en que incurran las personas testigos, con motivo de su comparecencia, y que deba cancelar inicialmente la parte proponente. Cabe recordar que, en un proceso donde rige el principio de inmediación, es inadmisibles delegar la práctica de la prueba en un tribunal cercano al domicilio de las personas testigos. Por ende, si no está disponible el sistema de videoconferencia, puede ocurrir que una persona testigo se desplace a un lugar distante a su residencia, lo que implica gastos de transporte, alimentación y hospedaje, que preliminarmente correrán por cuenta de la parte oferente de la prueba.

El segundo precepto se refiere a la hipótesis en que la persona juzgadora deba trasladarse a un sitio lejano para realizar una actuación judicial, por ejemplo, el caso regulado en el artículo 41.4.6 del nuevo Código Procesal Civil. En tal escenario, se interpreta que están autorizados los gastos de transporte, hospedaje y alimentación, que en

principio serán asumidos por la parte proponente de la prueba, pero que después podrán cobrarse a título de costas.

Mientras que la tercera norma alude a los costos del sistema de correo postal certificado como mecanismo de notificación.

Por el contrario, no se catalogan como costas los gastos suntuosos o excesivos. Asimismo, de conformidad con el artículo 33 de la Ley de Notificaciones Judiciales, los honorarios de la persona notaria y las erogaciones, que se produzcan a raíz de la notificación que ella realiza, no pueden ser trasladados a la parte vencida como costas.

6. *Cuantificación*

El artículo 62.1 del reciente Código Procesal Civil señala que las costas se cuantificarán de una sola vez cuando se emita la sentencia. En esta norma queda de manifiesto el principio de concentración: Prescindiendo del trámite de tasación, la persona juzgadora establecerá de oficio el importe de las costas.

A pesar de que la norma citada no distingue el componente de las costas que se cuantificará, se considera más sencillo aplicarla a los honorarios de la persona abogada. Recuérdese que existe un arancel de honorarios profesionales, que introduce parámetros para establecer la suma que corresponda. En las demás hipótesis, se necesitará de prueba, que no siempre estará disponible en el momento de dictar el fallo.

En consecuencia, no se descarta que se formulen tasaciones de costas, con posterioridad a la firmeza de la sentencia, a efectos de que la parte victoriosa cobre gastos que no pudieron cuantificarse antes.

El artículo 234 del Código Procesal Civil derogado señala que, en los procesos ordinarios estimables, los honorarios de la persona abogada se fijarán sobre el importe de la condena o absolución.

En contraste, el nuevo Código Procesal Civil carece de una norma semejante. Obsérvese que su artículo 76.1 utiliza los conceptos del trabajo, el estado y la trascendencia económica del proceso; al tiempo que se remite a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas y al decreto de honorarios de personas abogadas y notarias.

Por otro lado, el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, que es el Decreto Ejecutivo 39078-JP, únicamente se refiere al importe de la condena en el párrafo último del artículo 16 y en el precepto 32, el primero concerniente a los procesos colectivos y el segundo relativo a los conflictos individuales de trabajo.

Con todo, la trascendencia económica del vencimiento se determina en función del importe de la condena o la absolución. Esto es, interpretando el artículo 76.1 del reciente Código Procesal Civil, se concluye que las costas deben cuantificarse empleando los criterios descritos

En cuanto a los procesos inestimables, la solución es más sencilla: El artículo 19 del Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado establece una retribución mínima de doscientos veinte mil colones, lo que no excluye la fijación prudencial de un monto superior atendiendo a los parámetros indicados en el artículo 76.1 del nuevo Código Procesal Civil.

Ahora bien, una correcta definición de la cuantía es indispensable para cuantificar las costas. A manera de ejemplo, en un proceso ordinario de indignidad se aplican dos posibles criterios para establecer la cuantía: Si se entiende que la indignidad es una sanción de orden patrimonial, que implica la pérdida de la cuota hereditaria; con sustento en el artículo 35.3.7 del reciente Código Procesal Civil, la cuantía se puede fijar en el valor de la cuota hereditaria de la parte demandada. Por el contrario, si se argumenta que es imposible determinar el valor en dinero de la declaratoria de indignidad, aunque tenga

trascendencia económica; con base en el artículo 35.3.9 del cuerpo normativo aludido, la cuantía se puede establecer como inestimable. Esta disparidad de criterios puede llevar a resultados diametralmente diferentes en el establecimiento de las costas. En efecto, si la cuota hereditaria de la parte demandada posee un valor de cincuenta millones de colones, y la cuantía se define en ese monto, los honorarios totales del proceso, calculados con apoyo en el artículo 16 del Decreto Ejecutivo 39078-JP, ascienden a ocho millones trescientos veinticinco mil colones. No obstante, si se considera que el proceso es de cuantía inestimable, los honorarios mínimos serán de doscientos veinte mil colones, sin perjuicio de la fijación prudencial que la persona juzgadora decida.

En otro orden de ideas, el artículo 234 del Código Procesal Civil de 1989 señala que, si la condena en costas personales comprendiere las de la demanda y la reconvención, los tribunales las estimarán únicamente por aquélla que tenga valoración más elevada.

En contraposición, en el nuevo Código Procesal Civil no se encuentra una norma similar.

A falta de regulación sobre el tema citado, se estima lícito cuantificar por separado las costas de la demanda y la reconvención. Tómese en cuenta que, en los procesos en que se admite la reconvención, estamos en presencia de dos demandas que se acumulan. Con todo, si una persona se vio obligada a demandar y a defenderse de una reconvención, y en ambas resulta victoriosa, es justo que se le retribuyan de forma plena las costas causadas.

Precisamente, una situación análoga sucede cuando se desiste la demanda o se declara su caducidad. De acuerdo con los artículos 56.2 y 57.2 del reciente Código Procesal Civil, en dichos casos subsistirá la reconvención que, en principio, avanzará hacia sentencia. Podría ocurrir, entonces, que la parte actora sea inicialmente condenada a pagar las costas de la

demanda desistida o declarada caduca; mientras que, cuando se dicte el fallo de la reconvención, se emita un nuevo pronunciamiento sobre costas. Siendo que cada una de esas costas tendría que ser cuantificada por separado.

Aunque en el proceso se defina un único monto de cuantía, el establecimiento de las costas de la demanda y la reconvención debe hacerse sobre la trascendencia económica del vencimiento operado en cada una de ellas.

En virtud de su naturaleza accesorio, surge la interrogante de si las costas se deben cuantificar utilizando la misma moneda en que está fijada la relación obligatoria principal. La posición seguida en la jurisprudencia ha sido establecer las costas en moneda nacional. En este sentido, se puede consultar el voto 116-2017 de la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil de San José, que invocó como fundamento la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Dicho criterio se considera válido, pues no es lógico trasladar a moneda extranjera algunos componentes de las costas, verbigracia, los honorarios de un perito, las certificaciones, los timbres, etc. Por el contrario, si la parte demuestra que canceló un gasto indispensable para el proceso en moneda extranjera, en ese caso se podrá analizar la fijación en esa moneda. Con todo, el Arancel de Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, utiliza como parámetro la moneda nacional.

Por último, cabe resaltar que, según el artículo 76.4 del nuevo Código Procesal Civil, los acuerdos a que llegue la parte con su persona abogada directora sobre el pago de honorarios profesionales, verbigracia, un convenio de cuota litis o un contrato mixto, no son oponibles a la parte contraria para los efectos del cobro de costas.

7. Criterios de exoneración

El vencimiento es el criterio objetivo que da pie a la condena en costas. No obstante, esta regla admite excepciones en casos donde la parte vencida tuvo motivos plausibles para litigar.

El artículo 73.2 del reciente Código Procesal Civil le otorga a la persona juzgadora la facultad discrecional de eximir, total o parcialmente, del pago de las costas en cuatro hipótesis. La norma indicada posee la flexibilidad necesaria para que la persona juzgadora, haciendo una labor de subsunción, resuelva en cada supuesto si exonera a la parte vencida de pagar las costas o al menos una parte de ellas. Claro está, no se trata de que, siguiendo un criterio intuitivo o un sentido de justicia, tome una decisión subjetiva. Antes bien, en la norma citada se introducen parámetros como la modificación sustancial de lo pretendido o el vencimiento recíproco trascendente, que sirven como pauta para resolver. A la vez, dichos parámetros califican como conceptos jurídicos indeterminados, que dan espacio para soluciones adaptables a la amplia casuística. Como contrapeso, se exige que el pronunciamiento que exime de cancelar las costas se fundamente.

La buena fe de la parte perdidosa, como criterio para exonerar del pago de las costas, merece especial atención. A diferencia del Código Procesal Civil derogado, cuyo artículo 223 señala los casos en que no podrá estimarse que hay buena fe, el nuevo Código Procesal Civil le concede a la persona juzgadora mayores facultades para valorarla. Por otro lado, en su artículo 73.2 se introducen deberes de conducta para las partes en el proceso, que la complementan: la lealtad, la probidad y el uso racional del sistema procesal¹⁰.

A partir de los criterios mencionados, se podría afirmar que la persona juzgadora, a la hora de valorar si aplica dicha causal de exoneración, solo debe tomar en cuenta la conducta de la parte vencida dentro del proceso, esto es, si cooperó con la práctica de la prueba, si faltó a la verdad en sus actos de alegación y proposición, si no presentó gestiones dilatorias, etc. No obstante, se estima que también debe analizar la conducta de las partes antes del proceso. Nótese que esos hechos constituyen el antecedente de la demanda y la oposición. De tal modo, se realiza un examen integral de la conducta de las partes.

Además de los criterios apuntados, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su

voto 73-F-95, fijó pautas adicionales para detectar la existencia de buena fe en la parte perdidosa: Estableció que se debe ponderar la complejidad del objeto litigioso. En tal dirección, estimó que, si el tema a decidir es controversial en la doctrina o jurisprudencia, la persona vencida podría tener una razón para demandar u oponerse, según fuere el caso.

De igual forma, para determinar la buena fe de la parte perdidosa, la doctrina considera criterios como la novedad del caso planteado, la ausencia de norma expresa que regule el tema y las cuestiones de difícil prueba¹¹.

Cabe agregar que las disposiciones 54.2 y 85 del reciente Código Procesal Civil contemplan otras hipótesis de exoneración.

La primera norma establece las consecuencias para el evento de que la parte demandada satisfaga unilateralmente la pretensión. A la vez, permite que se le exima de pagar las costas de acuerdo con las circunstancias. Con todo, en el momento de apreciar la buena fe de la persona demandada, se pueden considerar aspectos como si, antes de formularse la demanda, la parte actora le hizo requerimientos de pago o intentó conciliar. Si los acontecimientos descritos sucedieron, es válido concluir que la parte demandada, que atiende el reclamo de la persona actora a destiempo, no se condujo de buena fe. Por consiguiente, debe cubrir las costas del proceso que ocasionó.

La segunda norma indica que la persona juzgadora podrá condenar al pago de costas en los supuestos de levantamiento de la medida cautelar. Este precepto alude a una facultad: Autoriza que se aprecien las circunstancias en que se pidió la tutela cautelar, a efectos de valorar si la parte actora procedió con buena fe. A manera de ejemplo, podría suceder que la parte demandante solicitó una medida cautelar urgente contra la persona que, según las pruebas disponibles en ese momento, se encuentra legitimada desde el punto de vista pasivo. Sin embargo, después se acreditó que la legitimación pasiva recae en otro sujeto.

Si era imposible para la parte actora advertir el problema de legitimación en el momento en que pidió la tutela cautelar, se podría valorar su buena fe para eximirla de cancelar las costas de la medida cautelar.

El artículo 55 del nuevo Código Procesal Civil regula la imposibilidad sobrevenida como forma extraordinaria de terminar el proceso. De acuerdo con esta norma, si ocurre alguno de los casos de imposibilidad sobrevenida, el proceso se dará por terminado y cada una de las partes soportará sus propios gastos. Dicha consecuencia podría equipararse con una exoneración al pago de las costas. No obstante, se estima que su naturaleza es distinta: En las hipótesis de imposibilidad sobrevenida no se produce un vencimiento.

Finalmente, cabe subrayar que en los procesos monitorios dinerarios no es admisible exonerar a la parte ejecutada de cancelar las costas. Recuérdese que el artículo 111.3 del reciente Código Procesal Civil incorpora las costas dentro del contenido de la resolución intimatoria. De forma que, si la oposición no logra revocar aquella resolución, la condena al pago de costas subsistirá. Incluso, aunque se modifique la resolución intimatoria en cuanto al principal e intereses adeudados, la condena a cubrir las costas se mantendrá. Claro está, en dicho escenario las costas se cuantificarán sobre el importe de la condena expresada en la resolución intimatoria, conformada por la sumatoria del capital y los intereses aprobados.

8. *Condena en costas en casos de pluralidad subjetiva*

Cuando se condena al pago de costas en situaciones donde varias personas integran una misma parte, surge el debate sobre cómo distribuir el importe de esas costas.

El Código Procesal Civil de 1989 carece de una norma que regule este punto. Ante el vacío normativo, los tribunales de justicia han adoptado soluciones, que incluso han sido contradictorias¹². En contraste, el artículo 73.3 del nuevo Código

Procesal Civil reglamenta dicho tema, lo cual constituye un avance en el sistema procesal costarricense.

En primer lugar, la norma establece que, si existe una pluralidad de personas condenadas a cancelar costas, atendidas las circunstancias, se determinará si la condena es solidaria o divisible. El precepto añade que, en los supuestos de condenas divisibles, la persona juzgadora decidirá cómo distribuye la responsabilidad entre los sujetos vencidos.

Cabe advertir que el uso del concepto divisible no se vincula con la clasificación de las relaciones obligatorias divisibles e indivisibles acuñada en el Código Civil. Más bien, el fraccionamiento de las costas entre varias personas condenadas produce el nacimiento de relaciones obligatorias conjuntas o mancomunadas.

Con todo, la norma examinada no introduce parámetros para definir en qué hipótesis la condena será solidaria o divisible. No obstante, atendiendo al carácter accesorio de la relación obligatoria de pagar costas, se interpreta que la naturaleza de la relación obligatoria principal es un criterio que se puede utilizar. Tómese en cuenta el aforismo jurídico, según el cual lo accesorio sigue la misma suerte del principal. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 638 del Código Civil, no se presume la solidaridad en materia civil; mientras que, de acuerdo con el artículo 432 del Código de Comercio, la regla se invierte en materia mercantil. En consecuencia, si la relación obligatoria principal es de carácter civil, la condena en costas será divisible. Por el contrario, si la obligación obligatoria principal es de índole mercantil, la condena en costas será solidaria.

Desde luego, el anterior criterio se aplica cuando se dicta el fallo y se constata la existencia y naturaleza de la relación obligatoria principal. Si el proceso termina de forma anticipada, será necesario acudir a otro parámetro. En ese sentido, considerando la afinidad de las costas con la responsabilidad civil, una posible alternativa

consiste en aplicar el criterio de solidaridad contemplado en el artículo 1046 del Código Civil.

Para el evento de que la condena sea divisible, la persona juzgadora podrá graduar cómo se distribuye la responsabilidad entre los sujetos vencidos. En efecto, si uno de ellos contribuyó más en el irrespeto del derecho de la parte victoriosa, será lícito imponerle una cuota mayor en el pago de las costas.

Por otro lado, el artículo 73.3 del reciente Código Procesal Civil señala que, si la condena favorece a varias personas, aprovechará a todas por partes iguales, salvo que se justifique una distribución diferente. A saber, la primera parte de la norma aludida establece la regla de dividir el importe de la condena entre las diferentes personas acreedoras.

El fraccionamiento descrito puede llevar a resultados inaceptables. A manera de ejemplo, una persona demanda a dos sujetos. A pesar de que figuran como parte demandada, estos dos sujetos pasivos defienden posiciones antagónicas entre sí; de modo que es imposible que litiguen conjuntamente. Por el contrario, cada uno de ellos contrata una persona abogada, que, aplicando el arancel de honorarios profesionales, les cobra un millón de colones por concepto de honorarios profesionales. Una vez que se dicta la sentencia, se declara sin lugar la demanda y se condena a la parte actora a cancelar las costas, las cuales se fijan precisamente en un millón de colones. Si el importe de esta condena se divide en dos cuotas iguales, cada una de las personas demandadas recupera quinientos mil colones de la parte vencida; mientras que soporta la pérdida de quinientos mil colones.

Asimismo, el valor del tiempo invertido por la parte en asistir a los actos del procedimiento en que fuera necesaria su presencia, es uno de los componentes de las costas. Si en el mismo ejemplo una de las personas demandadas es médica y la otra abogada, se le debe reconocer a cada una, de acuerdo con el valor de su hora profesional, el

tiempo que le dedicaron a las audiencias orales. Véase que no hay forma válida de fraccionar esa indemnización.

En suma, interpretando la última frase del mencionado artículo 73.3, que se refiere a los supuestos en que se justifique una distribución diferente, se propone el reconocimiento integral de las costas en los casos citados.

9. Conclusiones

Con las salvedades legales, las personas que se someten a un litigio, y resultan victoriosas, no tienen por qué soportar pérdidas económicas.

De igual modo, es nocivo que se condene a pagar costas a una persona que tuvo motivos plausibles para litigar.

La correcta aplicación de la figura de las costas tiende a evitar los resultados perniciosos indicados.

El reciente Código Procesal Civil contiene mejoras en el tema de las costas. En efecto, autoriza la condena en toda resolución que le ponga fin al proceso, define con mayor precisión las causales de exoneración y regula las situaciones de pluralidad subjetiva, satisfacción extraprocesal y levantamiento de las medidas cautelares.

No obstante, algunas cuestiones, que estaban reguladas en el Código Procesal Civil derogado, no se mencionan en la nueva normativa. Es el caso de las costas en los incidentes.

Por otro lado, el Código Procesal Civil del 2016 introduce una importante cantidad de conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos, tenemos los actos en que es necesaria la presencia de la parte, los gastos indispensables, las pretensiones exageradas, la modificación sustancial de lo pretendido, el vencimiento recíproco trascendente, la buena fe, la lealtad, la probidad y el uso racional del sistema procesal. Además, la normativa se remite al análisis de las circunstancias en sus artículos 54.2 y 73.3.

En estos casos será indispensable la labor interpretativa de las personas juzgadoras. Si bien existe el riesgo de que se apliquen criterios opuestos, se considera que hay un espacio importante para el aporte jurisprudencial e, incluso, para el uso de herramientas jurídicas como la casación en interés de la ley y la jurisprudencia.

Referencias bibliográficas

Adolfo Alvarado Velloso (2009) *Sistema procesal garantía de libertad Tomo II*, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni

Sergio Artavia Barrantes y Carlos Picado Vargas (2017) *Comentarios al nuevo Código Procesal Civil Tomo II (artículos 41 al 76)* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Faro S.A.

Andrés De la Oliva, Ignacio Díez-Picazo y Jaime Vegas (2016) *Curso de Derecho Procesal Civil I parte general*, Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Arece

Juan Montero Aroca y José Flors Maties. (2012) *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal volumen I (temas 1 al 29)*, Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanc.

Gerardo Parajeles Vindas (2005) *El abuso procesal*, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Notas al pie

- 1 Artavia, S. y Picado, C. (2017) *Comentarios al nuevo Código Procesal Civil Tomo II (artículos 41 al 76)* Costa Rica, Editorial Jurídica Faro S.A., páginas 778 y 779.
- 2 La jurisprudencia argentina sigue dicha tesis. Alvarado, A. (2009) *Sistema procesal garantía de libertad Tomo II*, Argentina, Rubinzal-Culzoni, páginas 223 a 225.
- 3 Artavia, S. y Picado, C. Op. Cit. páginas 777 y 778.
- 4 Para los efectos de esta monografía, se considera que la persona interventora adhesiva no figura parte en el proceso. Sin embargo, un sector de la doctrina la cataloga como parte. Montero, J. y Flors, J. (2012) *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal volumen I (temas 1 al 29)*, España, séptima edición, Editorial Tirant lo Blanc, página 16/8
- 5 Se advierte que en el nuevo Código Procesal Civil no se utiliza la figura del auto con carácter de sentencia. En efecto, su artículo 58.1 incorpora tres clases de resoluciones: providencias, autos y sentencias.
- 6 Conforme se explicará en el apartado quinto de esta monografía, el reciente Código Procesal Civil elimina la distinción entre las costas personales y procesales. Por ese motivo, su artículo 73.1 unifica el concepto de costas.
- 7 En estricto sentido, las pretensiones incidentales son aquellas que tienen relación inmediata con el proceso principal. Esta conclusión se deriva del artículo 113.1 del nuevo Código Procesal Civil. Sin embargo, hay otro tipo de petitorias, que también se conocen por la vía incidental, pero que no reúnen dicha característica.
- 8 Se entiende por proceso la serie o sucesión jurídicamente regulada de actos, en la que intervienen el órgano jurisdiccional y las partes, tendentes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto. De la Oliva, A., Díez-Picazo, I., Vegas, J. (2016) *Curso de Derecho Procesal Civil I parte general*, España, tercera edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, página 190.
- 9 Artavia, S. y Picado, C. Op. Cit. Página 783.
- 10 Parajeles, G. (2005) *El abuso procesal*, Costa Rica, primera edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., páginas 164 y 165.
- 11 Alvarado, A. Op. Cit. página 212.
- 12 Las dos secciones del Tribunal Segundo Civil de San José han sostenido posiciones contradictorias en cuanto a la condena en costas a favor de una pluralidad de personas. La sección primera ha considerado que existe una sola condena, que se divide entre las personas vencedoras. En ese sentido, se puede consultar su voto 181-2012. Mientras que la sección segunda ha estimado que establecer un único monto constituye una lesión patrimonial, cuando han existido patrocinios letrados separados. En esa dirección, se puede consultar su voto 164-2015.

ALGUNAS INNOVACIONES SOBRE HONORARIOS LEGALES EN LA LEY 9342

Lic. Carlos Manuel Estrada Navas*
profesorestradanavas@gmail.com

RESUMEN:

El objetivo del presente estudio es analizar si la Ley 9342 introduce innovaciones en tema de honorarios legales. Desde 1937 ha habido controversias científicas y jurisdiccionales entre cliente y el agremiado al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica en cuanto propiedad y regulación de honorarios legales. La nueva Ley aporta al menos dos innovaciones que los y las juristas y los tribunales deberán analizar.

Palabras clave: honorarios / costas / cliente / propiedad / abogacía.

SOME INNOVATIONS ON LEGAL FEES IN LAW 9342

ABSTRACT: *This investigation is aimed to explore if Law 9342 introduces innovations in the legal fees issue. Since 1937 there has been scientific and jurisdictional controversies between clients and members of the Costa Rican Bar about the ownership and regulation of legal fees. New Law poses at least two innovations that jurists and courts must analyze.*

Keywords: *fees / expenses / client / ownership / advocacy*

* Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, desde 1984. Miembro de la Cátedra de Derecho Privado, UCR, desde 1985, en la actualidad (2018) imparte el curso Derecho Privado II. Ex-Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la Sala Constitucional (2013-2017) y en la Sala Tercera (2007-2011). Defensor Público, Juez Penal, Juez Superior Penal (1984-1998). Ponente sobre Derechos del Concebido en el Congreso Jurídico Nacional del Centenario del Código Civil. Licenciado en Derecho graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1983). Presidente del Tribunal Electoral de la Federación de Estudiantes Universitarios FEUCR (1982) y del Tribunal Estudiantil de Derecho. Diploma en Derechos Humanos (Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin, Estrasburgo, Francia, 1982).

Introducción

Desde 1937, cuando se reformó la legislación inspirada en la Ley de Enjuiciamiento Civil español que nos regía, nuestra legislación procesal civil contiene el principio de que los honorarios le pertenecen al o a la profesional en Derecho, y que los honorarios son uno de los componentes de las costas que se deben en todos los procesos judiciales.

El problema central que ahora nos ocupa es si tal principio de pertenencia le permite al o a la profesional en Derecho o no aspirar a una tutela directa de sus intereses o, si por estar excluida, conceptual y doctrinariamente, la existencia de una relación jurídico-procesal hacia la contraparte de su cliente, este debe más bien gestionar el cobro, y el o la profesional debe cobrar con las resultas de esa gestión.

El objetivo del presente estudio es analizar si la Ley 9342 introduce innovaciones en el tema de honorarios legales. Para desarrollar esta idea, veremos cómo, en escasos ochenta años de historia, el tema ha sido objeto de varias reformas legales, de interpretaciones dispares doctrinarias y judiciales, y se esperan ahora cambios en esta problemática.

Desarrollo

1 La reforma de 1937

Es necesario remontarse a 1937 para constatar cómo la legislación procesal civil costarricense sufrió un cambio que en ese momento fue considerado mayúsculo, en el tema de la pertenencia o propiedad de los honorarios de abogado que se generaron como parte de las costas debidas en un proceso judicial.

Antes de la reforma, simplemente el esquema legislativo se basaba que las costas de toda índole eran a cargo de la parte perdedora y a favor de la parte victoriosa del litigio, dejando por fuera de esa relación a las respectivas personas

profesionales en Derecho que habían asesorado a las partes. Esto es reflejo de la concepción de que el proceso genera relación jurídico procesal entre las partes (por ejemplo, actor y demandado); pero no así entre las personas que asesoraran a una parte y las demás partes o personas asesoras: las partes se deben entre sí el pago de las costas, mientras que las partes deben a sus asesoras y asesores jurídicos honorarios, ya que lo adeudado por asesoría no es dable cobrarlo directamente a la contraparte.

Al parecer, para aquella época, se presentaba el problema de que, en ocasiones, las personas profesionales en Derecho veían impedido el cobro de sus honorarios por determinadas maniobras de la contraparte de su cliente, y el legislador quiso corregir esa anómala injusticia introduciendo al nuevo texto reformado del entonces vigente Código de Procedimientos Civiles, la siguiente redacción: “Artículo 1043.- Los honorarios de abogado pertenecen a éste. [...]” (VINCENZI, 1979, p. 228).

Con esta reforma, véase cómo se afirmó legislativamente que la parte de costas en ese entonces llamadas personales que correspondían a honorarios, le pertenecían a la persona profesional en Derecho que asesoró a la parte respectiva. Pero, ¿significa esto que el o la profesional puede aspirar a una tutela directa de los honorarios en su favor? ¿Puede gestionar directamente liquidaciones, embargos, pedir giros y defender sus honorarios? ¿O el cliente debe hacer esto para luego pagarle a la persona profesional en Derecho que lo asesoró?

2 Jurisprudencia que desarrolló y explicó la reforma de 1937

Cuando el legislador introduce cambios a los textos legales, se suscitan discusiones que la doctrina se encarga de clarificar; y los tribunales, de zanjar. En el tema que nos ocupa, es claro que hubo discusión, y encontramos al menos dos sentencias que citan la opinión del destacado jurista nacional don Antonio Picado Guerrero, según transcribimos:

La Sentencia de Casación de 2:45 horas p.m. del [sic] enero de 1926 estimó que el acreedor de las costas personales y más concretamente de los honorarios de abogado, no era éste sino el litigante de su patrimonio, pues “entre el abogado o procurador de una de las partes condenadas, y la parte o parte contrarias no hay relación ninguna de derecho [...]” El abogado o procurador no puede reclamar honorarios sino a la persona a la que aprovechó sus servicios.

Para sentar la regla contraria contenida en el artículo 1043 del Código respectivo, el reformador de la legislación procesal de 1938 fue guiado por la idea de expeditar al profesional en Derecho, el cobro del honorario legal devengado en un proceso. Así bajo el cuidado del Lic. Don Antonio Picado Guerrero, (pp. 451 y 454), en la primera leemos:

Los artículos 1040 y 1043 confirman la jurisprudencia de que los honorarios de abogado le pertenecen a este. Dicha tesis resulta de evidente beneficio para los y las profesionales, de gran justicia, pues con mucha frecuencia la parte perdidosa reitera el juicio con distinta forma para evitar la excepción de cosa juzgada, y embarga todos los derechos de la parte victoriosa, incluso las costas personales, impidiendo así que el abogado perciba el producto de su trabajo.

En la página 454, se indica:

La jurisprudencia a que alude la exposición de la Comisión de Magistrados era de la Sala Primera de Apelaciones, pero la Sala de Casación la revocó manteniendo el principio de que los honorarios pertenecen a la parte. La Comisión del Congreso consideró que lo justo y conveniente era establecer que los honorarios pertenecen al abogado [...]. Pero es evidente que la reforma no tuvo la virtud de cambiar la razón de la condenatoria en costas, indemnización, así sea parcial tan solo,

para quien se vio obligada a incoar o sostener un litigio por la equivocación o la temeridad de la contraria. N.º 118 de 16:30 horas del 2 de diciembre de 1952, semestre II, tomo único, página 1468. (PÉREZ, 1977, p. 250).

Sobre el mismo tema, pero en criterio de minoría de las personas juzgadoras que les correspondió integrar la Sala de Casación, encontramos la siguiente idea: “[...] Los anteriores comentarios ponen de manifiesto que el espíritu de la reforma no riñe con la doctrina de la institución de las costas pues lo que se quiso fue proteger al abogado que no ha recibido ningún pago de honorarios, no así otorgarle título de propiedad con prescindencia de los derechos del cliente, menos aún para que pudiera cobrar honorarios por partida doble [...] VOTO SALVADO. N.º 57 de 15:15 horas del 26 de mayo de 1971, semestre I”. (PÉREZ, 1977, p. 251).

Como se puede apreciar, el tema no fue pacífico ni la solución unánime. Si bien la afirmación legislativa parece contundente, en cuanto a que la pertenencia se atribuye al o a la profesional en Derecho, la dicotomía costas versus honorarios continuará en nuestro país, de hecho, hasta la actualidad.

3 *Reforma de 1961*

Tenemos la impresión de que la reforma de 1937 no logró acabar la discusión ni garantizó cómo se había propuesto y cómo había aplaudido la doctrina nacional la tutela a favor de las personas profesionales en Derecho de los honorarios que les adeuden las partes procesales, pues en 1961 se promulgó la Ley N.º 2859 del 14 de noviembre, la cual dispuso lo siguiente:

Artículo 2º.- El profesional no podrá cobrar menor cantidad por honorarios, ni los tribunales podrán fijarlos, que la señalada en el arancel que antecede, por lo que serán absolutamente nulos los actos, convenios, estipulaciones y resoluciones

que hagan una fijación menor de los dispuesto en esta ley. La violación de la prohibición establecida en este artículo, cuando fuere manifiesta o en resolución firme, será penada con la suspensión del ejercicio de la profesión del abogado o del respectivo funcionario judicial, por un mes, que será impuesto aun de oficio por el Juez o el superior de éste, cuando fuere del caso, que conociere del negocio o por vía de queja, a instancia de cualquier interesado o miembro del Colegio de Abogados; en el caso de profesionales litigantes, puede imponer la sanción la Directiva de dicha Corporación, sin recurso alguno en todo evento. Cuando la sanción la imponga un Juez, deberá comunicarla inmediatamente al Colegio de Abogados para su publicación en el diario oficial. Como excepción a lo aquí dispuesto, el abogado podrá no cobrar honorarios si lo hiciere en forma total y de manera expresa, o cuando se trate de ascendientes, descendientes o parientes colaterales, consanguíneos o afines, hasta el tercer grado, o si el cliente fuera un colega. No estarán sujetos a lo aquí establecido los profesionales que presten servicios a sus clientes por un sueldo fijo (IMPRENTA NACIONAL, 1961, p. 357).

Pensamos que si el legislador volvió a insistir en el tema, incluso con advertencia de fuertes sanciones a los operadores jurídicos que irrespetaran las normas tutelares de los honorarios de las personas profesionales en Derecho, es porque el tema que nos ocupa seguía siendo objeto de controversia en la práctica forense.

4 Doble tarifa y disparidad de montos

Cabe destacar, para más confusión y discusión, que durante muchos años en nuestro país hubo dos tarifas distintas para valorar las labores de las personas profesionales en Derecho que asesoraban en juicios civiles a las partes.

Esto fue así, pues a nivel legal, el Código de Procedimientos Civiles establecía en su artículo 1040 la tarifa que las autoridades juzgadoras debían utilizar para calcular las costas personales, en el rubro honorarios, mientras el Colegio de Abogados y Abogadas, amparado en su ley, instaba al Poder Judicial a promulgar el arancel respectivo, el cual rige en tanto el Poder Ejecutivo lo avale y lo convierta en decreto ejecutivo.

Consecuentemente, cuando la autoridad juzgadora hacía la fijación, normalmente el monto fijado a título de costas personales era inferior al resultante de una fijación de honorarios según el arancel. Esto generaba una disputa entre el cliente y el o la profesional en Derecho, pues la suma que la parte victoriosa podría recuperar de los honorarios que pagó a la persona profesional en Derecho que la asesoró no alcanzaba con el importe que la autoridad juzgadora fijaba como costas personales.

Esta disparidad desapareció de nuestra realidad forense al entrar en vigencia el Código Procesal Civil, pues este derogó la doble tarifa y unificó la manera de calcular las costas personales y los honorarios remitiendo para todo efecto al Arancel del Colegio de Abogados y Abogadas.

5 El Código Procesal Civil de 1989 y la continuación del conflicto

En el Código Procesal Civil, aún vigente al momento de redactar la presente investigación, encontramos que además de suprimir el doble tarifario, el legislador en el tema que nos ocupa se limitó a transcribir y dejó incólume, el texto que tenía el artículo 1043 del Código de Procedimientos Civiles, solo que ahora pasó a ser el artículo 237 así: “Artículo 237. Pertenencia de los honorarios de abogado. Los honorarios de abogado pertenecen a éste [...]”. (IMPRENTA NACIONAL, 1989, p. 60).

Sin embargo, cincuenta años después de la reforma de 1937 que dio al texto legal dicha redacción, posiblemente ya se había olvidado

la finalidad tutelar o protectora de los derechos de la persona profesional en Derecho que había inspirado el concepto de pertenencia de costas y honorarios, y es así como volvemos a encontrar, en la práctica, que las autoridades juzgadoras usualmente dejan sin mayor protección a tales profesionales.

De entre muchísimas resoluciones judiciales por el estilo, se destaca la que transcribimos a continuación en lo que interesa, pues fue objeto de divulgación nacional en una publicación coordinada, patrocinada y dirigida por el Colegio de Abogados y Abogadas:

9. COSTAS. *Forma de calcular las personales. Diferencia entre costas personales y honorarios. “Los Honorarios [...] son aquellos emolumentos que fijan el cliente y su abogado, que a veces coinciden con las costas personales, pero no necesariamente tienen que serlo, donde los honorarios se rigen rigurosamente por un Decreto Ejecutivo N°32.493-J [...] el Decreto de Honorarios vigente sirve como consulta, como parámetro, pero no obliga a la Juzgadora [...] a aplicarlo estrictamente, ¿por qué? Precisamente porque de lo que se trata es de fijar costas personales y no los honorarios. Aquí no hay un comprobante de que la parte actora haya invertido los diez millones y resto que cobra por concepto de costas personales a título de honorarios, tampoco o más bien me obliga esta situación a revisar la complejidad del asunto, lo que significó la parte escrita, que les decía llegó hasta la audiencia que se le dio al actor de la contestación del Estado, posteriormente una sentencia, este asunto fue tratado como de puro derecho y además, por qué no, tomar en cuenta la cuantía, pero no porque obligue sino porque es parte de los elementos que se analizan para determinar las costas personales [...] Yo no puedo considerar entonces para efectos de ejecución un extremo que no surgió a la vida, lo que podría considerar es un*

extremo accesorio a título de compensación, en caso de que a partir de que se le imponga la obligación al Estado se genere una mora y entonces sí reconocer intereses legales a título de compensación [...] (Tribunal Contencioso Administrativo, resolución n.º 2324-2010, de las 15:00 horas del 8 de junio de 2010. En el mismo sentido, ver la resolución de ese tribunal n.º 1991-09 del 14 de septiembre de 2009). (COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA, 2011, p. 336).

6 *Innovaciones en el nuevo Código Procesal Civil*

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, Ley 9342, a partir del 9 de octubre de 2018, aparentemente la situación de comentario no sufriría variación, pues en efecto, el artículo 76 de este nuevo Código vuelve a indicar lo mismo que decía el artículo 237 del Código Procesal Civil de 1989. Pero se pueden detectar, al menos, dos cambios sutiles que habrán de ser objeto de aclaración doctrinaria y de decisión judicial, los cuales parecen reforzar la idea del retorno a la tutela efectiva que en la ya lejana reforma de 1937 se propuso para el profesional en Derecho .

En efecto, por una parte, se eliminó la denominación costas personales, ahora todo son costas y por ende, parece que se reitera la concepción de que el tema costas vincula únicamente a las partes procesales, y excluye de la relación jurídica procesal a las personas profesionales en Derecho que las asesoran. Pero, por otra parte, se introduce en el mismo artículo 76 del nuevo Código Procesal Civil, en su párrafo final, la siguiente proposición normativa: “Artículo 76 [...] No podrán ser embargados por deudas del cliente la parte de los honorarios que corresponde al abogado. El cliente no podrá transigir ni renunciar a la parte de los honorarios que corresponde al abogado”. (TORRENTES, 2018, p. 97).

Da la impresión de que el legislador, al afirmar esta protección frente a embargos (provenientes

en principio, de la contraparte de su cliente) parece retomar la idea que la doctrina nacional nos señalaba décadas atrás en boca de don Antonio Picado Guerrero y sentencias de casación arriba transcritas. Y en cuanto a que el cliente no pueda disponer, por transacción o renuncia, los honorarios, sería precisamente un derivado lógico de la tesis de que estos pertenecen a la persona profesional en Derecho, no al cliente.

Así parece legítimo deducir que, bajo la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, mediante una interpretación ya no solo literal, sino también sistémica de la legislación procesal, será dable a las personas profesionales en Derecho reclamar tutela más directa de sus honorarios o, al menos, mejor que la que las legislaciones procesales precedentes ofrecían. Los tribunales, desde luego, tendrán su oportunidad de pronunciarse al respecto.

Conclusión

Aunque el legislador mantuvo la redacción que regía en Costa Rica desde 1937 en punto a que los honorarios pertenecían a las personas profesionales en Derecho, la introducción de dos nuevos dispositivos normativos (defensa de embargos, prohibición de que el cliente disponga) hacen factible retomar la discusión, doctrinariamente y a nivel de decisiones que las personas juzgadoras tomen ahora bajo la vigencia del nuevo Código Procesal Civil a partir del 9 de octubre de 2018, en cuanto a la tutela de los intereses de las personas agremiadas al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Referencias Bibliográficas

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA, (2011). *Código Procesal Contencioso Administrativo con jurisprudencia de los nuevos tribunales contenciosos y la Sala I de la Corte Suprema de Justicia San José*, Costa Rica: Impresión Gráfica del Este S. A.

IMPRENTA NACIONAL. (1961). *Colección de leyes y decretos*. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional.

IMPRENTA NACIONAL. (1989). *Código Procesal Civil*. San José, Costa Rica: Imprenta Nacional.

VINCENZI, A. (1979). *Código de Procedimientos Civiles*. San José, Costa Rica: Impresos Mil Copias S. A.

PÉREZ, V.; CERTAD, G.; VILLALOBOS, M. E.; SELVA, A.; BOU, Z., MAINIERI M.; KIERSZENSON, J. (1977). *Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950-1975*.

Ciudad Rodrigo Facio, Costa Rica: Editorial Universidad de Costa Rica.

TORRENTE, J. E., (2018). *Código Procesal Civil*, San José, Costa Rica: Editec Editores, S. A.

PERPETUIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA COMPETENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Lic. María Angélica Fallas Carvajal*
angefallas@hotmail.com

RESUMEN:

Se vislumbra un instituto innovador, en el nuevo Código Procesal Civil como: "La Perpetuidad en la Competencia", inicia su aplicación el 8 de octubre de 2018 en nuestro país. El presente artículo, pretende construir el conocimiento de la Competencia que ejercen las personas que administran justicia, su definición, las formas de Competencia Objetiva y Subjetiva y la figura de la aplicación de la Perpetuidad en sus dos modalidades. Al final, se responderá a la interrogante: ¿La figura de la perpetuidad de la competencia objetiva y subjetiva, constituye una solución a la celeridad del trámite del conflicto jurídico?

Palabras clave. Perpetuidad de la Competencia, Competencia Objetiva y Subjetiva, jurisdicción, Código Procesal Civil (CPC), prórroga, causales de impedimento, inhibitoria, recusación, pérdida y suspensión.

OBJECTIVE AND SUBJECTIVE PERPETUITY OF COMPETITION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: *An innovative institute is envisaged, in the new Civil Procedure Code as: "Perpetuity in Competition", begins its application on October 8, 2018 in our country. This article aims to build knowledge of the competence exercised by people who administer justice, its definition, the forms of objective and subjective competition and the figure of the application of Perpetuity in its two modalities. In the end, the question will be answered: Does the figure of the Perpetuity of Objective and Subjective Competence constitute a solution to the speed of the process of the legal conflict?*

Keywords. *Perpetuity of the Competition; Objective and Subjective Competition; Jurisdiction; Code of Civil Procedure (CPC); Extension; Causes of Disability; Inhibitory; Discussion Loss and Suspension.*

* Licenciatura en Derecho y Notariado. Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialización, Curso de Formación Judicial "Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en Materia Laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Egresada de la Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, con énfasis en materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Jueza de Trabajo.

I. Antecedente

Bajo el prisma que dentro de un sistema procesal moderno, se deben buscar soluciones siempre en pro de la celeridad de un proceso y, con ello, generar mayor satisfacción a las partes, se trae a colación la reafirmación de la Perpetuidad de la Competencia en sus dos modalidades objetiva y subjetiva, la cual se extrae en su aplicación.

El concepto de la *perpetuatio jurisdictionis* es un elemento que se deriva del principio del debido proceso, con arraigo en las garantías constitucionales de la ciudadanía, como el hecho de que todas las personas puedan tener un juicio justo y el acceso a la doble instancia.

Esto constituye los pilares fundamentales de derechos y libertades de los que accedan a la justicia, bajo la connotación de tener una “justicia pronta y cumplida”. Por tanto, una vez determinadas la jurisdicción y la competencia, tras la interposición de la demanda y su admisión, esta no puede ser modificada por razones de hecho o de derecho sobrevinientes a ese primer momento procesal.

Bajo este espectro, el principio procesal ha adquirido con el tiempo connotaciones de principio constitucional de gran valor democrático que se han integrado con las mismas normas de nuestra Constitución Política.

II. Elementos generales de la competencia

Con el propósito de dar una pincelada en la construcción de este tema, es necesario resaltar la definición de competencia. Según López (2017), es la forma en que se distribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional. En este sentido, comprendemos que esta distribución se da entre las personas juzgadoras alrededor del país. Entre otras definiciones de la competencia, se indica que “Es la aptitud legal para cumplir un acto o para instruir y juzgar un proceso”. (Enciclopedia Jurídica, reproducido <https://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>).

Por tanto, García (2012) señala que la competencia resulta indispensable para que se pueda delimitar la actuación válida de una autoridad, de la persona administradora de justicia que, al intervenir en una situación concreta, es con el fundamento de que la ley le ha concedido la competencia necesaria.

Teniendo claro lo que es la competencia, es menester señalar que esta no debe ser confundida con la jurisdicción, ya que esta última es como el corazón de una persona, único e indivisible, y se adquiere desde su concepción. En este caso, por el hecho del nombramiento de la persona juzgadora, esta investidura recae sobre una persona bajo los términos de nuestra Constitución Política, (artículos 152 y 153) a fin de resolver conflictos jurídicos de la ciudadanía, y es el otorgamiento de un poder-deber, el cual precisa López (2013), es como el que ejercen las personas que administran justicia y los árbitros, y comprende cuatro actividades fundamentales, tales como adoptar medidas de seguridad o cautelares, dictar resoluciones, resolver el conflicto interpuesto por la ciudadanía y, por último, procurar el cumplimiento de lo que la persona juzgadora ordena.

Al respecto, mediante la resolución número 1302-92, el Tribunal Primero Civil de San José agregó para efecto de corregir esa confusión que:

No se debe confundir la jurisdicción como la potestad de resolver conflictos jurídicos (artículo 7 Código Procesal Civil) con la competencia, como la manera de distribuir aquella. Es decir la Jurisdicción es una e indivisible y se adquiere sólo por el hecho de ser juez, más la competencia es la forma de distribuirla ya sea por la materia, cuantía, territorio o grado. (La negrita no es del original).

La jurisdicción se puede perder cuando la persona juzgadora está suspendida temporalmente en sus funciones, o deja su cargo, (art. 162 de la Ley Orgánica) e, incluso, por razones naturales como su fallecimiento. En el nuevo Código Procesal

Civil no se observa la regulación del término jurisdicción a diferencia del actual Código, por cuanto se parte de que no debe existir ya confusión al respecto.

III. Formas de competencia

En el Código Procesal Civil, tanto en el vigente como en el nuevo que rige a partir del mes de octubre de 2018, que es ahora el de nuestro interés, se regulan las dos formas de competencia: objetiva y subjetiva, cada una de ellas lleva implícita elementos para su distinción.

1 .Competencia objetiva

Está referida a analizar la determinación del tribunal competente, en sí mismo, sin valorar a los sujetos procesales que intervienen, independientemente de la persona física que ocupe el puesto titular o suplente. De acuerdo con García (2012), la competencia objetiva se refiere a la función de la persona juzgadora que no se relaciona con el sujeto que tenga el cargo, solo se conoce el tribunal para presentar el conflicto de las partes. Los criterios determinantes de esta forma de competencia son por la materia, cuantía, territorio. (Art. 8 CPC).

1.1. Materia

Se traduce en que los tribunales son competentes, conforme a la especialidad de la materia del debate (art. 8.1.CPC), entendida como civil, laboral, penal, contencioso, familia u otras. Al respecto, es menester señalar que, a través de la historia judicial, cuando en una zona rural o cantón de nuestro país, la cantidad de habitantes y de juicios es menor, no existe la necesidad de hacer juzgados especializados en cada materia, tales como civil, familia, penal, laboral u otras, por cuanto, recae en un solo juzgado, que conoce de todas esas controversias o algunas de ellas, conocido en el pasado como “juzgado mixto” y, en la actualidad, como “juzgado contravencional y de menor cuantía”.

Sin embargo, García (2012) precisa que efectivamente la expansión impone la creación de otras materias y, a su vez, la necesidad de contar con juzgados competentes.

Ahora bien, la definición de este criterio siempre estará amparada a la ley, por cuanto es mediante norma expresa que el tribunal competente establezca, ya sea por la materia, o a la persona juzgadora competente, conforme a los elementos determinantes en cada una de las materias que implique el conocimiento en otro tribunal.

En ese sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que quienes administran la justicia son los juzgados y tribunales de menor cuantía, contravencionales y de asuntos sumarios, juzgados de primera instancia y penales, tribunales colegiados, tribunales de casación, Salas de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Plena. Asimismo refiere que la Corte Suprema de Justicia establecerá el número de jueces tramitadores y decisores, servidores judiciales que deben tener los tribunales de cualquier categoría y materia, tomando en consideración las necesidades propias del despacho, en aras de la mejor realización del servicio público de la justicia.

En ese sentido, a partir del artículo 95 de la citada ley, se establecen las materias y los elementos implícitos que los tribunales conocerán, a fin de regular la competencia por materia, a lo cual López (2017) precisa que conviene que esto sea regulado en la Ley Orgánica y no en el Código Procesal Civil, por motivo de los constantes cambios en la evolución de la organización. Este criterio de competencia no es prorrogable, y el tribunal debe declarar su incompetencia en cualquier estado del proceso, salvo que se haya definido en una resolución que se encuentre firme. (Art. 9.1. Código Procesal Civil).

1.2. Cuantía

Está relacionado a que los procesos serán de mayor y de menor cuantía, conforme a la estimación de la demanda, cuando el criterio

determinante de la competencia sea por la cuantía. (Art. 8.2. CPC). López señala que este elemento (2017) sigue siendo determinante, y lo podemos justificar en dos razones: para la organización de la jurisdicción civil y para establecer la forma de actuación de los órganos jurisdiccionales que incluso permite racionalizar el gasto que implica la actividad de impartir justicia.

En algunos casos, conforme a la cuantía, se podrán fijar honorarios y gastos, admisibilidad de recursos, por ejemplo, ante el Recurso de Apelación de la Sentencia; si es de menor cuantía, un integrante del tribunal lo conoce en forma unipersonal; si es de mayor cuantía, el tribunal lo conoce en pleno, y si se trata de un recurso de casación, este solo se interpone contra sentencias dictadas en procesos ordinarios de mayor cuantía o inestimables. (Arts. 67.5, 69.1, y 184.4 CPC). Igualmente en el criterio de la materia, la competencia no es prorrogable, y este tribunal debe declarar su incompetencia en cualquier estado del proceso, salvo que se haya definido en una resolución que se encuentre firme. (Art. 9.1. CPC).

1.3. Territorio

Los tribunales tienen limitada su competencia al territorio señalado para ejercerla, con las salvedades establecidas por ley. (Artículo 8.3. CPC). Los elementos determinantes de este tipo de competencia (arts. 8.3.1. al 8.3.5 CPC) establecen los siguientes conforme a los siguientes parámetros:

- a) **Donde esté la ubicación del inmueble.** En el cual está presente el principio de inmediación, el cual constituye un pilar fundamental. López (2017) lo justifica porque cuanto más cerca esté el inmueble del tribunal que conoce del proceso, más facilidad existirá incluso para el reconocimiento judicial del bien. También los principios de concentración y publicidad están presentes, ya que la cercanía permitirá la reducción de tiempos, y el conocimiento

del bien se facilita para los terceros. De acuerdo con este criterio, se conocerán las siguientes pretensiones: primero, respecto a los derechos reales sobre inmuebles, constitución, modificación o extinción; segundo, por arrendaticios sobre inmuebles o universalidades comprendidas en ellos; tercero, sobre mixtas o personales referidas o con efectos sobre inmuebles; por ejemplo, cuando se pretenda la nulidad de una donación, referida a un bien y, por último, la gestión, administración o mantenimiento sobre bienes inmuebles.

- b) **Domicilio de la persona demandante o promotora.** Surge en ciertos supuestos, tales como: en las infracciones en materia de propiedad intelectual, competencia desleal, protección al consumidor o el lugar donde sucedieron los hechos, así como en procesos judiciales no contenciosos, salvo los previstos para casos especiales.
- c) **Domicilio de la persona demandada.** Según López (2017), este criterio se fundamenta en la necesidad de facilitar la defensa de la persona accionada, por cuanto no se concibe un sistema procesal, donde este, además de tener los efectos de una demanda, tenga que ejercer su defensa en el lugar que la parte demandante considere conveniente. Además implica que este pueda demandar en un lugar que dificulte el ejercicio del derecho de contradicción, y también porque generalmente los muebles están ubicados cerca de la persona tenedora, poseedora o propietaria, para lograr la aplicación de los principios de inmediación y concentración. Se conocerá de las pretensiones de carácter personal, de cualquier naturaleza sobre bienes muebles y sobre los procesos concursales de personas no empresarias.
- d) **Criterio de actividad.** Referida al lugar donde se ejerció la actividad principal de la persona deudora o demandada; en primer lugar, será donde se ubique la organización

empresarial; en segundo lugar, donde esté el negocio más importante de la parte demandada; en tercer lugar, si hay más centros de actividad, será el que coincida con su domicilio real o estatutario (consignado en estatutos de persona jurídica), y por último, a falta de esa coincidencia, será en el territorio de cualquiera de esos centros para conocer, tales como procesos concursales de personas empresarias, impugnación de acuerdos de personas jurídicas y cualquier reclamación de los socios o miembros de esas personas contra estas y viceversa y rendición de cuentas de cualquier administración o causa semejante.

e) Criterios especiales. Están referidos a la naturaleza o urgencia de las pretensiones, por ejemplo:

- Aseguramiento de bienes, apertura y reconocimiento de testamento, sucesiones y ausencias será en primer lugar al último domicilio del causante o ausente; en segundo lugar, donde se ubique la mayoría de sus bienes, y en tercer lugar, si no se aplica ninguna de las dos primeras, será donde se presente la gestión por primera vez. Sobre este último, no se debe confundir con el criterio del tribunal que previno el conocimiento, que le dio curso al proceso de primero.
- Daños y perjuicios, será en primer lugar donde sucedieron los hechos, en segundo lugar en el domicilio del actor y, en tercer lugar, si son accesorios de una pretensión principal será al tribunal del proceso principal.

Asimismo, como criterio especial se estableció que a las referidas a actividades cautelares y preparatorias, era competente el tribunal que conocía del proceso principal, y en caso de urgencia, cualquier tribunal. Si es un proceso arbitral nacional o proceso jurisdiccional o

arbitral en el extranjero, se atribuye al tribunal de primera instancia del lugar donde se ejecuta el laudo o sentencia o donde las medidas deban surtir efectos. (Art. 8.4. CPC).

Visto lo anterior, tenemos que toda persona juzgadora tiene limitada su competencia al territorio y a la clase de asuntos que le estén señalados para ejercerla, salvo que le sea prorrogada o delegada. (Artículo 165 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Al respecto, con el Código Procesal Civil de 1990 vigente, la competencia por razón del territorio es prorrogable. En ese sentido, mediante el voto número 462-1999 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se señaló lo siguiente al momento de resolver:

La competencia por razón del territorio puede ser prorrogable y de ahí que los jueces puedan conocer, válidamente, aún de ciertos asuntos no sometidos a su competencia, cuando ésta les fuere, legalmente prorrogada, como resulta del artículo 165 párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual reza: El Juez sólo podrá conocer de los asuntos no sometidos a su competencia, cuando le fuere legalmente prorrogada o delegada.

En dicha resolución, se concluye que la prórroga de la competencia se encuentra sujeta a ciertas reglas como la establecida en el artículo 33 del Código Procesal Civil vigente, que esta solo es procedente por razón del territorio o procesos civiles contenciosos e, igualmente, el artículo 34 del mismo cuerpo de ley dispone la forma en que la competencia queda tácitamente prorrogada. Siendo así, se deduce que, para la parte demandante y la parte demandada, es un derecho que se le pueda dar la prórroga de competencia, en estas formas: la primera, con el hecho de ocurrir ante el tribunal no competente por razón del territorio para entablar su demanda, ejercitar la reconvención que se interpone; en segundo lugar, cuando presenta alguna gestión

o solicitud ante el tribunal, antes de interponer la excepción de incompetencia, y en tercer lugar, por no oponerse a que el proceso continúe ante el tribunal que no es competente, dentro del plazo de tres días.

Visto el funcionamiento actual con el Código Procesal Civil vigente, resulta ser distinto con el nuevo cuerpo normativo, en el cual se extrae que **el criterio de competencia por territorio no es prorrogable en forma expresa, sino que la regla general es la improrrogabilidad**, ya que los tribunales podrán declarar su incompetencia en dos momentos: antes de dar curso a la demanda, o bien cuando la parte accionada haya planteado la excepción dentro del plazo respectivo. (Art. 9.1. CPC).

Pero en caso de que no sucediera ninguna de las situaciones descritas, el tribunal se convierte en competente. Asimismo, tampoco los tribunales pueden delegar su competencia, y, en caso de que requiera auxilio de otros órganos y autoridades, será en los casos establecidos por ley. (Art. 9.2. CPC).

2. Competencia subjetiva

Esta forma de competencia hace referencia a la persona física que ostenta el cargo de persona juzgadora que debe ser imparcial, así como aplicar la objetividad en sus determinaciones, la cual puede estar limitada por ciertas circunstancias donde haya un interés directo en el proceso, o cuando haya intereses de amistad, enemistad, parentesco con alguna de las partes, entre otros factores. Esto provoca que el órgano jurisdiccional, ya sea una persona integrante o todas las integrantes del tribunal, deba separarse en forma parcial o total del conocimiento de un proceso, por criterios subjetivos.

Estas posibilidades se denominan “impedimentos” y son contempladas en la gran mayoría de los Códigos Procesales Civiles de diversos países, por lo que García (2012) concreta que le impiden a la persona juzgadora seguir conociendo de un

asunto puesto a su consideración, en virtud de que las determinaciones judiciales pueden verse afectadas de parcialidad.

Asimismo, dentro de los impedimentos clasificados en la ley se encuentra la “recusación” que sucede cuando no se ha percatado de la existencia de un impedimento o que, aun percatándose, permanece y no se excusa.

Cualquiera de las partes tiene a su alcance este procedimiento, a fin de que la persona juzgadora se separe del conocimiento de ese asunto. Al respecto López (2017) recalca que este nuevo cuerpo normativo, es decir, el Código Procesal Civil, simplifica la institución de la competencia subjetiva, por cuanto establece causales de impedimento y el procedimiento a seguir para la separación de la persona juzgadora versus el Código Procesal Civil de 1990, el cual es el vigente y, en este, se hace distinción entre recusación y excusa. Su procedimiento a seguir, así como sus efectos de la separación son determinados conforme a la gravedad de las causales.

2.1. Impedimento y sus causales

Es menester señalar que la regulación de las causales de impedimento de la persona juzgadora es una forma de dar relevancia a la garantía de un tribunal imparcial e independiente, bajo los principios que contienen una ética judicial.

Al respecto López (2017) hace referencia a que es necesario contemplar la lista de causales que incluso fue ampliada en el nuevo Código Procesal Civil, por motivo de que al sustentarse en el principio de concentración, es indispensable restringir al máximo la posibilidad de estar cuestionando la competencia de un tribunal, así se previene que el proceso no se atrase por resolver otros aspectos, y que no se abra un portillo para que se dé la discusión sobre la competencia subjetiva con un perjuicio en la celeridad del proceso. De esta forma, con ello la lista pretende a una persona administradora de justicia, impregnada de objetividad e imparcialidad.

Así el artículo 12 del nuevo Código Procesal Civil establece las siguientes dieciséis causales de impedimento de la persona juzgadora:

1. El interés directo en el resultado del proceso.
2. *Ser una de las partes cónyuge, conviviente, ascendiente, descendiente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, o segundo de afinidad del juez.*
3. *El interés directo en el resultado del proceso de cualquiera de los familiares del juez indicados en el inciso anterior. En tribunales colegiados, las causales de los incisos anteriores se extienden a los demás integrantes.*
4. *Haber sido el juez abogado, tutor, curador, apoderado, representante o administrador de alguna de las partes. Esta causal se extiende al cónyuge, conviviente, ascendiente y descendiente del juez.*
5. *Ser acreedor, deudor, fiador o fiado, empleado o patrono en relación con alguna de las partes. No hay causal si el nexo es con el Estado o cualquier institución pública. Tampoco, si se diera con una sociedad mercantil, una corporación, una asociación o cualquier otra persona jurídica, cuando el nexo con estas sea irrelevante para demeritar la objetividad del funcionario.*
6. *Ser el juez o alguno de los parientes indicados en el inciso 2), parte contraria de algunas partes en otro proceso, siempre que este no hubiera sido instaurado con el único propósito de inhabilitarlo.*
7. *Existir o haber existido, en los dos años precedentes a la iniciación del proceso, un proceso jurisdiccional o administrativo en que figuren como contrarios, respecto de alguna de las partes, el juez o sus parientes indicados en el inciso 2).*
8. *Deba el juez fallar en grado acerca de una resolución dictada por alguno de los parientes indicados en el inciso 2).*
9. *Ser o haber sido, en el último año, compañero de oficina o de trabajo de alguna de las partes.*
10. *Sostener el juez, su cónyuge, ascendiente o descendiente opinión contraria a la de algunas de las partes, en otro proceso de su interés.*
11. *Ser una de las partes juez o árbitro en otro proceso en que sea parte el juez o los parientes indicados en el inciso anterior.*
12. *Haberse impuesto al juez alguna corrección disciplinaria, en el mismo proceso, por queja presentada por una de las partes.*
13. *Haber externado, fuera de sus funciones, opinión a favor o en contra de alguna de las partes. Las opiniones expuestas o los informes rendidos que no se refieran al caso concreto, como aquellas dadas con carácter doctrinario o en virtud de requerimientos de los otros poderes o en otros asuntos de que conozcan o hayan conocido de acuerdo con la ley, no configuran esta casual.*
14. *Haber sido el juez perito o testigo en el proceso.*
15. *Haber participado en la decisión del acto objeto del proceso.*
16. *La existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad u objetividad.*

Esta última permite que se puedan dar recusaciones por los conceptos indeterminados, y no ya tan concretos como en las otras quince causales que, compartiendo el criterio de López (2017), pueden afectar la celeridad del proceso y hasta podría verse como una desventaja en el trámite.

Ahora bien, de acuerdo con García (2012), la **inhibitoria** es una forma mediante la cual, el tribunal se excusa del conocimiento de un asunto, y es tramitada por la misma persona interesada, presentada ante el tribunal que se estima

competente para pedirle a la persona juzgadora que dirija oficio al otro tribunal, a fin de que se inhiba de conocer el asunto, y le remita a este el proceso para que conozca del negocio planteado ante el tribunal incompetente.

En otras palabras, la **inhibitoria es el procedimiento** mediante el cual la persona juzgadora se separa de oficio del conocimiento de un proceso, de un conflicto interpuesto por las partes para que proceda la separación. López (2017) señala que es cuando se determine que se encuentra en alguno de los supuestos previstos por las causales de impedimento, citadas anteriormente. Para desarrollar el procedimiento, resulta ser diferente, si se trata de un tribunal unipersonal o si es colegiado. Bajo esta misma línea de pensamiento, tenemos que cuando sucede una de esas causales, la normativa del nuevo Código Procesal Civil regula dos situaciones:

- a) En caso de que la persona juzgadora, que ejerce en forma unipersonal, tenga causal, se inhibirá mediante una resolución y deberá pasar el proceso a quien deba sustituir, para que continúe con la tramitación de este. Si se considera que la inhibitoria se encuentra mal fundada, se podrá plantear el conflicto para que sea resuelto por el o la superior.
- b) En caso de un tribunal colegiado, si la inhibitoria es sobre una persona integrante, el resto del cuerpo colegiado podrá resolverlo. Pero si la causal comprende a todos las personas integrantes del tribunal, le corresponde resolver al tribunal sustituto conforme a las reglas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quien debe resolver en un plazo de veinticuatro horas. (Art. 13 CPC).

Corolario a lo anterior, debemos comprender que este debe ser un procedimiento simple, por cuanto las causales son claras y concretas. Al respecto López (2017) agrega que las discusiones deben ser mínimas, los tribunales deben revisar de oficio los aspectos sometidos a su conocimiento,

y las partes deben estar pendientes para informar por cualquier medio de comunicación, el cuestionamiento procesal de la competencia subjetiva.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que la inhibitoria de la persona juzgadora deberá estar resuelta antes de la celebración de la audiencia de recepción de prueba, y si esta ya se ha realizado, será antes de que se dicte la sentencia respectiva. (Art.15 CPC). La resolución emitida por el tribunal que conoció de la inhibitoria no tendrá recurso alguno. (Art. 17 del CPC).

2.2. *Recusación*

Es indispensable perpetrar en la definición de recusación, siendo así que en el *Diccionario-enciclopedia jurídica*, reproducido en la página web por: <http://diccionario.leyderecho.org/recusacion> encontramos que de acuerdo con el autor Guillermo Cabanellas Torres, la definición es:

Acción o efecto de recusar; esto es, el acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca de la causa, cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas.

Igualmente, en la misma página web, el *Diccionario jurídico mexicano* de 1994 de la Suprema Corte de Justicia de México, escrito por José Becerra Bautista, define la recusación de la siguiente forma:

Se trata de una institución ligada a la independencia de los jueces respecto al problema planteado y a las partes litigantes. Cuando el juez tiene interés tanto en el negocio, como vínculos con cualquiera de las partes litigantes, debe de dejar de conocer la controversia porque el interés, los vínculos familiares o religiosos, la amistad y la enemistad, o la dependencia económica impiden a cualquier ser humano ser imparcial en sus juicios, y como la

parcialidad trae como consecuencia la injusticia, se trata de evitar que una persona parcial administre justicia en un caso concreto. Es el deber de los jueces abstenerse del conocimiento de un negocio en el cual se presenta alguna de las causas que la ley considera presuntivas de parcialidad. Sin embargo, cuando el juez que tiene una causa para excusarse no lo hace, las leyes procesales conceden a las partes el medio legal para pedir al juez, que estiman parcial, deje de conocer del negocio y remita los autos a quien la legislación considere competente subjetivamente para conocer de ese negocio.

Por lo anterior, extraemos que la recusación es el procedimiento y el remedio legal que pueden y deben utilizar las partes involucradas y quienes ejerzan la abogacía dentro del caso, para impedir que el tribunal tenga el conocimiento del conflicto en cuestión, cuando estas aleguen una causal de impedimento, por motivo de que las relaciones, intereses y actitudes del tribunal con las partes pueden generar duda en la imparcialidad y objetividad de las partes en relación con el proceso, al momento de la emisión de las resoluciones.

Según López (2017), la recusación recalca que implica denunciar la falta de competencia subjetiva del tribunal, por encontrarse en uno de los supuestos en que la ley considera que existe un interés personal de la persona juzgadora.

Ahora bien, se analiza quién tiene la legitimación para interponer un procedimiento de recusación, ya que solamente podrá ser interpuesto por las partes en calidad de persona demandante o persona demandada, así como el interviniente que le perjudica la causal. (Art. 14.1.CPC). No obstante, es importante recalcar que, bajo el principio de justicia pronta y cumplida y de inmediación, no es procedente la recusación de la persona juzgadora, (art.14.2. CPC) en tres situaciones:

- a) Para el tribunal que ha sido llamado a tener conocimiento de una recusación que se

interpone para evitar que conozca de esa impugnación, ya que se da una creación de cadena interminable de cuestionamiento de la competencia.

- b) Para el tribunal que ejerce el cumplimiento de comisiones, por cuanto está actuando sin decir nada, ni emitir resoluciones de fondo.
- c) En procesos o actos de mera ejecución. En este tampoco, no hay razón, ya que la persona juzgadora no toma decisiones, únicamente se dedica a ejecutar lo decidido por otro tribunal.

Se declarará inadmisibile la gestión de recusación, y la persona recusada la rechazará de plano, a fin de evitar trámites dilatorios (art. 14.3. CPC), cuando surgen algunas de estas situaciones:

1. Concurra alguno de los supuestos, descritos anteriormente, tales como si se interpone contra el tribunal que conocerá una recusación, o el tribunal que conoce comisiones o procesos de ejecución.
2. No tenga fundamento en una de las causales expresamente previstas por ley.
3. La parte interesada haya intervenido antes en el proceso teniendo conocimiento de la causal.
4. No se presente un principio de prueba del hecho que se alega como causal.

Bajo esa tesitura, siguiendo la formalidad que todo proceso debe tener, existen también un tiempo y forma oportuna para interponer la recusación. López (2017) precisa que es necesario buscar el momento adecuado, en cuanto sea posible, para que no constituya un supuesto de suspensión del procedimiento, en la audiencia debe realizarlo en forma verbal y en los demás casos por escrito. De esta forma, deberá proponerse la recusación en

los siguientes momentos que están claramente determinados: primero al tener conocimiento de la causa en que se funde; en segundo lugar, si surge posteriormente alguna causal, deberá interponerse al inicio de la audiencia; y en tercer lugar, si con posterioridad a la audiencia de prueba y antes de la sentencia definitiva, siempre que se trate de causas no conocidas o sobrevinientes a la finalización de esa audiencia.

La gestión de recusación deberá contener los siguientes requisitos: la causa, los motivos de su gestión y deberá aportar toda la prueba que considere pertinente (art. 14.4. CPC).

En cuanto a su procedimiento, una vez que la gestión de recusación es interpuesta, se extraen diferentes situaciones tales como (art. 14.5. CPC):

- Si la persona juzgadora acepta la causal alegada por las partes, simplemente se inhibirá y se separa del conocimiento del asunto.
- Si la persona juzgadora niega la causal, siempre que sea posible deberá resolver en ese acto, dictando una resolución motivada, la cual podrá ser oral o escrita y ordenará pasar el proceso al tribunal correspondiente, para que lo tramiten por la vía incidental y decidirá si continúa con el procedimiento o lo devuelve al recusado. Si resulta denegada la recusación, los titulares continúan con el desarrollo de la audiencia y, si la admiten, se procederá a la sustitución para la continuación de la audiencia, en atención al principio de concentración para que sea posible.
- En caso de tribunales colegiados, la recusación que se interpone sobre uno de sus integrantes será resuelta por los restantes miembros. Pero si la causal comprende a todos los y las integrantes, el tribunal sustituto decidirá conforme lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial, N.º 7333 del 5 de mayo de 1993. Se otorga un

plazo de veinticuatro horas para resolver la recusación.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que el procedimiento de recusación interpuesto por las partes contra la persona juzgadora deberá estar resuelto antes de la celebración de la audiencia de recepción de prueba, o si esta última etapa está superada, será antes de que se dicte la sentencia respectiva. (Art. 15 CPC). La resolución emitida por el tribunal que conoció la recusación no tendrá recurso alguno, en ese sentido, se debe dar acatamiento a lo resuelto (art.17 CPC). Es importante resaltar que la solicitud de la recusación no suspende la práctica de actos procesales, los cuales seguirán siendo válidos, aunque se admita la gestión con la salvedad de que efectivamente se lesione el principio de inmediación.

Este procedimiento también resulta aplicable vía incidental, para las personas peritas que no hayan sido designadas por acuerdo de partes. Al respecto López (2017) precisó que si los peritos fueron seleccionados por las partes, también valoraron su idoneidad, por lo que no es posible que después de haberlos recomendado, procedan a recusarlos, considerando únicamente la excepción de causas sobrevinientes.

Asimismo, dicho procedimiento también procede para otros auxiliares judiciales, siendo así, les son aplicables a ambos las causales de impedimento, así como también se agregan la falta de idoneidad o pericia o haber vertido algún dictamen contrario a una de las partes (art. 18 CPC), y lo que se resuelva al respecto no tiene recurso de apelación.

Habiendo analizado la competencia objetiva y subjetiva a la luz de la nueva normativa procesal civil, es relevante considerar si ante un caso que se presente a la persona juzgadora, se interponga una excepción de falta de competencia por algún criterio objetivo y, al mismo tiempo, se plantea una gestión de recusación, evidentemente habría un problema de competencia. Y nos preguntamos qué se resuelve primero si la competencia objetiva

o la competencia subjetiva. Para contestar esta interrogante, observamos que el artículo 37 del Código Procesal Civil señala que:

El demandado deberá contestar la demanda por escrito, dentro del emplazamiento, aún cuando se formule cualquier excepción procesal, recusación, o alegación de cualquier naturaleza [...]

Igualmente en la normativa procesal vigente, en el artículo 300, se establece que la prioridad de la persona juzgadora para resolver es sobre la incompetencia. Por lo anterior, se extrae que una vez que la persona juzgadora tenga el escrito de contestación de la demanda, resolverá con prioridad la competencia objetiva y, posteriormente, la subjetiva, tomándose en cuenta también los principios de justicia pronta y cumplida, la inmediación e, incluso, por economía procesal, a efecto de no causar trámites dilatorios dentro del proceso y, por otra parte, por el hecho de que si se acoge la competencia objetiva, entonces la competencia subjetiva pierde interés por ser directa contra la persona juzgadora.

IV. Perpetuidad de la competencia

Se considera que este instituto es innovador por cuanto no estaba en forma expresa en la normativa procesal civil vigente; pero en el fondo reafirma la perpetuidad de la competencia que de alguna forma se ha aplicado en forma objetiva o subjetiva, mediante la integración de normas y criterios expresados en nuestra jurisprudencia.

1. Concepto de perpetuidad

En este sentido, es necesario primero analizar el concepto de “perpetuidad”, el cual hace referencia a lo que no tiene fin, que no acaba, y en la página web de definición de conceptos, reproducido por <http://deconceptos.com/general/perpetuidad> lo encontramos de esta manera:

La perpetuidad es un sustantivo abstracto que hace referencia a la calidad de perpetuo,

del latín “pepetuus”, vocablo integrado por el prefijo de totalidad “per” más el verbo “petere” en el sentido de “pedir”.

En esa misma definición, hace relación a que son pocas las cosas que gozan de perpetuidad en el sentido literal del término. Sin embargo, suele hablarse de perpetuidad en relación con algo o alguien y si lo perpetua lo acompaña durante la existencia.

Ahora bien, en relación con nuestra temática de interés, la *perpetuatio jurisdictionis* ha sido definida como el principio que se impone, en aras de la seguridad jurídica de un conflicto entre las partes, orientando en el sentido de que el proceso debe ser resuelto teniendo en cuenta la situación jurídica establecida en la demanda, y esta se interpone por la parte, con una o varias pretensiones que deben ser decididas de una manera o de otra, positiva o negativamente, sea admitiendo o denegando la acción, pero siempre en relación con lo solicitado en la demanda que, desde que es admitida a trámite, pende de la solución que la persona juzgadora le dé al conflicto o al llamado pleito. Por ende, desde la presentación de la demanda y su admisión por parte del tribunal e inicio de la tramitación, este precepto determina la invariabilidad de la competencia del tribunal. (Revista de Madrid, España, reproducida por: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>).

Al respecto, es menester señalar que Chozas (1995), en su estudio respecto a esta figura del derecho moderno, la define en sentido “propio”:

Es el efecto procesal de la litisdependencia por el cual, una vez que se han determinado la jurisdicción y la competencia de un Juez o Tribunal conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento de la presentación de la demanda, no surtirán efecto alguno, sobre los citados presupuestos procesales, las posibles modificaciones que pudieran producirse con posterioridad tanto respecto al estado

de hecho como a la norma jurídica que los habían determinado”¹. Este estudio, parte de una premisa fundamental: –el asidero doctrinal que tiene hoy en día este principio de naturaleza constitucional–, tanto en la conciencia jurídica nacional como internacional.

En efecto, este principio es de reconocimiento internacional y ha sido de aplicación en las diferentes resoluciones de nuestros tribunales, conforme lo veremos en las líneas siguientes.

2. *Perpetuidad objetiva y subjetiva*

Al analizar este tema, se considera necesario resaltar que, si bien es cierto, nuestra Constitución Política señala que el Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establece (artículo 152, Constitución Política), también regula las funciones que le corresponde al Poder Judicial, bajo la teoría de separación de poderes, a fin de que cada órgano del Estado ejerza su función con independencia de los otros. Lo cierto del caso es que en forma concreta señala la función jurisdiccional del Poder Judicial, en cuanto a que debe conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo, contencioso –administrativas, así como de las otras que la ley establezca, cualesquiera que sean su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan, destacando que dicho órgano debe resolver sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie (art. 153, Constitución Política). En esta misma línea de pensamiento, en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obsérvese que:

Ningún Tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. En casos muy calificados, se puede pedir un expedientes ad affectum videndi, por no más de diez días [...].

Y por otra parte, además de lo citado, los tribunales no pueden sostener competencia con los superiores que ejerzan jurisdicción sobre ellos, en cuanto a la actividad judicial

(art. 170, Constitución Política). De lo anterior, no solamente se extrae que el Poder Judicial es el órgano que tiene la función jurisdiccional, debiendo resolver las controversias e impartir justicia, sino también los tribunales no se pueden avocar el conocimiento de un caso que se haya iniciado y se encuentre tramitando en otro tribunal, lo cual nos lleva al principio de la “perpetuidad de la competencia”.

Ahora bien, partiendo de la normativa que ha sido la base fundamental de la figura

“perpetuidad de la competencia”, y que ahora se regula en forma expresa en el nuevo Código Procesal Civil, dirigida tanto objetiva como subjetiva, la finalidad de este instituto es evitar que se generen atrasos y discusiones innecesarias para el inicio del proceso del trámite del conflicto jurídico planteado por las partes. López lo precisa (2017) cuando señala:

Con la finalidad de eliminar el trasiego del expediente de un tribunal a otro durante el procedimiento, se estableció como regla general la perpetuidad de la competencia. (p.71).

Observamos que se establece la **perpetuidad de la competencia objetiva** una vez definida la competencia. En ese sentido, tenemos que el tribunal solo podrá declarar la incompetencia bajo el elemento del territorio antes de dar curso a la demanda o cuando se interpone la excepción de incompetencia y resulte procedente, y si no fueran estos dos motivos, la competencia del tribunal resulta ser improrrogable, así como lo es, bajo los criterios de cuantía y por materia.

Por lo anterior, queda regulado en forma expresa que las alteraciones en cuanto al domicilio de las partes, la situación del bien litigioso y del objeto del proceso no la modificarán, salvo disposición legal en contrario (artículo 7.1., Código Procesal Civil).

En cuanto a la **perpetuidad de la competencia subjetiva**, bajo la premisa de que si concurre

alguna causal, tales como el parentesco, relación de trabajo, relación de amistad u otros que determinen la incompetencia del tribunal unipersonal o colegiado, el tribunal sustituto debe proceder con el trámite y la resolución del conflicto interpuesto por las partes. La perpetuidad de la competencia se encuentra regulada en el artículo 16 del nuevo Código Procesal Civil:

La intervención de los jueces sustitutos a consecuencia de la inhibitoria o recusación será definitiva, aunque posteriormente desaparezcan los motivos determinantes de la separación.

Esto tiene como evidente finalidad los siguientes propósitos:

- Evitar el traslado de expedientes de un lugar a otro, con los perjuicios que esto tiene.
- Eliminar la posibilidad, (López, 2017) tal y como lo precisa de que una vez desaparecida la causal que dio lugar a la separación del tribunal, se discuta la posibilidad de que el proceso siga siendo conocido por el tribunal que originalmente lo tramitó y que conlleve a un atraso en el proceso.
- Garantizar la confianza en la justicia y la imparcialidad de la persona juzgadora, evitando cuestionamientos sobre el tribunal, y que estos estén expuestas a un criterio comprometido por relación con las partes y sus intervinientes.

Los mecanismos que el Código Procesal Civil prevé para ejercer el control y la vigilancia de la competencia en forma subjetiva son las ya analizadas la inhibitoria y la recusación.

Al realizar un análisis de nuestra jurisprudencia, se observa a todas luces que la perpetuidad de la competencia en forma objetiva ejercía de alguna forma su aplicación, tal y como se observa en las resoluciones números 45-1991, 203-1992, 3382000

emitidas por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia número 994-2012 del Tribunal Agrario de los Tribunales de San José. Así de una forma clara, concreta y reciente, mediante el voto número 1110-2013, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia establece los alcances del principio de perpetuidad y su fundamento legal, cuando recalca que:

*El principio es que **todo proceso debe ser terminado donde ha comenzado**, por esa razón el Código Procesal Civil en su artículo 9, dice: que el mismo juez que dictó el fallo es el que debe ejecutar la sentencia, aun en el caso de que la ejecución fuere de mayor cuantía y el proceso base lo era de menor cuantía (artículo 21 inciso 3), principio que se fundamenta en la prohibición que tienen los tribunales de abocarse al conocimiento de un asunto que se encuentra ante otro tribunal (artículo 153 Constitución Política y 4 LOPJ). Manifestación de este principio es el hecho de que una vez fijada la competencia de un asunto, sea por haberse planteado un conflicto de competencia o se hubiere apelado la resolución que la fijó, el criterio no puede variarse, ni el a-quo puede rechazar la asignación hecha a él para conocer del proceso, pues por un lado el CPC -Art. 45- y también el artículo 170 LOPJ, prohíben a los jueces sostener conflictos sobre competencia con sus superiores; aun cuando el caso puede ser objeto de distintas interpretaciones, pues como ha dicho esta Sala, para cambiar el criterio debe tratarse de un evidente error grosero, **o de tener suficientes elementos de juicio como para sostener una tesis contraria.***

Por lo anterior, las resoluciones que fueron seleccionadas extraen la aplicación del principio de la perpetuidad que todo puede verse también a la luz de buscar una mayor celeridad y evitar atrasos mayores en el conocimiento de un proceso.

3. *Suspensión y pérdida de la competencia*

En este análisis, es importante traer también a colación en qué momento una persona juzgadora puede ser suspendida y tener por pérdida la competencia. Pese a que ya hemos visto que el nuevo Código Procesal Civil hace referencia a una lista taxativa de causales de suspensión de la competencia, lo cierto del caso es que, en su artículo 164, la Ley Orgánica del Poder Judicial expresa los supuestos, tales como la excusa de la persona juzgadora, desde que la expone o hasta que las partes se allanen o se declare inadmisión la recusación, desde que se interpone o hasta que se declare procedente, la excepción de incompetencia desde que se presenta el escrito hasta su resolución, la declinatoria de la competencia, desde que se realiza la declaratoria mediante resolución, hasta tanto no sea revocada por el superior, y por último la apelación otorgada en ambos efectos.

Sin embargo, estos supuestos suceden cuando se cuestiona la competencia objetiva o subjetiva de la persona juzgadora o, incluso, hasta por el recurso de apelación que, a partir de ese momento, el proceso pasa en manos de otro tribunal.

Por otra parte, la pérdida de la competencia surge cuando concurren las causas determinadas en el artículo 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: haya fenecido la causa y se ha ejecutado la sentencia, que la persona juzgadora haya comisionado por otro para practicar alguna diligencia, que la persona juzgadora haya sido declarada inhábil en virtud del impedimento, excusa o recusación. Nótese que, con el nuevo Código, desaparece la figura de la excusa, y no se utiliza el término de la declinatoria, sino que existe el de inhibitoria.

V.- Análisis crítico en su aplicación

1. **Competencia objetiva.** Está por el criterio del territorio, no es prorrogable en forma expresa, basada en un principio de concentración, imparcialidad y objetividad

de la persona juzgadora, y los tribunales deben declarar su incompetencia, es como una regla, antes de dar curso a la demanda, o bien cuando la parte accionada haya planteado la excepción dentro del plazo respectivo, con la excepción de que si no sucede ninguna de las situaciones descritas, el tribunal se convierte en competente.

Teniendo previsto el tribunal competente para conocer el asunto, se ejerce la perpetuidad de esta y, aunque ocurran alteraciones en cuanto al domicilio de las partes, la situación del bien litigioso y del objeto del proceso no la modificarán, por cuanto una vez que queda trabada la litis, ya no está a disposición de las partes, y la persona juzgadora que inició su conocimiento debe igualmente finalizarlo con alguna resolución.

No obstante, pese a esa facultad que les dan a las partes en los otros países como en Uruguay con el Código General del Proceso, o en España, con la Ley de Enjuiciamiento Civil, nuestra realidad es distinta. Por ello, es menester considerar que el hecho de que no haya prórroga, esta constituye una ventaja, por cuanto si no, esta daría pie a que un tribunal quede más saturado que otro despacho, con una mayor concentración de asuntos interpuestos por los y las litigantes, pudiendo afectar el tiempo de duración de estos. Por tanto, desde el inicio debe quedar claro la competencia de cada tribunal.

2. **Competencia subjetiva.** Se plasma que esta puede ser cuestionada por motivos que le impiden seguir conociendo a la persona juzgadora, de un asunto puesto a su consideración, por cuanto concurre alguna de las causales expresadas en nuestra normativa que el conflicto planteado por las partes puede verse afectado de parcialidad.

Por ello, el nuevo Código Procesal Civil regula en forma atinada que, ante esta situación, procede la

intervención de los jueces sustitutos a consecuencia de la inhibitoria o recusación, tenidos ya como definitivos, y se constituye la perpetuidad de la competencia, cuando aun así, desaparezcan los motivos que dieron origen a esa separación del tribunal. Las personas juzgadoras sustitutas deben continuar con el conocimiento del proceso hasta su resolución e, incluso, la ejecución de esta, si hubiera una sentencia condenatoria.

A la luz de lo analizado y conforme a la normativa revisada, nos planteamos dos interrogantes: la primera: ¿Qué sucede si durante el transcurso del conocimiento del proceso, interviene uno de los abogados que es contratado posteriormente por las partes, y se cuestione la competencia subjetiva de la persona juzgadora?

Para dar respuesta, es interesante señalar que, en la legislación analizada de Uruguay regulada en su Código General del Proceso, se establece que, una vez iniciado el proceso por una persona juzgadora que no tiene impedimento que no ha sido recusado, quienes ejerzan la abogacía no podrán participar en este, cuando sus actuaciones puedan generar o determinar una causal de separación del tribunal.

En criterio muy personal, dicha disposición resulta acertada, porque evita ser una artimaña o técnica dilatoria que alguna de las partes puede utilizar dentro de un proceso de contratación de personas abogadas que, por algún motivo, genera una relación con la administradora de justicia, y se concurra en una de las causales de impedimento de este para traer a colación su separación. Lo anterior surge en relación con el principio constitucional de justicia pronta y cumplida, y los pilares de la Administración de Justicia, desde el acceso de las partes a esta, desde los principios y garantías de independencia, imparcialidad, intermediación y concentración que tienen una prevalencia suprema, sobre cualquier otro elemento que pretenda distraer y suspender el conocimiento de un proceso. Sin embargo, por algún motivo no fue regulado en el nuevo Código Procesal Civil.

La segunda interrogante que traemos a colación es: ¿Qué sucede si ante el impedimento de la persona juzgadora para conocer del conflicto planteado por

las partes, se inhibe y aun así las partes solicitan que renuncian a invocar el impedimento?

Al respecto, en el nuevo Código Procesal Civil no se regula en forma expresa este tema; pero habría que plantearse ante la solicitud de las partes que desisten de plantear la recusación y, por el contrario, solicitan que sea el tribunal el competente para continuar con el proceso.

VI. Conclusiones

- La perpetuidad de la competencia proviene del principio conocido como *perpetuatio jurisdictionis* y constituye un derecho de raigambre constitucional, comprendiendo una protección al debido proceso tanto en lo referente a la competencia de la persona juzgadora para su conocimiento, como protección de garantías al individuo y la sociedad, para generar una mayor celeridad en la tramitación del proceso, evitar trámites dilatorios y cumplir con el precepto de justicia pronta y cumplida.
- Es el instituto innovador en el nuevo Código Procesal Civil, mediante el cual, cuando se interpone un conflicto de las partes, la persona juzgadora debe valorar su competencia en las dos modalidades objetiva y subjetiva, para resolver en forma previa al inicio del respectivo proceso. Una vez asegurada esta, implica la imposibilidad de renunciar a su competencia cuando se inicie la acción e, igualmente, las partes o los y las intervinientes tampoco podrán solicitar el traslado del proceso de un tribunal a otro, por cuanto constituye la perpetuidad de la competencia, asegurando que el expediente finaliza con la resolución respectiva en el tribunal donde inició.
- La competencia en la modalidad subjetiva quedó latente en el nuevo Código Procesal Civil, al existir un elemento que puede distraer y suspender el conocimiento de un proceso, bajo el marco fáctico de que iniciado el proceso por una persona juzgadora que no tiene impedimento y que no ha sido recusada, en forma posterior participen las personas abogadas que con sus actuaciones puedan

generar o determinar una causal de separación del tribunal. Esta situación debe ser regulada de alguna manera, y les corresponderá a las personas administradoras de Justicia buscarle una solución, bajo la integración e interpretación de normas.

VII. Referencias bibliográficas

Normativa

- Código Procesal Civil, Ley N.º 9342, 2016. (2016). Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Código Procesal Civil, Ley N.º 7130, 1989. (2006). Costa Rica: Editorial Jurídica Dupas.
- Código General del Proceso, Ley N.º 15982, 1988, de Uruguay.
- Constitución Política de Costa Rica.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, N.º 7333, (1993). Editorial Investigaciones Jurídicas S. A.
- Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales, N.º 15750, (1985) de Uruguay.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, Libro I, Ley N.º 1, 2000, de España. Reproducida por: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-3>

Doctrina

- Chozas, José Manuel. (1995). *La perpetuatio iurisdictionis: Un efecto procesal de la Litisdependencia*. Granada, España: Editores Comares.
- García, Lucila. (2012). *Teoría general del proceso*. RED TERCER MILENIO S.C.
- López, Jorge Alberto. (2017). *Curso de derecho procesal civil costarricense*. Parte General. EdiNexo.

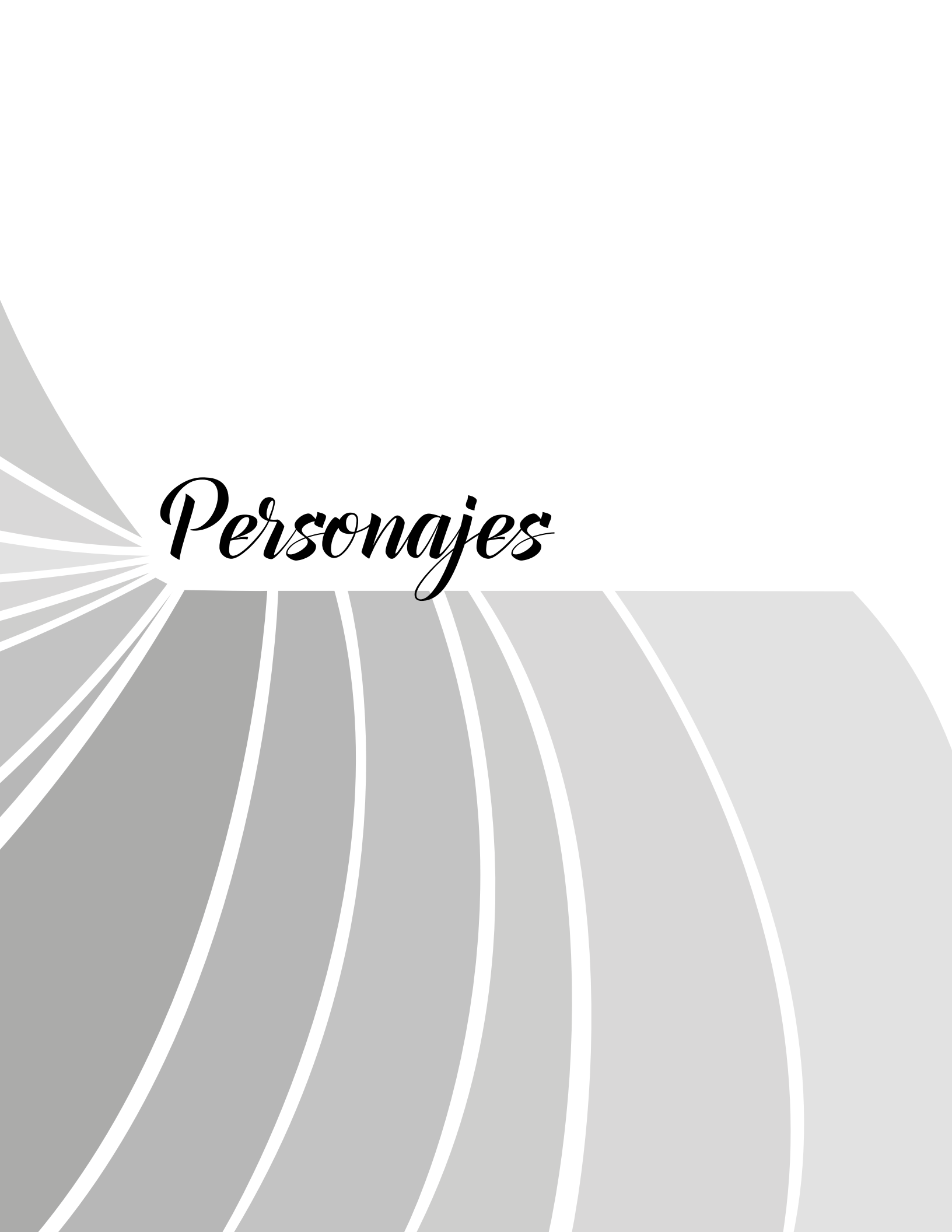
- Parajeles, Gerardo. (2000). *Curso de derecho procesal civil*. Volumen I. Editorial Investigaciones Jurídicas.

Jurisprudencia

- Sentencia número 1302-92, Tribunal Primero Civil de San José, de las ocho horas y veinte minutos del tres de septiembre de mil novecientos noventa y dos.
- Sentencia número 994-2012, Tribunal Agrario de San José, de las catorce horas y cincuenta y seis minutos del dieciséis de agosto de dos mil doce.
- Voto número 45-1991, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas y veinte minutos del trece de marzo de mil novecientos noventa y uno.
- Voto número 203-1992, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las nueve horas del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y dos.
- Voto número 462-1999, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de mil novecientos noventa y nueve.
- Voto número 338-2000, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas del treinta y uno de marzo de dos mil.
- Voto número 1110-2013, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y veinticinco minutos del veintidós de agosto de dos mil trece.

Página Web

- Enciclopedia Jurídica. <https://www.encyclopediajuridica.biz14.com>
- Definición de conceptos. <http://deconceptos.com/general/perpetuidad/> -Diccionario-Enciclopedia Jurídica. <http://diccionario.leyderech.com/>



Personajes

PERSONAJES

Los redactores del Nuevo Código Procesal Civil.

En esta sección, por lo general les presentamos una entrevista, un reportaje o algún documento o estudio que puede ser de su interés. Hoy sin embargo, hemos querido compartir con ustedes una pequeña reseña biográfica de las personas que redactaron el nuevo Código Procesal Civil, como un reconocimiento a su ardua labor y con ellos a las de muchas personas que con esfuerzo y tenacidad, ven el fruto de ese trabajo en la promulgación y entrada en vigencia de esta nueva legislación.

Es por eso que nos permitimos hacer esta pequeña reseña:

- **Dr. José Rodolfo León Díaz.**

El Dr. León se graduó como licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica, para después obtener un Doctor en Derecho Civil con énfasis en Derecho de Familia y de las Personas en la Univerditá degli Studi di Camerino, Italia. También se ha destacado como Profesor en Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, donde se ha desempeñado como Coordinador Área Civil, de la Maestría en Administración de justicia con énfasis en Relaciones Familiares, Civil y Penal. Desde hace muchos años trabaja en Poder Judicial de Costa Rica donde ha llegado a ocupar el cargo de Juez Superior Civil y Magistrado Suplente de la Sala Primera. Es miembro de la Comisión de la Jurisdicción Civil del Poder Judicial y ha llevado a cabo en colaboración con un equipo especializado la capacitación en la normativa del Nuevo Código Procesal Civil. El Dr. León se ha destacado como participante y conferencista en diversos foros tanto a nivel nacional como internacional.

- **Dr. Jorge Alberto López González**

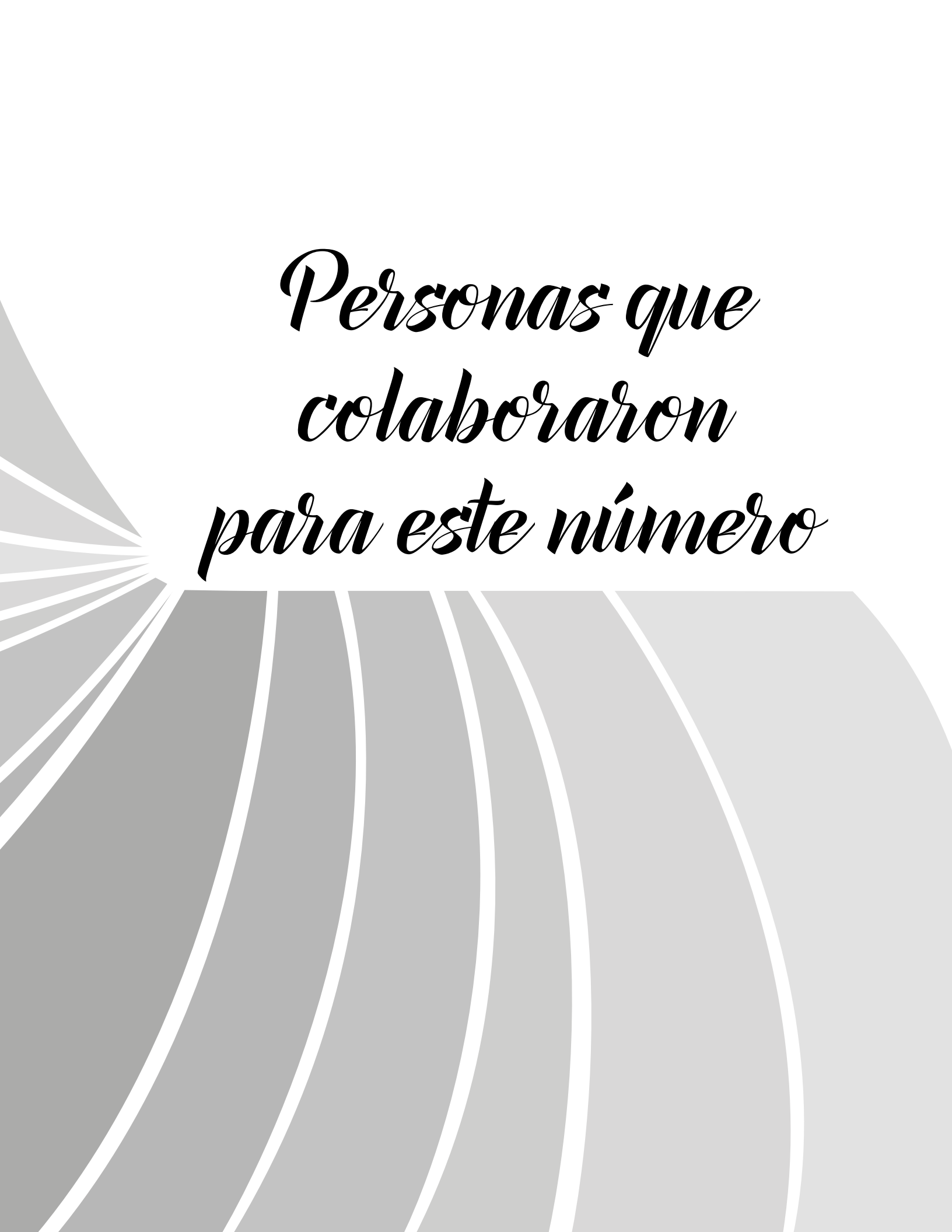
Doctor en Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, España. Exjuez jubilado del Tribunal Primero Civil de San José. Exmagistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Coordinador de la cátedra y profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Maestría en Administración de Justicia de la Universidad Nacional y el Poder Judicial. Especialista en contenido y docente de la Escuela Judicial del Poder Judicial. Co-redactor del nuevo Código Procesal Civil. Conferencista nacional e internacional. Escritor de artículos y libros sobre Derecho Procesal. Principales publicaciones: “La oralidad y sus implicaciones en el proceso civil declarativo en España y Costa Rica” (Tesis doctoral, Madrid, 2001); “Teoría General Sobre el Principio de la Oralidad en el Proceso Civil” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2007); “Nulidades Procesales” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2008); “Ley de Notificaciones Judiciales Comentada” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2009) “El nuevo proceso monitorio costarricense” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2009) “Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense, Volumen I” (Editorial Isolma S.A., 2011); “Ley de Cobro Judicial Comentada” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2011); “Proceso Ordinario Civil” (Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2014); “Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense I, Según el Nuevo Código -Parte General-” (Editorial EDiNexo, 2017).

- **Dr. Gerardo Parajeles Vindas**

Licenciado en derecho Universidad de Costa Rica. Doctor en derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Exjuez coordinador del Tribunal Primero Civil de San José. Exmagistrado suplente de la Sala

Primera de la Corte Suprema de Justicia. Catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Profesor de derecho procesal civil en licenciatura y doctorado U. Escuela Libre, en la Maestría en Administración de Justicia Universidad Nacional y Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica. Profesor y capacitador del Poder Judicial. Miembro redactor de la Ley de Cobro Judicial. 2008, de la Ley de Notificaciones Judiciales 2009, del proyecto de Código Procesal Civil oral y de la Ley de Monitorio Arrendaticio. Autor de varias publicaciones en la materia procesal civil. Miembro de la comisión de notificaciones del Poder Judicial, de la comisión civil del Poder Judicial y de tribunales evaluadores para jueces. Premio Ulises Odio por publicaciones. Corte Suprema de Justicia. Reconocimiento al buen juez “Fernando Coto Albán” 2010. Reconocimiento por 20 años de dedicación a la judicatura. Jubilado del Poder Judicial de Costa Rica. Panelista en el Congreso sobre la Ley de Garantías Mobiliarias, que se llevó a cabo en el Salvador 2014. Participante en la redacción y revisión del Proyecto de Ley de las Garantías Mobiliarias de Costa, con énfasis en la Ejecución Extrajudicial.





*Personas que
colaboraron
para este número*



PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

MSc. Juan Carlos Meoño Nimo

Experiencia laboral en el Poder Judicial: 22 años desempeñando cargos de Oficinista, Escribiente, Alcalde, Juez Contravencional y de Menor Cuantía, Juez de Familia y Penal Juvenil, Juez Civil de Menor y Mayor Cuantía. Actualmente ocupa puesto como Juez en propiedad Tribunal Primero Civil de San José, a partir del 8 de octubre del 2018 Tribunal de Apelaciones Primero Civil de San José. Licenciatura en Derecho UCR. Posgrado y Maestría Administración de Justicia con énfasis en Civil. Docente universitario Universidad de la Salle 2002-2014 impartiendo los cursos Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil I y II. Facilitador Escuela Judicial en la reforma procesal civil 2017-2018

MSc. Jorge Olaso Álvarez

Juez de la República de Costa Rica desde hace 28 años. Profesor universitario en la Escuela Libre de Derecho, Universidad de Costa Rica y Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica. Master en Derecho Laboral y de Seguridad Social de la UNED, actualmente, se encuentra terminando sus estudios de Doctorado en Derecho. Autor de las siguientes obras "La prueba en materia civil" y "La prueba en materia laboral", "Derecho Sancionatorio Laboral", "Manuel de Desarrollo Esquemático de la Reforma laboral" y autor de diversos artículos en materia civil, comercial y laboral. Ganador del Premio Ulises Odio por el libro "La prueba en materia laboral", en 2017. Juez de Tribunal de Apelaciones en el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera de San José y actualmente se encuentra laborando como Magistrado Suplente de la Sala Segunda.

Dr. Farith Suárez Valverde.

Abogado y notario con estudios en Administración de empresas en el Instituto Tecnológico de Costa Rica. Máster en administración y derecho de la empresa. Doctor en derecho con especialidad en derecho procesal y comercial. Facilitador: de la carrera de derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho, de la Escuela Judicial en los proyectos de formación inicial a personas juzgadoras y de especialidad civil y comercial, de los cursos de preparación de Juez y del nuevo Código Procesal Civil del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Juez del nuevo Tribunal Primero Colegiado de Primera Instancia de San José. Integrante de la Comisión de la Jurisdicción Civil y de la Comisión de Notificaciones del Poder Judicial. Miembro de la junta directiva de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Actualmente labora como gestor para la implementación de la reforma procesal civil.

M.Sc. Bernardo Solano Solano

Licenciado en Derecho. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental por la Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia Civil por la Universidad Nacional. Ha ocupado distintos puestos en la judicatura y actualmente es Juez del Tribunal Colegiado de Primera Instancia Civil de Cartago. Profesor universitario y Facilitador del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura de la Escuela Judicial.

Lic. Carlos Dalolio Jiménez

Juez titular de Primera Instancia Civil de San José. Especializado en Derecho Comercial UCR y Administración de Justicia civil UNA

MSc. Greivin Steven Mora Alvarado

Licenciatura en derecho por la Universidad de Costa Rica, Master en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, Master en Administración de Justicia con enfoque Socio Jurídico especializado en Derecho Civil por la Universidad Nacional de Costa Rica. Juez de distintas materias, principalmente en contencioso administrativo y en los distintos juzgados civiles, por más de diez años. Actualmente, Juez Civil del Tribunal Colegiado de primera instancia de San José. Profesor universitario en varias universidades nacionales, capacitador de la Escuela Judicial y facilitador del Colegio de abogados y abogadas de Costa Rica. Publicaciones en revista de Derecho de Familia en temas de derecho sucesorio y familiar, así como en repositorios de la Universidad Estatal a Distancia en materia constitucional.

MSc. Javier Víquez Herrera

Abogado y Notario Público, egresado de la Universidad Autónoma de Centro América; incorporado al Colegio de Abogados en mayo de 1990; Maestría en Administración de Justicia, con énfasis en Derecho Civil, Universidad Nacional de Costa Rica; Defensor Público, Alcalde Civil y de Trabajo de Limón; Juez Segundo Civil y de Trabajo de Limón, Juez Civil de Heredia, Juez Superior Suplente Tribunales Primero y Segundo Civil de San José; Juez del Tribunal Apelación Civil y Laboral de Heredia.

Dr. Guillermo Guilá Alvarado

Licenciado en derecho por la Universidad Internacional de las Américas. En el 2008 obtiene un doctorado académico en derecho en la Escuela Libre de Derecho. Ha ocupado diferentes puestos en la judicatura, como el Juzgado Civil de Heredia, el Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral del Primer Circuito Judicial de Alajuela. Ha sido profesor universitario en derecho de obligaciones y derecho comercial. Especialista de contenido de la Escuela Judicial. Ha sido miembro de la Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados y de la Comisión Civil del Poder Judicial

Lic. Carlos Manuel Estrada Navas

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, desde 1984. Miembro de la Cátedra de Derecho Privado, UCR, desde 1985, en la actualidad (2018) imparte el curso Derecho Privado II. Ex-Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la Sala Constitucional (2013-2017) y en la Sala Tercera (2007-2011). Defensor Público, Juez Penal, Juez Superior Penal (1984-1998). Ponente sobre Derechos del Concebido en el Congreso Jurídico Nacional del Centenario del Código Civil. Licenciado en Derecho graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1983). Presidente del Tribunal Electoral de la Federación de Estudiantes Universitarios FEUCR (1982) y del Tribunal Estudiantil de Derecho. Diploma en Derechos Humanos (Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin, Estrasburgo, Francia, 1982).

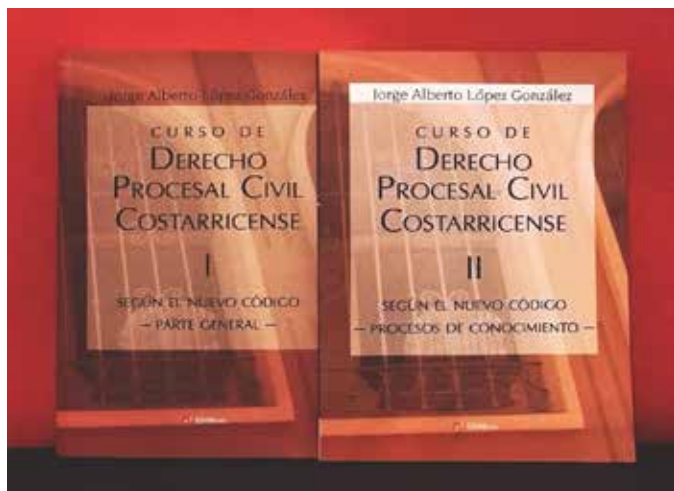
Lic. María Angélica Fallas Carvajal

Licenciatura en Derecho y Notariado. Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialización, Curso de Formación Judicial "Jurisdicción Social y el Nuevo Derecho del Trabajo, Aula Iberoamericana del Consejo General del Poder Judicial de España. Especialización en Materia Laboral, Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Egresada de la Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, con énfasis en materia Civil, Universidad Nacional de Costa Rica. Jueza de Trabajo.



Reseña de Libros e Investigaciones

RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES



La entrada en vigencia del Nuevo código Procesal Civil el 8 de octubre de 2018, nos enfrenta con una nueva legislación donde se destaca la instauración de un sistema procesal por audiencias, mediante un proceso sencillo, con elementos escritos y la audiencias *-preliminar y de juicio-* orales.

Con este sistema procesal oral, se modificaron todos los institutos procesales, a partir de la demanda hasta el recurso de casación y la revisión y como consecuencia, la normativa se estructura para que los procesos se lleven en forma oral y se cumplan los principios de inmediación, concentración y publicidad. Eso se

traduce fundamentalmente, en que estos, se ventilarán en audiencias orales, dictándose las sentencias de manera más pronta por los jueces y juezas que practiquen la prueba, de igual manera se resguarda el principio de publicidad, ya que, los ciudadanos tendrán acceso a las audiencias.

Todo este cambio requiere de estudio y guía para una mejor comprensión tanto de los operarios del derecho, litigantes y estudiantes que próximamente tendrán que utilizar esta normativa.

Es por ello que nos permitimos recomendar una obra del Dr. Jorge Alberto López González, uno de los redactores de este código. Presentado en dos tomos, es una obra indispensable y de consulta obligatoria en la temática de esta nueva normativa.

NORMAS BASICAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JUDICIAL

Definición de la Revista. La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

Periodicidad. La Revista es una publicación semestral en formato impreso y en versión digital.

ASPECTOS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

- **Todo artículo que se envía a la revista debe ser original e inédito.**
- Las opiniones expresadas en los artículos o las colaboraciones que se publiquen son de exclusiva responsabilidad de sus autores o autoras; y no necesariamente reflejan la opinión de la Escuela Judicial, la dirección de la Revista, de las personas integrantes del Consejo Editorial, o del Poder Judicial en general.
- El artículo tendrá una extensión entre 10 y 30 páginas, con interlineado 1.5, con letra times new roman 12. Las notas en tamaño 9
- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta.
- El artículo deberá ser presentado en versión electrónica en Word y con la carta de presentación del artículo.
- El artículo debe presentarse un **resumen** y un **abstract** de unas seis líneas en español y en otro idioma, (preferiblemente inglés) y seis **palabras claves** como máximo en español y su traducción **keywords**, en times new roman tamaño 11.
- Las referencias bibliográficas se presentarán al final del artículo y por orden alfabético del autor la cual contendrá los siguientes datos:
 - Libro: autor o autora, año de la edición, título del libro subrayado, ciudad, editorial, año, páginas.
 - Publicaciones periódicas: autor o autora, título del artículo (entre comillas), nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - Textos electrónicos: Responsable principal, tipo de soporte, título, edición, dirección electrónica, fecha de consulta.
 - La persona autora debe adjuntar en forma resumida sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax, para adjuntarlos al artículo tipo nota.

Sistema de arbitraje. Los artículos que cumplan con los requisitos para ser publicados serán sometidos a revisión por personas validadoras (**pares**). Las personas que colaboran como pares serán especialistas en diferentes áreas, pertenecientes al Poder Judicial o externos y utilizarán para su evaluación el sistema de doble ciego, es decir, las personas evaluadoras no conocerán el nombre de la autora o autor e igualmente el nombre de la persona dictaminadora será anónimo.

Revisión filológica. Toda publicación se someterá a una revisión filológica en la cual se utilizará lenguaje inclusivo.

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial.