

Poder Judicial

Nº 123

ISSN 2215-2377

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL

ISSN 2215-2377

Nº 123

Publicación semestral

junio 2018

DIRECTORA

Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Revista Judicial. Escuela Judicial. Poder Judicial

CONSEJO EDITORIAL

Licda. Kattia Escalante Barboza

Subdirectora a.i.Escuela Judicial. Poder Judicial

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Jueza del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Poder Judicial

M.Sc. Xinia Fernández Vargas

Secretaría Técnica de Género. Poder Judicial

Dr. Juan Carlos Segura Solís

Juez del Tribunal de Trabajo, II Circuito Judicial. Poder Judicial

M.Sc. Raymond Porter Aguilar

Juez del Tribunal Penal III Circuito Judicial. Poder Judicial

MBA. Magdalena Aguilar Álvarez

Coordinadora del Área de Servicios Técnicos Escuela Judicial

M.Sc. Diego F. Benavides Santos

Juez del Tribunal de Familia. Poder Judicial

M.Sc. Yerma Campos Calvo

Jueza de Familia, Niñez y Adolescencia. Poder Judicial

Dr. Álvaro Hernández Aguilar

Juez del Tribunal I Civil. Poder Judicial.



REVISTA JUDICIAL

NÚMERO 123, 2018

Fundada en 1976

ISSN: 2215-2377

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

Se agradece a la Lic. Norma Sáenz Carbonell por su valiosa colaboración con los abstract y keywords.

© 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

◆◆◆

<i>PRESENTACIÓN</i>	7
<i>ARTÍCULOS</i>	
EL ACCESO A LA JUSTICIA ARBITRAL..... Dr. Roberto Yglesias Mora	11
SALUD, MUJERES Y VIOLENCIA DOMESTICA..... Lic. Sandra María Pereira Retana	25
EL CARÁCTER DISPOSITIVO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	41
Dr. Alejandro Bettoni Traube	
ANÁLISIS DE LA REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO: ¿UNA TRANSFORMACIÓN A LOS DERECHOS DE ACCIONISTAS MINORITARIOS?.....	55
MSc. Nohelia Vega Carvajal	
MARCO LEGAL QUE REGULA LA EXTRADICIÓN EN COSTA RICA.	67
M.Sc. Elías Domingo Carranza Maxera	
RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS DE CONSUMO, LA EXPERIENCIA DE LA PLATAFORMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR	79
MSc. Marycruz Goñi Díaz	
LAS NOTIFICACIONES POR FAX Y EL INICIO DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS EN MATERIA PENAL	93
Lic. José Luis Campos Vargas	
DENOMINACIÓN SOCIAL: EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO LÍMITE LEGAL; SU DISTINCIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL; DE LA MARCA Y EL NOMBRE COMERCIAL. PARTE II	105
Lic. Alina Guadamuz Flores	
DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR PARTE DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN.....	121
LLM. Luis Alonso Salazar Rodríguez	
LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL PARA PERSONAS ASPIRANTES A LA JUDICATURA GENERACIONES DEL 2011 AL 2015.	141
MSc. Catalina Espinoza Sáenz	

EL PODER DE DISCRIMINAR Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS LGBTI.....	153
LLM. Herman M. Duarte	
EL PRINCIPIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO COSTARRICENSE.	167
Lic. Jennifer Isabel Arroyo Chacón	
NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. MEDIOS PARA SU DECLARACIÓN.....	193
Lic. Pablo Solano Borbón	
 RESEÑA ESPECIAL.	
COMBATE AL CRIMEN ORGANIZADO: EXPERIENCIAS Y RETOS PARA LA REGIÓN DE CENTROAMÉRICA Y CARIBE.	205
Dr. Ricardo Rodríguez Fernández	
 JURISPRUDENCIA COMENTADA	
VIOLENCIA DE GÉNERO Y CONSTITUCIÓN: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	231
Dr. Víctor Orozco Solano	
RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES.	247
PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NÚMERO	249
NORMAS DE PUBLICACIÓN.....	253

PRESENTACIÓN

En este número de la Revista Judicial se cuenta con artículos de temas de gran actualidad, que las personas que colaboran con esta publicación, nos han enviado para que compartamos con ustedes.

Una de las grandes preocupaciones que aquejan a nuestra sociedad y que se ha convertido en un problema global, es el tema del crimen organizado. En este sentido, se publica dentro de la sección “Reseña especial” un artículo basado en la Conferencia Magistrada brindada por el Dr. Ricardo Rodríguez Fernández, Magistrado de la Audiencia Nacional de la Sala Penal de España, dictada en el marco de la Reunión del Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe llevada a cabo el 22 abril 2018 en nuestro país, titulado “*Combate al Crimen Organizado: Experiencias y retos para la región de Centroamérica y el Caribe*”.

El Dr. Roberto Yglesias Mora aporta un interesante artículo titulado El acceso a la justicia arbitral, con propuestas muy novedosas en este tema.

La violencia doméstica es otro tema sensible en nuestra sociedad y que ha sido declarado por la Ministra de la Mujer como emergencia nacional. La Lic. Sandra María Pereira Retana presenta un artículo donde se analiza este flagelo, a la luz de la salud y las mujeres. En la parte de jurisprudencia comentada, el Dr. Víctor Orozco Solano confronta la violencia de género con la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación al derecho comercial tenemos el aporte de la MSc. Nohelia Vega Carvajal con un artículo sobre la reforma al Código de Comercio y la II parte del artículo de la Lic. Alina Guadamuz Flores sobre la denominación social de las personas jurídicas. Además el Dr. Alejandro Bettoni Traube, hace una clara exposición del carácter dispositivo sobre la compraventa internacional de mercaderías de la Convención de Viena.

La resolución alterna de conflictos también se encuentra presente en esta edición con el artículo de la MSc. Marycruz Goñi Díaz, partiendo de su experiencia en la plataforma de atención al consumidor.

Por su parte el MSc. Elías Carranza Maxera, plantea en forma clara el marco legal de la extradición en Costa Rica.

El MSc. Luis Alonso Salazar Rodríguez y el Lic. José Luis Campos Vargas hacen sus aportes en el derecho penal, el primero en relación a la interrupción del embarazo por parte de la víctima del delito de violación, mientras que el segundo toca un tema procesal sobre el cómputo del plazo de las notificaciones.

En Derechos humanos el LLM. Herman H. Duarte desarrolla la discriminación a los derechos de las minorías LGBTI.

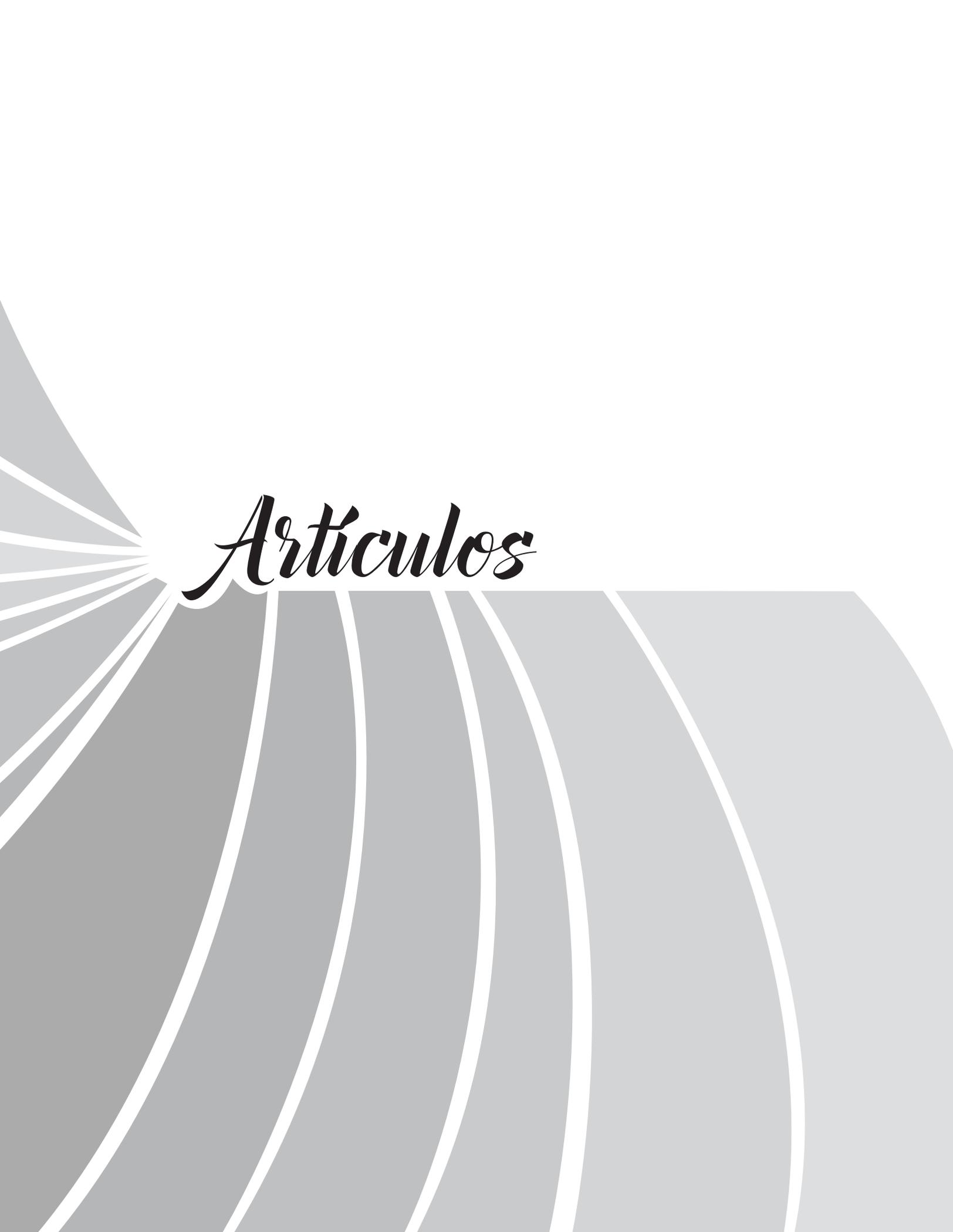
Con un trabajo sobre la nulidad del acto administrativo, el Lic. Pablo Solano Borbón, plantea el tema de la nulidad absoluta.

Desde la perspectiva de la auditoría y la administración pública, sin dejar de lado la formación en derecho, la Licenciada Jennifer Arroyo Chacón, aborda el tema “El principio de rendición de cuentas y el Estado democrático costarricense” una visión desde ángulos muy complejos pero complementarios.

Por último la MSc. Catalina Espinoza Sáenz nos ofrece un valioso artículo sobre la valoración de la prueba en el programa de formación inicial para aspirantes a la judicatura, que con tanto esmero desarrolla la Escuela Judicial.

Se agradece la valiosa colaboración de todas y todos los autores que han confiado en esta revista para la publicación de sus trabajos y como siempre invitamos a todas las personas que quieran compartir sus conocimientos e investigaciones para que lo hagan por este medio que está a su disposición.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros.
Directora Revista Judicial



Articulos

EL ACCESO A LA JUSTICIA ARBITRAL

Dr. Roberto Yglesias Mora¹
ygleleg@racsa.co.cr

Recibido 4/4/2018

Aceptado 10/4/2018

RESUMEN

Se formula una propuesta alternativa para la solución de conflictos, no solo a la justicia tradicional, sino primordialmente al arbitraje común. El Estado y sus instituciones están llamados a aplicar plenamente el derecho constitucional al arbitraje, garantizando y facilitando su acceso a las grandes mayorías. Con ese propósito, se propone la creación de un arbitraje popular de bajo costo, para conflictos que no sean complejos y tengan una cuantía moderada. Los costos actuales de las tarifas arbitrales no son accesibles para la mayoría de la población, lo que justifica la creación de un nuevo sistema arbitral, a patrocinar por el Estado y otras instituciones de interés general.

Palabras clave: Arbitraje, mediación, disponible, tarifas, mypymes, consumidor

ABSTRACT

An alternative proposal for dispute resolution is formulated, not only to traditional justice, but primarily to common arbitration. The State and its institutions are called upon to fully apply the constitutional right to arbitration, guaranteeing and facilitating its access to the great majorities. To this end, it is proposed to create a low-cost popular arbitration system for disputes that are not complex and involve a moderate amount of money. The current costs of arbitration fees are not accessible to the majority of the population, justifying the creation of a new arbitration system, to be sponsored by the State and other institutions of general interest.

Keywords: Arbitration, mediation, available, fees, MSMEs, consumer

SUMARIO

I.) Introducción II.) El acceso al arbitraje es un derecho fundamental III.) Promoción estatal de la mediación, sí, ¿y del arbitraje? IV.) Tarifas del arbitraje: un costo siempre presente V.) El proceso arbitral es disponible VI.) Las nuevas personas usuarias del arbitraje VII.) Experiencia internacional VIII.) Nuevo tratamiento al acuerdo arbitral IX.) Impulso a la mediación X.) Síntesis del nuevo modelo arbitral XI.) Propuesta a los colegios profesionales XII) Propuesta a las cámaras de comercio XIII.) Propuesta a las universidades XIV.) Propuesta a las autoridades de gobierno XV.) Comentario final
Reseña bibliográfica

I.) INTRODUCCIÓN

Un proceso arbitral o un sistema arbitral tipifica como “popular”, si es de bajo costo y, por ende, más accesible a sectores sociales de ingresos limitados. Un arbitraje popular también se debe asociar, como regla, con un proceso abreviado y de poca complejidad sustantiva, además, con un tribunal unipersonal y una cuantía de baja a moderada. Los conflictos de esa naturaleza que acceden al arbitraje en Costa Rica son escasos, en consideración a los altos costos que deben asumir las partes por el servicio institucional.

No obstante, desde hace pocos años y, según se describe en este trabajo, un tipo de proceso cuya finalidad es atender y resolver conflictos de baja cuantía se ha ido abriendo paso en el mundo arbitral. Ciertamente el arbitraje no tiene por qué ser un mecanismo exclusivo del sector empresarial más desarrollado, como ha sido históricamente. Sus indudables ventajas son reconocidas y pueden ser aprovechadas para resolver conflictos de muy distinta naturaleza y cuantía. Sin embargo, no le había llegado el turno a un arbitraje accesible a otros grupos sociales, ya sean comerciantes o no, pero con el común denominador de carecer de capacidad para afrontar los costos usuales y tarifas del proceso arbitral institucional. El arbitraje no es un sistema hermético, antes bien se caracteriza por estar abierto a innovaciones, tener adaptabilidad y capacidad expansiva a otras áreas conflictuales de la diversidad social.

Justamente, una de las críticas históricas al arbitraje ha sido el de ser un sistema de justicia privada para los sectores sociales con mejor posición económica. La persistente necesidad de una justicia ágil, de calidad y más accesible requiere dirigir al arbitraje, como alternativa idónea para esos otros amplios sectores de la sociedad que pueden y tienen derecho de acceder a sus indudables ventajas, ante las limitaciones y

demora crónicas de la justicia tradicional.

La apertura del arbitraje en nuestro país es imposterizable, ya que es un derecho de rango constitucional² y no puede constituir monopolio de nadie en particular, sino que debe estar accesible a más sectores socio-económicos, debido a que el Estado está llamado a garantizarlo y propiciarlo, como un derecho de todas las personas a una justicia más ágil y especializada. Más allá, constituye una expresión invaluable de libertad personal y de ejercicio de la autonomía de la voluntad individual en las sociedades contemporáneas, sobrecargadas de regulaciones, limitaciones y formalismos.

II.) EL ACCESO AL ARBITRAJE ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

Así fue consagrado en la Constitución española de Cádiz de 1812, como un derecho esencial de la ciudadanía a resolver en definitiva sus diferencias mediante jueces árbitros (artículo 280). Su antecedente más inmediato se encuentra en la Constitución francesa de 1791 y en la declaración programática de la Asamblea Constituyente francesa. Este reconocimiento histórico derivó de la exaltación de la libertad individual, fruto de los ideales revolucionarios franceses, para quienes la justicia estatal debía ser sustituida por una privada y dispositiva por los particulares, en ejercicio libre de la autonomía de la voluntad. Esa norma constitucional gaditana tuvo sin duda influencia en el ulterior desarrollo constitucional de los países hispanoamericanos.³

La constitución costarricense de 1871, tributaria de la española de 1812, consagró el derecho al arbitraje como una garantía individual, en su artículo 48:

Artículo 48. Todos los costarricenses ó extranjeros tienen el derecho de terminar sus diferencias en materia civil, por medio de árbitros, ya sea antes ó ya despues de iniciado el pleito.

La actual Constitución Política de Costa Rica de

1949 no escapó a la influencia liberal de la de 1871 y consagró también el arbitraje como un derecho fundamental en su artículo 43:

Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente⁴.

Con este historial resumido, queda evidenciada la influencia de las ideas liberales decimonónicas en la consagración del arbitraje en Costa Rica como derecho fundamental a favor de todos los ciudadanos, introducido por los constituyentes en las constituciones de 1871 y 1949. Bajo esta premisa y considerando la jerarquía jurídica de ese derecho, surge inexorablemente la obligación imperiosa del Estado, de garantizar plenamente el acceso al ejercicio de ese derecho fundamental individual y, en particular, respecto de los sectores sociales más desvalidos económicamente. Este es el propósito de esta propuesta y el reto que presentamos aquí.

III.) PROMOCIÓN ESTATAL DE LA MEDIACIÓN, SÍ. ¿Y DEL ARBITRAJE?

El Estado, por medio de la Dinarac⁵ del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Educación, el Poder Judicial, las universidades y los colegios profesionales, entre otras entidades, han asumido la tarea de promoción activa de la mediación en Costa Rica, como vía alternativa a la justicia judicial para la solución de conflictos. Lo acordado formalmente en la mediación institucional goza, según la ley, de cosa juzgada⁶ material, lo que constituye un importante logro para el sistema general de Justicia.

Son numerosos los programas de mediación que se desarrollan con respaldo institucional público⁷, aunque aún resultan insuficientes a los efectos de concientizar a la mayor parte de la población.

Uno de los programas más valiosos es del de las

“Casas de Justicia”, auspiciado por el Ministerio de Justicia desde 1998, el cual tiene sedes en varias zonas del país. Brinda servicios en tres niveles: a.) Un procedimiento de premediación para determinar la mediabilidad del conflicto. b.) La mediación como tal, con el patrocinio de un tercero neutral. c.) Un subproceso de asesoría legal gratuita⁸.

En el ámbito de la mediación a favor de sectores sociales sin mayores recursos económicos, la loable labor institucional pública y también privada no debe quedar allí: es necesario iniciar una apertura organizada hacia el mundo del arbitraje, para ofrecer adicionalmente un mecanismo social arbitral alternativo, no solo a la justicia judicial, sino también al mismo arbitraje tradicional común.

Han pasado ya 20 años desde la promulgación de nuestra legislación arbitral o Ley RAC⁹, y es tiempo ya de que el Estado asuma una posición activa y efectiva para garantizar a las grandes mayorías, además de la mediación, el acceso al proceso arbitral, organizado como un mecanismo efectivo, ágil, sencillo y de bajo costo con justicia de calidad. Este proyecto debería ser una meta de la Dinarac y de las nuevas autoridades de Gobierno que asumirán por el próximo cuatrienio en este 2018.

IV.) TARIFAS DEL SERVICIO ARBITRAL: UN COSTO SIEMPRE PRESENTE

El obstáculo principal para que más sectores sociales puedan acceder al proceso arbitral ha sido históricamente sus altos costos y, en particular, los que refieren a las tarifas de los centros arbitrales que comprenden los costos del servicio institucional, así como los costos por la labor de los árbitros a depositar, usualmente y en su totalidad, al inicio del proceso, pudiendo incrementarse durante el trámite por diversas razones¹⁰.

Un arbitraje accesible a las mayorías ciudadanas

o populares debe tener una cuantía máxima moderada, pues si es elevada, no se justificaría acudir a las ventajas que ofrece. Para los fines que proponemos, se debe partir de un costo modesto por el servicio arbitral inicial (o primera parte), el que se vería incrementado, como regla de principio, solo si las partes no llegan a un acuerdo con auxilio de un tercero neutral o a un acuerdo negociado directamente entre ellas, conforme a las etapas procesales que se describen más adelante.

V.) EL PROCESO ARBITRAL ES DISPONIBLE

Un proceso arbitral que califique como popular requiere por consiguiente una variación en los costos de las tarifas arbitrales usuales, a cuyo fin se deben introducir modificaciones al proceso arbitral común, regulado en nuestra Ley RAC, con el objetivo primordial de simplificarlo.

Estas modificaciones son factibles, en regla de principio, gracias a los principios arbitrales de disponibilidad, informalidad y flexibilidad y a la capacidad legal de los centros arbitrales de emitir reglamentos arbitrales institucionales, con sus propias regulaciones, siempre y cuando se respete el debido proceso arbitral (arts. 21, 22, 39, 71 y 72, Ley RAC).

VI.) LAS NUEVAS PERSONAS USUARIAS DEL ARBITRAJE

Las personas destinatarias naturales del arbitraje popular serían, cuando menos, las mypymes, las personas consumidoras, el sector laboral y las partes en contratos de obras menores.

El arbitraje laboral ha quedado regulado en la reciente Reforma Laboral que, sin embargo, no excluye a los centros privados de prestar servicios de arbitraje laboral. El sistema estaría además abierto, eventualmente, a otros sectores de mínimos recursos económicos, en lo que sería

un servicio arbitral puramente social.

En el ámbito de las personas consumidoras, es oportuno llamar la atención sobre el vacío institucional existente en esa materia, pese a que nuestra legislación sobre las personas consumidoras prevé la vía arbitral como una opción para resolver sus conflictos. Así se desprende del artículo 58 de la ley vigente, al estipular que:

ARTÍCULO 58.- Arbitraje.

En cualquier momento y de común acuerdo, las partes pueden someter su diferendo, de forma definitiva, ante un árbitro o tribunal arbitral, para lo cual deben cubrir los gastos que se originen.

Las partes pueden escoger al árbitro o al tribunal arbitral de una lista-registro que, al efecto, debe llevar la Comisión nacional del consumidor. Los árbitros pueden cobrar honorarios por sus servicios.

Las personas incluidas en la citada lista deben ser de reconocido prestigio profesional y contar con amplios conocimientos en la materia¹¹.

Pese al amplio desarrollo que ya existe en el derecho comparado, incluyendo un arbitraje electrónico de consumo, la institucionalidad administrativa patria no ha logrado dar los pasos necesarios para implementar el arbitraje de consumo.

El arbitraje también es factible en conflictos derivados del llamado consumo financiero que ya cuenta con importantes resultados que involucran al sector financiero nacional.

Numerosos reclamos sobre la llamada tasa piso han sido tramitados en esa vía, siguiendo en especial la experiencia de España con la llamada cláusula suelo. Este tipo de casos, que pueden envolver reclamos muy cuantiosos, no van a calificar, en regla de principio, para un arbitraje popular.

VII.) EXPERIENCIA INTERNACIONAL

En el campo internacional, existen experiencias importantes con los arbitrajes abreviados, sociales y de bajo costo. Tal es el caso del arbitraje social y de Pymes de la Cámara de Comercio de Bogotá; el arbitraje expedito de la Cámara de Comercio de Estocolmo; el arbitraje popular del Perú; los arbitrajes acelerados en Inglaterra, Suiza y Finlandia; las Directrices de la ICC para el arbitraje de controversias menores y el Sistema de Arbitraje de Consumo de España que se describe más adelante. Estas reglamentaciones confirman la importancia y la necesidad de esta nueva modalidad arbitral.

A nivel nacional, el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de C. R. y el Colegio de Abogados y Abogadas han dado ya pasos para regular un proceso arbitral abreviado para casos poco complejos, y se espera que conduzca a costos disminuidos¹⁵.

VIII.) NUEVO TRATAMIENTO AL ACUERDO ARBITRAL

Pese a la evolución y las interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia arbitrales¹⁶, respecto a las formalidades legales exigidas¹⁷ para la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, la regla sigue siendo la formalidad escrita. Este acuerdo es además la base tradicional en que se sustenta el arranque de la actividad arbitral. Es también fuente frecuente de polémicas de diversa naturaleza, v. g.: por insuficiencia, oscuridad o ambigüedad, originando objeciones de incompetencia, de inejecución del laudo y de nulidades, tanto en sede prearbitral como arbitral, con los consiguientes retrasos para llegar a una solución al conflicto.

Ante la menor duda u oscuridad, los y las litigantes impugnarán la existencia y los alcances del acuerdo arbitral, incidiendo negativamente

en la seguridad jurídica y la efectividad del proceso arbitral pactado. Esta realidad exige una solución eficaz y de carácter preventivo, explorando nuevos planteamientos y vías alternativas que puedan conducir a un acuerdo suficiente y eficiente de arbitraje que no requiera mayores requisitos y que sea de bajo costo.

Para alivianar esta problemática, incluimos varias alternativas y sugerencias que resumo como sigue:

- a.) Los centros arbitrales deberán suministrar un servicio más efectivo, directo y profesional a las partes en conflicto, para facilitar la suscripción de un acuerdo arbitral y para que lo fomenten cuando la mediación institucional no prospere, de modo que la persona mediadora pueda proponerles allí mismo a las partes que acuerden la vía arbitral para dirimir las diferencias no mediadas.
- b.) La Dinarac deberá velar activamente para que los centros de RAC cumplan con lo anterior, emitiendo al efecto directrices y protocolos.
- c.) Sobre la base del principio legal de la autonomía de la cláusula arbitral¹⁸, surge la opción de crear sistemas institucionales para el Registro Voluntario de Sumisión o Adhesión al Arbitraje (y a la Mediación), similar al sistema español para reclamos de las personas consumidoras, autorizado por la Dinarac, en el que las mypymes, pequeños constructores y otras organizaciones productivas, personas consumidoras, así como patronos puedan incorporarse por períodos de un año como mínimo.

Durante este plazo, cualquier parte contratante con ellos podrá ser usuario facultativamente del servicio institucional de arbitraje popular, proceso al que la entidad registrada estará compelida a participar cuando sea requerida por

el cocontratante particular.

El MEIC¹⁹, el COMEX²⁰, el Ministerio de Trabajo, las Cámaras de Comercio y los colegios profesionales estarían llamados a asumir la organización de estos registros y su reglamentación²¹. Este componente es un factor esencial para el éxito de esta propuesta, al que se puede sumar, en una segunda etapa, un proceso arbitral abreviado en línea²²

IX.) IMPULSO A LA MEDIACIÓN

En primer término y como complemento a esta propuesta, es indispensable que las personas interesadas, abogados, abogadas, partes, instituciones de mediación y la Dinaraic fomenten el mejoramiento del lenguaje y del contenido usual asignado a la cláusula contractual escalonada, tipo med/arb, de modo tal que su incumplimiento se haga evidente y pueda dar lugar a una violación grave a las obligaciones contractuales. Esta conducta sería objeto de valoración y de eventual sanción por parte del tribunal arbitral²³.

Con ello se busca influir en la cuestionable corriente reinante en nuestro medio que estima como inocua, la desaplicación de un acuerdo formal de mediación por una parte²⁴, cuando acude directamente a una vía jurisdiccional. Se recomienda utilizar la siguiente cláusula modelo de mediación:

Las partes firmantes acordamos de modo formal y vinculante, que cualesquiera diferencia o conflicto que surja con ocasión de la validez, interpretación, ejecución o terminación del presente contrato, antes de plantearse en una vía jurisdiccional, será sometida a un proceso de mediación institucional aplicando el reglamento de mediación o de conciliación, del siguiente

Centro de Mediación y Arbitraje:

De no existir ese Centro, cualquiera de las partes podrá cumplir con esta obligación contractual de medios, acudiendo a cualesquiera otro centro de mediación institucional autorizado. El interesado gestionará por escrito la conciliación ante el Centro escogido, con copia a la otra parte de dicha gestión, debiendo esta otra parte apersonarse por escrito el Centro seleccionado en los cinco días siguientes y señalar medio para recibir comunicaciones. Las partes acordamos adicionalmente que: 1.)El agotamiento de este mecanismo Rac es una condición de admisibilidad, para acudir a demandar en un proceso jurisdiccional, estando las partes en todo caso, libres de llegar o no a un acuerdo mediado; 2.)El incumplimiento de esta obligación acuerdan las partes, se considerará una infracción grave del contrato y 3.)De no respetarse esta obligación contractual por alguna de las partes, el juez o los árbitros a cargo del ulterior proceso jurisdiccional, tomará en cuenta este incumplimiento, a los efectos de determinar: la inadmisibilidad de la demanda, su competencia, la buena o mala fe del litigante y la condenatoria en costas. El Centro institucional a cargo del futuro arbitraje, deberá tomar en cuenta el presente acuerdo, antes de constituir el Tribunal arbitral²⁵.

En segundo término, la invitación del árbitro a las partes a que acudan a la mediación durante el proceso arbitral popular supone un componente esencial para la modalidad arbitral que se propone, conforme a lo que exponemos más

adelante.

X.) SÍNTESIS DEL NUEVO MODELO ARBITRAL

Un arbitraje popular o de bajo costo comprende, al menos, los siguientes componentes económicos, jurídicos y procesales:

PRIMERA ETAPA (de bajo costo).

- 1.) Se elimina el requerimiento arbitral, por lo que la parte demandante deberá presentar la solicitud de arbitraje junto con la demanda arbitral, y esta deberá venir con todos los presupuestos, el elenco de hechos unifácticos, las pretensiones y fundamentos de derecho, aportando la prueba documental y ofreciendo la que no es documental.
- 2.) El centro institucional designará un solo árbitro de su propia lista. Es plausible considerar un sistema de árbitros permanentes y asalariados por el centro institucional. En caso de recusación, el mismo Centro la deberá resolver en definitiva, sin mediar apelación ante lo judicial.
- 3.) Las partes deberán depositar un monto básico para costear la primera etapa del proceso, sufragando gastos administrativos reales y por la participación del árbitro en esta etapa. No se pedirán otros gastos, v. g., como los relativos a la recepción de prueba.
- 4.) En una primera audiencia oral, se instalará el tribunal y se dará traslado de la demanda a la parte demandada, quien podrá contestar allí mismo y contrademandar en forma oral o bien, en un breve plazo, podrá presentar la contestación y reconvenición por escrito. La actora podrá contestar la reconvenición de esa forma en la misma audiencia o bien por escrito, en un plazo breve. No habrá réplicas, súplicas, ni duplicas. En esta etapa, el tribunal conocerá todas las excepciones previas que se formulen y las resolverá en el acto si se oponen en la misma audiencia o mediante

resolución ulterior escrita, si la contestación de demanda o a la contrademanda es escrita. Lo resuelto tendrá únicamente recurso de revocatoria.

Si se alega la incompetencia, el tribunal la resolverá en única instancia. Lo resuelto solo tendrá recurso de revocatoria. El actual sistema en la Ley RAC no es el tradicional “Kompetenz-Kompetenz”, sino que es mixto: el tribunal se pronuncia sobre la incompetencia alegada, y lo resuelto tiene recurso de revocatoria y subsidiariamente de apelación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Este sistema resulta inadecuado para los procesos arbitrales sumarios. Lo pertinente es dejar abierta la posibilidad para que vía acción de nulidad contra el laudo arbitral, la Sala Primera revise lo resuelto al respecto por el tribunal²⁶.

La oralidad será la técnica básica procesal para el desarrollo del proceso²⁷.

- 5.) En la misma audiencia, el árbitro invitará a las partes a realizar una conciliación y les advertirá que si no concilian, se pasará a la segunda etapa arbitral, con previo depósito de costos plenos del proceso arbitral, cuya fijación se hará en esta misma audiencia inicial. Para realizar la mediación, el árbitro les concederá a las partes un plazo de 10 días hábiles, el cual será prorrogable a pedido de cualquiera de las partes, para que presenten al proceso el acta formal suscrita de la conciliación realizada o que informen de su fracaso.

Así concebido, este sistema tipo “arb/med/arb” contempla un mecanismo con incentivos concretos, para que las partes concilien allí mismo y se economicen el costo pleno del arbitraje. Por ende, es un elemento central o clave para el éxito de esta propuesta y romper así el prejuicio de los altos costos del arbitraje. Acudir en esta coyuntura a la mediación seguirá siendo un mecanismo

voluntario para las partes. Empero, la opción de economizarse una suma de dinero será, generalmente, más efectiva que imponer una simple obligación de mediar.

- 6.) Si las partes concilian con ayuda de un tercero mediador, se dará por concluido el arbitraje, sin costos adicionales para las partes. Si no concilian, el arbitraje proseguirá, y las partes deberán depositar los costos completos del proceso, en el plazo breve que se les otorgará. Si el actor no lo hace, se ordenarán la terminación y el archivo del caso, y se dará por extinguido el acuerdo arbitral. Si el reconventor no deposita los costos prevenidos, se archivará la contrademanda.

SEGUNDA ETAPA **(Con depósito de gastos)**

- 7.) Depositados los costos adicionales del proceso y, salvo que ambas partes acuerden no realizar la segunda audiencia, el tribunal ordenará la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes en una nueva audiencia oral que señalará, aplicando el principio de concentración probatoria, y solo en un caso estrictamente necesario, ordenará una prueba pericial que deberá estar disponible en la audiencia de pruebas. Al finalizar la audiencia de recepción de pruebas, las partes presentarán un alegato oral de conclusiones o bien un resumen del caso, a criterio de cada parte. Si se acordó prescindir de la audiencia de pruebas, el tribunal pasará al dictado del laudo con base en las pruebas presentadas al expediente.
- 8.) Las partes podrán renunciar de común acuerdo a la presentación de un alegato de conclusiones, evento en el que el árbitro pasará a dictar el laudo en un plazo breve que será siempre de derecho, salvo acuerdo diferente de las partes.
- 9.) Plazo del arbitraje. Será de una duración máxima de 30 días hábiles sin incluir la fase

de laudo y podrá ser prorrogado de oficio o a instancia de ambas partes, por otros 30 días hábiles.

- 10.) El laudo deberá reunir los requisitos de ley y, en su contra, se podrá plantear la acción de nulidad contemplado en la Ley Rac. Se deberá dictar en un plazo de quince días posteriores al cierre de la etapa de pruebas y a partir de que se prescinda de ella.
- 11.) El laudo tendrá adición y aclaración, y el tribunal deberá estar facultado para aclarar y adicionar de oficio o a petición de parte, aspectos oscuros u omitidos en cualquier sección del laudo, en consideración de que carece de una segunda instancia.

XI.) PROPUESTA A LOS COLEGIOS PROFESIONALES

En los términos expuestos, el arbitraje popular puede ser patrocinado y organizado por los colegios profesionales. Algunos de ellos cuentan ya con centros institucionales prestigiosos con exitosa labor en servicios de justicia alternativa son el Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica y la Corte de Arbitraje y Mediación, CAM, del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Ambos colegios cuentan con una fuente fija de ingresos mediante el llamado timbre de abogados y timbre de construcción, cuyo costo se puede incrementar levemente, para así subsidiar el funcionamiento del arbitraje popular que se propone, el cual va acorde con el espíritu de esas entidades gremiales, de contribuir con las necesidades de la colectividad.

En el caso del CFIA, un aporte muy valioso al sistema arbitral propuesto sería poder contar con una lista de profesionales en ingeniería y arquitectura, autorizados a prestar sus servicios periciales a un costo moderado.

XII.) PROPUESTA A LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Con cierta frecuencia, en los prestigiosos centros institucionales de la Cámara de Comercio de C.R., el CCA y en el CICA de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio, se presentan casos arbitrables de muy baja cuantía, cuyo solo costo por la tramitación institucional resulta a veces más alto que el monto mismo que se discute²⁸.

En esas circunstancias, no es fácil integrar un tribunal arbitral y menos si se trata de tres árbitros. La remuneración usualmente será muy baja, y el trabajo requerido a los árbitros puede ser sustancial. Ergo, se produce una exclusión casi natural y de hecho de estos conflictos de baja cuantía, de ser conocidos y resueltos en la vía arbitral, pese a que cuentan con acuerdo arbitral y, por tanto, las partes están inhibidas, en tesis de principio, para acudir a la jurisdicción ordinaria.

Sería conveniente para estas entidades y otras, como la Cámara de Comerciantes Detallistas, la implementación del arbitraje popular que permitiría canalizar los conflictos de baja cuantía que actualmente no cuentan con un mecanismo arbitral idóneo para su solución definitiva²⁹.

XIII.) PROPUESTA A LAS UNIVERSIDADES

Tanto las universidades públicas como las privadas en Costa Rica son entidades idóneas para promover la organización de un servicio de arbitraje popular universitario que estaría acorde con los fines generales de capacitación de esas instituciones de enseñanza superior. Sería un medio para que los y las estudiantes realicen prácticas guiadas, tanto en arbitraje como en mediación y que se familiaricen con estos mecanismos.

Se sugiere que el cuerpo arbitral esté conformado por docentes especialistas de la misma universidad, con un sistema de remuneración

módico por arbitraje tramitado u otro mecanismo no dispendioso, como podría ser el otorgamiento de puntos académicos o una mejora salarial por arbitraje tramitado³⁰.

XIV.) PROPUESTA A LAS AUTORIDADES DE GOBIERNO

Tanto el MEIC, como el COMEX, junto con la DINARAC, deben impulsar y organizar un arbitraje popular o de baja cuantía como el propuesto, como parte de sus servicios al público y considerando la garantía constitucional al arbitraje, en particular para las mypymes. Dichos entes ministeriales promueven diversos programas de información, capacitación y desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas: un respaldo por parte de esa institucionalidad al arbitraje popular sería consustancial a esas políticas, colaborando cuando menos y en una primera etapa, con los registros de sumisión voluntaria al arbitraje.

Adicionalmente, el MEIC está en clara posición e, incluso, obligación de promover y desarrollar el arbitraje de consumo que, pese a estar reconocido en la legislación sobre los derechos de la persona consumidora y la libre competencia, ha existido grave desidia para su implementación, por parte del aparato estatal.

La experiencia española en esta temática resulta fundamental para el futuro desarrollo del arbitraje de consumo en nuestro país. El sistema que han desarrollado en la madre patria ha sido exitoso y tiene evidentes perspectivas de crecimiento, gracias a la implementación de los mecanismos tecnológicos de la era digital. De este modo, al implementarse el arbitraje de consumo para Costa Rica, se podría pasar directamente, es decir, desde un inicio, a un sistema arbitral basado en las nuevas tecnologías, en lugar de acudir a los sistemas procesales tradicionales. El MICIT³¹ podría tener una participación valiosa en la organización de este sistema de servicio

público arbitral.

El sistema español de arbitraje institucional de consumo cuenta con una organización a nivel nacional, articulada mediante entidades administradoras del servicio arbitral, denominadas juntas arbitrales de consumo que son de dos tipos: territoriales y una junta arbitral nacional, de conformidad con su legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios³² y otras leyes complementarias.

Posteriormente se emitió un reglamento regulador del Sistema Arbitral de Consumo para España³³. Según este reglamento, el arbitraje de consumo será de equidad, salvo que las partes dispongan que sea de derecho.

La preocupación expresada por algunos sectores del empresariado español, de que el conflicto haya de dirimirse prioritariamente en equidad y no en derecho, no tendría razón de ser, ante todo si la calidad de los árbitros está garantizada y porque la equidad, bien sustentada, es una fórmula adecuada y reconocida de hacer justicia³⁴.

XV.) COMENTARIO FINAL

Existe una vacío notable en Costa Rica, con la existencia de mecanismos arbitrales de bajo costo, rápidos y eficaces que permiten un acceso

a las ventajas del arbitraje a las grandes mayorías. Esto plantea incuestionablemente un reto-país. La sociedad reclama una apertura al sistema arbitral actual y requiere de la institucionalidad pública, su participación decidida y eficaz, para la implementación de un arbitraje como el que aquí proponemos y que cuenta con un asidero jurídico positivo de rango constitucional que le ha conferido la naturaleza de derecho individual fundamental y que, por ende, no puede ser ignorado por el Poder Ejecutivo.

Un servicio arbitral popular como el propuesto atenderá y resolverá las necesidades de justicia de los nuevos sectores sociales que han quedado marginados hasta la fecha, de este esencial, ágil y eficaz mecanismo de solución de controversias que es el arbitraje.

Ahora a los sectores sociales interesados, a los árbitros costarricenses y a las instituciones privadas y públicas que han sido mencionadas, les corresponde considerar estas razones y la modalidad arbitral propuesta para su debida implementación, no solo con base en un nuevo proceso, sino antes bien, considerando un futuro sistema articulado, a fin de abrir un espacio efectivo de justicia arbitral popular organizada, para un acceso real al derecho constitucional al arbitraje y a una justicia pronta y cumplida, factores esenciales para la paz y la convivencia sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIAS SOLANO, RANDALL. (2001). *Acceso a la justicia y resolución alterna de conflictos en Costa Rica*. San José: Dinarac.

CORDÓN MORENO FAUSTINO. (2010). *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Pamplona: Editorial Civitas.

CREMADES, ANNE-CAROLE. (2016). Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? *Revista del Club Español del Arbitraje*. Madrid, n.º 26-2016.

GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. (2016). Propiciando mediación: una propuesta. *Revista del Club Español del Arbitraje*. Madrid, n.º 25.

LARA GONZÁLEZ RAFAEL y otros. (2007). *Justicia y arbitraje de consumo*, Gobierno de Navarra.

LÓPEZ GONZÁLEZ, JORGE ALBERTO. (2007). *Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil*. Editorial Juricentro, San José.

MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO. (2012). La Constitución de 1812 y el arbitraje. *Revista del Club Español del Arbitraje*, Madrid, n.º 14/2012;

MUÑOZ SABATÉ, LLUIS. (2012). *Técnica procesal, 25 años de estudios forense*. Barcelona: Editorial Bosch.

1. LLM Abogados. ygleleg@racsa.co.cr. Abogado y árbitro nacional e internacional. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Costa Rica. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid.
- 2 Artículo 43 de la Constitución Política que se ubica en la categoría de derechos individuales fundamentales.
- 3 Para todo, vid. MERINO MERCHÁN, J.F., en La Constitución de 1812 y, el Arbitraje, en Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, núm. 14/2012, pp. 34-37.
- 4 En las actas de la Asamblea Constituyente de 1949, que revisó la Constitución de 1871, solo existe la siguiente lacónica referencia. “En relación con el artículo 48 el Representante CHACON presentó moción para que se lea así: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”. [43] Sometida a votación, fue aprobada. En consecuencia, el artículo 48 se leerá en la forma indicada anteriormente”. De aquí surge el artículo 43 actual de la actual Constitución Política de Costa Rica.
- 5 O de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, departamento adscrito al Ministerio de Justicia, y que por Ley RAC tiene a cargo la aprobación y fiscalización de los centros arbitrales institucionales.
- 6 Artículo 9, Ley N.º 7727 o Ley RAC.
- 7 Incluido un sistema de mediación vecinal, reglado por el Ministerio de Justicia.
- 8 Vid. ARIAS SOLANO, R. (2001). Acceso a la justicia y resolución alternativa de conflictos en C. R. San José: Dinarac, p. 105.
- 9 Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, N.º 7727 de 1998.
- 10 También destaca el costo de las pruebas periciales que a veces resultan superiores al resto de los costos del servicio arbitral.
- 11 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N.º 7472 de 1995.
- 12 Reglamento del Procedimiento de arbitraje mypymes y arbitraje social.
- 13 El arbitraje popular nace en Perú mediante el Decreto Legislativo 1071. Mediante Decreto Supremo 016-2008-JUS, se agrega el “Programa de Arbitraje Popular”. A su vez, El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos creó el Centro de Arbitraje Popular, “Arbitra Perú”, por Resolución 0639-2008-JUS, del 2008, y sus destinatarios principales son las mypymes.
- 14 Se trata del Reglamento de arbitraje acelerado de la CCI del 2017, para casos internacionales hasta 2 millones de dólares, el cual ilustra con nuevas técnicas para acelerar el proceso arbitral.
- 15 En los últimos dos años, ambas entidades gremiales han emitido reglamentos arbitrales para atender conflictos poco complejos y de baja cuantía.
- 16 Se han aplicado conocidas doctrinas arbitrales como la de sumisión tácita al arbitraje; la extensión del acuerdo a terceros no signatarios. También se admiten cláusulas arbitrales estatutarias.
- 17 Según el artículo 13 de la Ley RAC N.º 7727, el acuerdo no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito en un contrato o en forma autónoma y podrá constar por facsímil, télex o similares.

- 18 Vid. art. 37 de la Ley RAC.
- 19 Ministerio de Economía y Comercio de C. R.
- 20 Ministerio de Comercio Exterior de C. R.
- 21 Como el procesalista catalán, MUÑOZ SABATÉ, L. lo advierte, en Técnica procesal, Barcelona: Edit. Bosch, 2012, pp. 442-443, al referirse a este sistema de adhesión, “[...] la cláusula (arbitral) puede tener plena autonomía, en el sentido de no ser legalmente necesario incorporarla al propio contrato o negocio jurídico [...] la determinación de las relaciones jurídicas sometidas a arbitraje podría venir dada mediante expresiones genéricas como “todas las relaciones jurídicas que atañen a su profesión u oficio [...]”.
- 22 Para BUENO DE MATA, F., Prueba electrónica y proceso 2.0, Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 52 y 53: “La revolución cibernética ocasiona un verdadero cambio en la forma de resolver los conflictos... provocando una nueva forma de entender la administración de justicia”. Se refiere a aquella como la “e-Justicia”, con experiencias presentes en Finlandia, Holanda, Portugal, Brasil, México, Reino Unido, USA, Eslovenia, Alemania, Perú, Colombia y Suecia.
- 23 CREMADES, A-C., en Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? Revista del CEA, Madrid, número 26-2016, pág. 57, advierte que las cláusulas escalonadas han generado una problemática compleja en torno a su obligatoriedad y sanción en caso de incumplimiento, haciendo un recuento de las tesis francesa y suiza: En Francia es estimada como un tema de admisibilidad de la demanda y no causa de nulidad del laudo; en Suiza la cláusula arbitral no puede ser activada si antes no se ha agotado la mediación, en caso contrario podría ser causa de nulidad del laudo, por incompetencia del Tribunal.
- 24 Entre muchas otras, la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Núm.602 del 13/05/2012, que, pese a la existencia de un acuerdo contractual preciso, que describió los pasos a seguir para una mediación, estimó como válida su renuncia unilateral por una parte, por ser la mediación de libre ejercicio y un retraso a la solución de la controversia.
- 25 Esta cláusula modelo es sugerida por la Asociación de Mediadores de Costa Rica, Asocec, en Facebook: Asocec.
- 26 La experiencia nos indica que son excepcionales los casos en que la Sala Primera declara una incompetencia, por lo que no se justifica que un proceso arbitral sumario se atrase interlocutoriamente y por muchos meses por una apelación. En todo caso, conforme al artículo 67.g) de la Ley RAC, el laudo es impugnado por falta de competencia del tribunal arbitral.
- 27 La inmediatez es el aporte más significativo del sistema de oralidad que, al decir de LÓPEZ GONZÁLEZ, J. A. (2007). Teoría general sobre el principio de la oralidad en el proceso civil. San José: Edit. Juricentro, pp. 60 y 61, si se aplica correctamente, habilita una mejor calidad y administración de la justicia.
- 28 Ha sido, por ejemplo, el caso de los conflictos entre caseros y arrendatario, debido a contratos que cuentan con una cláusula arbitral.
- 29 Podría existir algún temor de los gremios de empresarios y comerciantes, de apoyar este tipo de arbitrajes, por los cambios que podrían generar en la estructura de costos tradicionales del arbitraje comercial y en la posibilidad de que esta modalidad arbitral, sea considerada como una competencia. Sin embargo, en tesis de principio, los destinatarios en uno y otro tipo arbitral no serán los mismos y en todo caso, los destinatarios del arbitraje popular incluyen también a quienes no son comerciantes, como ocurre con el caso de las personas consumidoras.

- 30 Una mejora salarial fija, por disponibilidad del profesor(a)-árbitro(a), no es la mejor fórmula para racionalizar los costos de esta modalidad de servicio arbitral: debe estar en función del servicio real brindado.
- 31 Ministerio de Ciencia y Tecnología de Costa Rica.
- 32 Texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 1/2007, artículos 57 y 58.
- 33 Real Decreto 231/2008.
- 34 Para LARA GONZÁLEZ, R. (2007). Justicia y arbitraje de consumo. Gobierno de Navarra, Pamplona, pp. 92 y 93, el criterio de "lo justo" se puede lograr no solo por medio del derecho positivo, sino también por medio de la equidad. Además, como lo ha planteado CORDÓN MORENO, F. (2010). Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas. Pamplona: Edit. Civitas, pp. 171-175, no existe impedimento para dilucidar mediante arbitraje de equidad, cuestiones de naturaleza jurídica, como sería el caso v. g., de una disputa sobre acuerdos societarios.

SALUD, MUJERES Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

MSc. Sandra María Pereira Retana¹
spereira@poder-judicial.go.cr

Recibido 5/4/2018

14/4/2018

RESUMEN

Las mujeres tienen una manera específica de enfermar asociada al género y a la socialización patriarcal, la cual establece relaciones asimétricas de poder, dentro de un ámbito de violencia genérica y violencia doméstica. Esta violencia ocasiona lesiones físicas, enfermedades, lesiones psicológicas y emocionales que pueden incluso desencadenar en la muerte. El sistema de salud es donde primeramente las mujeres agredidas acuden en busca de ayuda. Las personas que trabajan en estos lugares deben estar preparadas para identificar y abordar integralmente la situación. De igual manera, el sistema judicial debe garantizar el acceso a la justicia y brindar una atención de acuerdo con el criterio de la debida diligencia a esta población.

Palabras clave: sistema de salud; violencia doméstica; enfermedades de las mujeres; salud mental de mujeres; desesperanza aprendida; depresión; abordaje integral.

ABSTRACT

Women have a specific way of falling ill associated with gender and patriarchal socialization, which establishes asymmetrical power relations within an environment of generic and domestic violence. This violence causes physical injury, illness, psychological and emotional damage that can even lead to death. The health system is where women who have been assaulted seek help first. The people who work in these places must be prepared to identify and address the situation comprehensively. Similarly, the judicial system must guarantee access to justice and provide due diligence care to this population.

Keywords: health system; domestic violence; women's illnesses; women's mental health; hopelessness learned; depression; comprehensive approach.

INTRODUCCIÓN

Se ha establecido que las mujeres tienen una forma particular de enfermar. Desde la antigüedad se asocian las enfermedades femeninas a su aparato reproductor, en especial al útero. Esta idea se mantiene hasta la fecha, adicionada al hecho de que la mujer se considera un ser emocional y, por tanto, que su salud mental es más frágil que la del hombre.

Es común encontrar manifestaciones que expresan que cuando una mujer está con su período menstrual es intolerante, susceptible, irritable y depresiva. Estas afirmaciones no son únicamente hechas por los hombres, sino

también este mito está tan arraigado que las mismas mujeres lo repiten.

Esta percepción es parte de la construcción genérica que socialmente se ha establecido para la mujer y de la representación que la palabra "MUJER" tiene en el imaginario social.

El género es una construcción social que va directamente relacionada con el sexo desde la perspectiva biológica, hombre-masculino, mujer-femenino. Cada sociedad asigna roles específicos para cada género y, desde el momento en que se descubre el sexo biológico de una persona, aun antes de su nacimiento, ya se le ha asignado el género y, con ello, el tipo de socialización que

tendrá, la cual va asociada a su tiempo y espacio. Marcela Lagarde (1996, p. 31) señala que:

[...] todas las culturas elaboran cosmovisiones sobre los géneros, y en ese sentido, cada sociedad, cada pueblo, cada grupo y todas las personas tienen una particular concepción de género basada en su propia cultura. Su fuerza radica en que es parte de la visión del mundo, de su historia y sus tradiciones nacionales, populares, comunitarias, generacionales y familiares. Forma parte de concepciones sobre la nación y del nacionalismo; cada etnia tiene su particular cosmovisión de género y la incorpora además a la identidad cultural y a la etnicidad. Por eso además de contener ideas, prejuicios, valores, interpretaciones, normas, deberes y prohibiciones sobre la vida de las mujeres y los hombres, la cosmovisión de género propia, particular, es marcadamente etnocentrista [...].

Dentro de esa construcción social de género, se han establecido roles determinados para cada una de las categorías femenina y masculina. De esta manera, se ha enseñado a los niños que deben ser rudos, que no deben expresar sus sentimientos, que deben aparentar fuerza y proteger a la mujer, que detentan el poder y, para ejercerlo adecuadamente, no pueden mostrar debilidad. Por su parte, se ha educado a las niñas con la idea de fragilidad, que deben expresar sus sentimientos y actuar de acuerdo con sus emociones, que pueden ser débiles y que está bien depender de un hombre para que las proteja. Así se establecen los estereotipos sexuales. Estos son los tipos y roles definidos dentro de las sociedades patriarcales.

Al socializar al hombre como la persona que tiene el poder y a la mujer como su subordinada, se construye el poder social como masculino, y el Estado, por tanto, también es masculino, establece normas que mantienen ese orden social y continúa subordinando a la mujer, por

lo que provoca situaciones de discriminación y violencia en su contra.

Hay formas específicas de violencia contra las mujeres o violencia de género que agreden a la mujer por el hecho de ser mujer, como por ejemplo: la violación y la violencia en relaciones de pareja. Tal y como McKinnon (1989, p. 408) ha denunciado:

[...] a lo largo del tiempo las mujeres han sido económicamente explotadas, relegadas a la esclavitud doméstica, forzadas a la maternidad, sexualmente objetificadas, físicamente ultrajadas, utilizadas en espectáculos denigrantes, privadas de la voz y la cultura auténtica y del derecho al voto, excluidas de la vida pública. Las mujeres, a diferencia de los hombres equivalentes, han estado sistemáticamente sometidas a la inseguridad física, han sido blanco de la denigración y la violación sexuales, despersonalizadas y denigradas, privadas de respeto, credibilidad y recursos, y se les ha silenciado, se les ha negado la presencia pública, la voz y la representación de sus intereses [...].

De estas formas de violencia masculina en contra de la mujer, una de las más graves es la violencia doméstica, porque se ejerce en el núcleo familiar y en una relación afectiva y de confianza. Este fenómeno ha existido siempre, pero se ha mantenido oculto, primero justificándose en el poder que el hombre tenía de disponer de la vida de su esposa y descendencia, y posteriormente, en el mito de la privacidad del hogar y la prohibición al Estado de entrar a ese ámbito interior.

A partir de los años setenta del siglo anterior, se visibilizó la problemática y se ha visto la magnitud que ha adquirido; de igual forma, se han creado estrategias y planes para combatirla y luchar contra esta patología desde diferentes ámbitos de la sociedad. Se crearon leyes y procedimientos específicos desde el ámbito estatal con el ánimo de proteger a las víctimas. Luego

se estudiaron las consecuencias que ha tenido la violencia doméstica sobre la salud de las mujeres víctimas. Este artículo es una aproximación a esta problemática femenina desde un punto de vista puramente teórico.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde épocas remotas, la salud de las mujeres ha estado controlada por los hombres. En la antigüedad se atribuían todos los males y las enfermedades femeninas primero al útero y más adelante a los ovarios, cuando estos fueron descubiertos. Los egipcios consideraron que la mala posición del útero era la responsable de todas las afecciones de las mujeres. Esta misma creencia se mantuvo en la Grecia y Roma antiguas y, más adelante, la adoptaron las religiones tanto occidentales como orientales² en conjunto con el discurso médico.

En la Edad Media, la religión sostenía la teoría de que las mujeres no tenían alma y, por tanto, había que cuidar con sumo recelo su pudor debido a que podían ser fácil presa del demonio.

En este período histórico, se desarrollaron las figuras de las matronas y sanadoras, debido a que los médicos no podían atender partos, pero ellas no podían hacer más que atender los nacimientos y se les negaba el acceso a perfeccionar su labor en las universidades. Era prohibido a las mujeres estudiar y curar enfermos. Los partos generalmente estaban rodeados de historias de sufrimientos y dolor con alto riesgo para la madre y el niño.

Cuando la medicina empezó a gestarse como ciencia laica, las matronas se vieron como competidoras peligrosas y se les ubicó como poseedoras de recetas mágicas y poderes demoníacos. Incluso, se decía que podían tener acceso sexual con el diablo mediante el cual le sacaban secretos, por lo que las acusaban de brujería y las quemaban en hogueras.

Durante esta época, según Eva Giberti, hubo un sexocidio en donde la Iglesia, las corporaciones

médicas y el señor de turno se conjugaron para celebrarlo, no para eliminar la brujería, sino para crearla con el objetivo de que la gente creyera que las brujas eran las culpables de sus males y así evitar que comprendieran la crisis económica y social que se estaba viviendo. Giberti señala: “[...] Se trataba de desplazar los resultados de la crisis de la sociedad medieval tardía desde la iglesia y el Estado hacia demonios imaginarios con forma humana”. (Giberti y Fernández, 1989, p. 119).

Las mujeres acusadas de brujería eran en su mayoría mayores, pobres, carentes de prestigio social con un saber que no era comprendido ni compartido por los circuitos oficiales, que respondían a las necesidades de las clases menos favorecidas, ya que ellas fueron durante mucho tiempo, el único agente de salud para la población pobre y campesina. Además, conocían de medicina y también de psicología, demostrando un amplio saber empírico.

Las características de las mujeres que fueron perseguidas en esa época son las siguientes: 1) Perteneían a una sociedad que las despreciaba; 2) por su edad, habían perdido su encanto físico, su posibilidad de procrear y de reponer la fuerza de trabajo en el ámbito doméstico; 3) hicieron uso de su sexualidad fuera de los límites prescritos y aprobados socialmente; 4) se reunían y constituían grupos; 5) lograban vivir autónomamente dedicándose a actividades no domésticas. Burin agrega además una sexta característica: cuestionaron la autoridad masculina demostrando independencia cognitiva de los hombres, mediante el ejercicio y ejecución de un saber de mujeres (Burin: 1991, p. 26). La muerte en la hoguera de estas mujeres sabias fue un genocidio ignorado por la historia y justificado en los mandatos religiosos.

En el renacimiento, la imagen de la mujer tenía dos caras, por un lado, era inferior y maldita y, por otro lado, era una cortesana seductora. Durante mucho tiempo, se consideró que la mujer no era humana y que carecía de alma. No fue hasta el Concilio de Efeso³ cuando se

comenzó la discusión sobre este tema al definir la posición de la Virgen María, y fue con el Concilio de Trento⁴ cuando se resolvió en definitiva la situación y se adjudicó a la mujer el alma. Pero, desde el punto de vista religioso, se continuó considerando que las mujeres estaban en un plano instintivo e irracional⁵, espiritual y fue concebida como hembra humana solo desde su labor reproductora. Al respecto Mabel Burín indica: “[...] los conceptos de salud y enfermedad mental referidos a las mujeres pivotaban alrededor de su posición social como vírgenes dignas de ser santificadas, o bien como demoníacas agentes de la sensualidad y lo irracional” (Burin, 1991, p. 67).

Entre 1650 a 1677, se descubren el ovario y el espermatozoide y que el embrión se desarrolla en una célula, entonces la actividad materna se convierte en la idealización del quehacer femenino. Además, durante este siglo, la locura deja de estar en manos de los religiosos y pasa a manos de los hospitales, deja de tener su punto de referencia en la religión y se transforma en enfermedad. Las mujeres son consideradas locas cuando su sexualidad era irregular, lo sano estaba asociado a la maternidad, y los hijos pasaron a ser su propiedad privada. El goce de la sexualidad quedó adscrito al goce de la maternidad.

En el siglo XVIII, se mantuvo la enfermedad de la mujer asociada al útero, inclusive la enfermedad mental, considerándose a la histeria como la locura femenina por excelencia.

La medicina positivista del siglo XIX se apropió del cuerpo de las mujeres y consideró que sus deseos y sentimientos eran psiquiátricos, interpretándolos por vía de los humores, los fluidos linfáticos y, principalmente, por las variaciones de temperatura en el útero (especialmente el calor) asociado a las reglas menstruales (Burin, 1991, p. 72).

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se asoció la variable de clase dentro de la salud de las mujeres. Según Bárbara Ehrenreiche y Deidre English (nombrados por Giberti y Fernández,

1989, p. 82), en esta época, las mujeres de la clase alta eran enfermas que padecían de su sistema nervioso y del útero, reclamando constante atención médica. Por su parte, las mujeres de clase baja estaban constantemente trabajando, ya sea fuera de su hogar como dentro de este, y eran además las encargadas del trabajo doméstico de la clase alta con jornadas agotadoras, por lo que no podían estar enfermas. Sin ellas, las mujeres de las clases más privilegiadas no hubieran podido mostrarse frágiles y enfermizas. A estas últimas se les asoció con la enfermedad, y a las que pertenecían a las clases populares se les estigmatizó como las portadoras de esas enfermedades, debido a que muy pocas de las que conformaban este grupo se mostraban histéricas en contraposición con las mujeres ociosas de la clase burguesa.

En este momento de la historia, los sacerdotes ceden su lugar como confesores de las mujeres a los médicos psiquiatras, quienes se convirtieron en guías y consejeros de las féminas de la burguesía. El psicoanálisis y las ideas freudianas aparecen con respecto a las mujeres, ideas muy controvertidas por parte de las feministas. Sin embargo, para Mabel Burin se debe reconocer el aporte al estudio del inconsciente, a su análisis de la sexualidad humana, a la permeabilidad lograda entre los criterios de salud y enfermedad mental y al método de escucha y de observación de los síntomas que los pacientes presentan (Burin, 1991, p. 33).

GÉNERO Y RELACIONES DE PODER

Como ya se indicó, el concepto de género es una construcción social enfocada en las diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se construye y deconstruye constantemente, tomando en cuenta variables como el momento histórico, la ubicación geográfica y la cultura. Se halla directamente relacionado con la división biológica de los sexos, otorgando a cada persona, según su sexo, un género aun antes de su nacimiento, aunque no en todas las personas, existirá esa correspondencia dicotómica entre sexo y género.

Como consecuencia de esta división, se establecen roles específicos que nacen en el hogar y se desarrollan en las estructuras de la sociedad, tanto para el género masculino como para el femenino: “[...]los roles sexuales se aprenden, adquieren e internalizan dentro de la familia nuclear, y las formas como estos roles se manifiestan y sustentan en el hogar, el trabajo, los medios y la religión [...]”. (León, 1995, p 181).

Dentro de esta asignación de roles, se establece la posición de poder de los hombres y de subordinación de las mujeres. En los últimos años, se han tratado de cambiar las asignaciones tradicionales de roles, y las mujeres han empezado, poco a poco, a incursionar en el campo laboral externo al hogar, aunque eso implique llevar a cabo una doble jornada. Si bien se reconoce que las mujeres actualmente están empezando a incursionar en actividades tradicionalmente desarrolladas por hombres, lo cierto es que en la mayoría de los casos, la labor fuera de su casa se mantiene en labores catalogadas como femeninas, tales como cocinar, cuidar ancianos, labores domésticas, coser, etc., lo cual perpetúa la desigualdad, discriminación y violencia en su contra y esto incide en la salud.

Tal y como Magdalena León lo establece en su obra *La familia nuclear: origen de las identidades: “[...] la visión del cambio en la teoría del rol deja como no existentes otras desigualdades que forman parte de la vida diaria de las mujeres, entre ellas la violencia familiar y callejera, el acoso sexual en el trabajo y la pornografía de la mujer en los medios”*. (León, 1995, p. 183).

A través de la Organización Panamericana de la Salud (1983), la Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como “*un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad*”, y no solo como la ausencia de enfermedad.

En las características de las enfermedades, aparecen diferencias de género asombrosas. Los

roles de género y la violencia afectan la salud de las mujeres, sobre todo la salud mental. Dentro de estos roles están: la maternidad, el matrimonio, los oficios domésticos, las labores de cuidado y el trabajo fuera del hogar, así como la tendencia de las mujeres a maternizar sus actividades, lo cual se asocia a la interiorización del mandato social que ordena que deben actuar siempre para el bienestar de otros.

Se afirma que “*los factores sociales influyen de modo determinante en el equilibrio psíquico, en el bienestar personal y en la participación del individuo en los objetivos comunitarios*”, factores que “*constituyen la esencia de la salud mental*”. (Burín, 2002, p 32). Además, se debe tener en cuenta que la salud mental es también una construcción social que responde a un contexto determinado, en su territorialidad, temporalidad, culturización y costumbres.

Dentro de los factores de riesgo específicos que influyen en los trastornos mentales comunes que afectan a las mujeres, se incluyen la violencia de género, las carencias socioeconómicas, el salario bajo y la desigualdad en los ingresos, la condición y el rango social bajo o subordinado y la continua responsabilidad del cuidado de otras personas.

Las diferencias de género aparecen en particular en las estadísticas de trastornos mentales comunes (depresión, ansiedad y quejas somáticas). Según Mabel Burín, diversos estudios epidemiológicos señalan la frecuencia de los trastornos de salud mental específicos según el sexo e indican una predominancia femenina de dos por uno en las depresiones y de tres por uno en las neurosis simples. (Burín, 1991, p. 53).

La depresión no solo es el problema de salud mental más común en las mujeres, sino además, puede ser más persistente en las mujeres que en los hombres. Las mujeres solicitan ayuda y revelan que tienen problemas mentales a su médico con mayor frecuencia que los hombres. Desde hace mucho tiempo, se reconoce que las mujeres son quienes utilizan en mayor grado

los servicios médicos. Los y las profesionales en medicina por su parte diagnostican con mayor frecuencia depresión a mujeres que a hombres, aunque presenten síntomas idénticos.

También en el tratamiento de los trastornos psicológicos, existen prejuicios por razón de género. Existe un alto número de probabilidades de que a las mujeres se les receten medicamentos psicotrópicos que alteran el estado de ánimo. Como bien se indica: “[...] los criterios de salud y de enfermedad, de curación y de indicación del tratamiento, del supuesto de “neutralidad del terapeuta”, de las determinaciones clasistas que imperan en todos estos ítems; y mas recientemente, y en relación con la especificidad de la salud mental de las mujeres se analizan los criterios sexistas en el diagnóstico y tratamiento realizado con las pacientes mujeres [...]”. (Burin, 1998, p. 77).

VIOLENCIA DE GÉNERO

En 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la cual en diciembre del 2002, alcanzó la ratificación de 182 países, constituyéndose en el principal instrumento internacional obligatorio para la promoción y la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Según la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁶, se considera esta como cualquier acto que ocasione o tenga la intención de producir un daño físico, sexual, mental o sufrimiento para ellas, incluyendo la amenaza de dichos actos, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer conocida como Belém Do Pará⁷, denuncia estas formas de violencia como “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” e incluye los hechos que ocurren en la familia y en la comunidad como el maltrato de pareja, el abuso sexual infantil, la

violación, prácticas tradicionales dañinas para las mujeres, la violencia en el trabajo e instituciones, el tráfico de mujeres, la prostitución forzada y la violencia perpetrada por el Estado.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se reconoce que la violencia contra las mujeres y las niñas es una violación a los derechos humanos.

En 1994, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo reconoce que la violencia de género es un obstáculo para la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, para su educación y participación en el desarrollo. La violencia de género⁸ es, por tanto, un problema político⁹, social, legal y de derechos humanos; pero también es un problema de salud que impacta todos los ámbitos de la vida personal y colectiva de las personas que han sido víctimas de ella y, en especial, de las mujeres, tanto en el aspecto físico como mental. Como Mirta Méndez señala: “Estamos en presencia de violencia cuando faltan algunos principios esenciales para el vivir y el convivir, diríamos que es violencia la ausencia del respeto por la libertad propia, la libertad ajena, el espacio propio y el espacio ajeno”. (Nombrada por McDonald, 2004, p. 20).

La Organización Mundial de la Salud ha indicado que la violencia doméstica es un problema de salud pública que incide no solo en la salud de las mujeres, sino también en el presupuesto asignado a los sistemas de salud y en el desarrollo de los países¹⁰.

En Costa Rica, la atención en los hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social de personas afectadas por violencia intrafamiliar ha aumentado de una tasa de 20, por cada cien mil habitantes en el 2013, a una tasa del 27,3 en el 2015, según el Sistema de Vigilancia Epidemiológica de dicha institución (Sisve). Durante el 2014, se reportó la atención de 11327 casos de violencia intrafamiliar.

En cuanto a la salud física, las mujeres que sufren violencia doméstica padecen frecuentes dolores de cabeza, dolores estomacales, gastritis, colitis, úlceras, presión alta y estrés, lo cual puede producir una baja en las defensas y culminar con temores cancerígenos. Como se puede observar, la violencia doméstica produce la muerte de las mujeres de manera indirecta, lenta y dolorosa.

También las personas víctimas sufren fracturas y presentan secuelas por las agresiones con armas de fuego y con armas blancas, las cuales además pueden tener un desenlace fatídico y provocar la muerte directa, de igual manera presentan marcas en su cuerpo, algunas veces lesiones en sus ojos y oídos y, en situaciones de exposición prolongada, pueden incluso sufrir padecimientos cardíacos y accidentes cardiovasculares.

De los datos que el Sistema de Vigilancia Epidemiológica refleja, noventa y dos de cada cien casos de lesiones externas que presentan los y las pacientes pertenecen a violencia intrafamiliar.

De la misma forma, las mujeres que sufren agresión doméstica pueden tener abortos producto de golpes y del estrés que la violencia psicológica provoca, así como embarazos no planificados como forma de mantener el control por parte del agresor y/o producto de agresión sexual. Además esta situación para truncar el proyecto de vida de las mujeres es un factor determinante.

Según la doctora Leandra Abarca Gómez, médica epidemióloga de la Caja Costarricense del Seguro Social (2015):

la violencia intrafamiliar puede ocasionar en quien la sufre consecuencias físicas, en su salud mental, problemas de conducta, en su salud sexual y reproductiva, y, además, puede impactar en sus enfermedades crónicas. Por eso es tan importante no solo detectarlo, sino asegurarnos de brindarle un abordaje, tratamiento y rehabilitación adecuados.

Las personas afectadas por situaciones de violencia doméstica invisibilizan sus patologías y, generalmente, son diagnosticadas en el aspecto psicológico y mental con otros trastornos como depresión, histeria, bipolaridad y además pueden cometer actos suicidas, ocultándose la verdadera causa del trastorno (la violencia intrafamiliar) y dejándose sin tratamiento adecuado, debido a que se recurre a otros métodos terapéuticos que no van a solucionar el problema porque no atacan la raíz de este.

Estas mujeres son etiquetadas desde el punto de vista psiquiátrico y son recetadas con tratamientos farmacológicos que, muchas veces, son incapacitantes, y en algunas ocasiones abusivos, estableciéndose un círculo vicioso del que es difícil salir y que complica su situación como víctima de violencia.

Las personas profesionales del sector salud deben estar preparadas para atender integralmente a quienes han sufrido episodios de violencia doméstica, En diversas ocasiones las víctimas no indicarán que sus lesiones físicas o sus crisis emocionales son producto de relaciones de pareja abusivas.

En el 2014, la Caja Costarricense del Seguro Social organizó una capacitación al personal de los servicios de emergencia para sensibilizarlos y que realicen un abordaje integral a las personas víctimas de violencia intrafamiliar y de género.

Al respecto, la Dra. Guiselle Brenes Pacheco, psiquiatra y coordinadora del Programa Nacional de Violencia Intrafamiliar y de Género de dicha institución, indicó:

Muchos de los casos de violencia intrafamiliar y de género ingresan por los servicios de emergencias y se le atiende la herida o el golpe, pero no se le da seguimiento a la parte emocional; por lo que es fundamental que nuestro personal esté en capacidad de brindar una atención y un acompañamiento integrales a estos pacientes. Montero, (2014).

En ocasiones, también las personas víctimas acuden al centro de salud en período de crisis y con quien se desahogan y a quien confiesan en primera instancia su situación de violencia doméstica es a la persona profesional de salud.

Burín señala que una de las problemáticas prioritarias en el campo de la salud mental es identificar y atacar la violencia contra las mujeres, tanto los fenómenos visibles (abuso sexual, maltrato físico, violaciones) como los fenómenos de violencia invisible, todas aquellas formas de relación con las mujeres mediante las cuales éstas quedan en una posición de inferioridad, desvalorización, desigualdad. (Burín 1991, p. 63).

Se debe eliminar la visión generalizada de considerar la perspectiva masculina como modelo paradigmático de la comprensión del malestar de las mujeres en la práctica médica y asistencial, y atender de manera particular las especificaciones de género y las formas y causas de enfermar de las mujeres, con ello se evitaría incluso la prescripción abusiva de fármacos a ellas.

Con respecto a las patologías, se debe reiterar que la violencia doméstica produce daños físicos invisibles como golpes que no dejan huella en cabeza, ojos, oídos y secuelas en la salud como dolencias intestinales, dolores de cabeza, dolores de cuerpo, tumores cancerígenos, etc. y visibles como arañazos, golpes que dejan secuelas, heridas y otros como abortos e, incluso, la muerte.

La experiencia del abuso suele destruir el amor propio de la mujer, la pone en un estado de dependencia hacia su agresor y la expone al riesgo de problemas diversos de salud mental, como depresión, trastorno de estrés postraumático, suicidio y abuso de alcohol y de drogas.

El hecho de que la víctima presente una dependencia hacia su agresor, la cual no permite que salga del ciclo de agresión en que se encuentra sumida es por sí solo un trastorno de personalidad que afecta su vida cotidiana y

la mantiene dentro de una relación sentimental totalmente dañina.

La dependencia emocional puede definirse como la necesidad afectiva extrema que una persona siente hacia otra. No obstante, en su carácter crónico, quien depende emocionalmente presenta como una de sus características que no puede soportar la soledad.

Marcela Lagarde señala: *“Nos han enseñado a tener miedo a la libertad, miedo a tomar decisiones, miedo a la soledad. El miedo a la soledad es un gran impedimento en la construcción de la autonomía”*.

Este miedo a la soledad es una de las razones por las que la mujer continúa soportando agresión y se mantiene dentro de una relación abusiva.

Las mujeres maltratadas dependientes emocionalmente presentan también características como la necesidad afectiva extrema de su pareja. El maltratador es el centro de su vida y su única fuente de autoestima. Aceptan los malos tratos como una estrategia para preservar la relación. Se culpabilizan de los sucesos negativos ocurridos durante la relación y sienten un miedo terrible a la soledad.

Las mujeres agredidas se sienten solas, sienten que nadie puede ayudarles y, cuando realizan alguna acción para salir del ciclo de agresión, creen que solo provocarán la ira de su verdugo, minimizan y naturalizan los actos de violencia en su contra y asumen que es su culpa lo que están viviendo. Esto es lo que se conoce como la desesperanza aprendida que provoca estados de depresión muy profundos.

Al respecto, Leonor Walker explica: *“cada vez con mayor frecuencia escogen hacer lo que tenga más probabilidades de éxito para minimizar el dolor y aumentar las probabilidades de supervivencia, en vez de arriesgarse a que las lastimen aún más o que las maten tratando de escapar”*. (Walker, 1989, p. 35).

Las mujeres que sufren el abuso infringido por su pareja sufren más depresión, ansiedad y

fobias que las que no lo han sufrido. La agresión sexual en la niñez o en la edad adulta también tiene estrecha relación con la depresión y los trastornos de ansiedad, puede producir además síndrome de estrés postraumático, trastornos alimenticios, adicciones y suicidios. El abuso sexual que tiene lugar antes de los siete años tiene mayor probabilidad de llevar a las víctimas a trastornos psicológicos, así como el abuso por más de un agresor y el abuso que es frecuente o que continúa por largo tiempo.

Muchas mujeres maltratadas experimentan trastorno de estrés postraumático (TEPT), un trastorno de ansiedad agudo que puede ocurrir cuando una persona atraviesa o presencia un acontecimiento traumático en el que siente una impotencia abrumadora o amenaza de muerte o lesión.

Son síntomas de TEPT revivir mentalmente el acontecimiento traumático mediante reminiscencias; tratar de evitar todo lo que le recuerde el trauma; quedar emocionalmente en estado de adormecimiento; experimentar dificultades para dormir y concentrarse, pérdidas de memoria y alarmarse o sobresaltarse fácilmente. Además la violación, el abuso sexual en la niñez y la violencia en el hogar son algunas de las causas más comunes del TEPT en la mujer. Para algunas de ellas, el peso del abuso es tan grande que se quitan la vida o tratan de hacerlo. La violencia en el hogar está estrechamente relacionada con la depresión y el suicidio subsiguiente.

Las mujeres maltratadas que desarrollan TEPT son aparentemente las que más tienden a tratar de suicidarse. El intento de suicidio también es más probable entre quienes han experimentado agresión sexual, ya sea en la niñez o en la vida adulta. La conexión sigue siendo fuerte aun después de controlar factores de riesgo individuales como la edad y educación de la mujer y la presencia de síntomas de TEPT y trastornos psiquiátricos.

Las víctimas de la violencia por parte de su pareja, y las que han sufrido abuso durante la niñez tienen más probabilidad que otras de presentar

adicción al alcohol y a las drogas, aun después de controlar otros factores de riesgo como abuso anterior, ambiente familiar de agresión o alcoholismo de los progenitores.

La mujer que es agredida en la mayoría de los casos sufre comportamiento servil, disminución de la movilidad, dependencia, depresión, aislamiento y disminución en su autoestima. Pero existen también otros casos en donde la mujer se defiende, reaccionando de la misma manera que su agresor y se catalogan como mujeres agresoras cuando en realidad solo están realizando actos de defensa y enfrentamiento a la agresión sufrida como una conducta aprendida dentro de su historia de vida.

La mujer agredida no solo es víctima de la agresión sino también puede además desarrollar enfermedades y adicciones causadas por esa misma situación de abuso, por tanto, es victimizada de múltiples formas. Además, es también agredida por el sistema institucional, por los centros de salud y quienes laboran en ellos y no buscan el trasfondo de los síntomas, sino que las patologizan y medican sin lograr curar el padecimiento real.

Esto también ocurre en los tribunales de justicia, en donde de previo se juzga y victimiza todavía más a las mujeres que han utilizado varias veces el sistema judicial para tratar de protegerse de la violencia vivida, por medio del proceso establecido para tal efecto o para aquellas que nunca han interpuesto una demanda pese a tener una historia de pareja plagada de violencia y agresión. Por estas razones, los jueces y las juezas, el personal del Ministerio Público y quienes atienden la violencia intrafamiliar deben tener sumo cuidado, conocimiento y sensibilidad de la materia.

Se debe también tratar de ahondar en la situación particular de cada mujer que solicita la ayuda del sistema judicial, para no quedarse en lo superficial del relato, sino buscar las causas que han llevado a la persona a establecer y mantenerse en una

relación abusiva. Hay que tener mucho cuidado cuando se acusa a la víctima de alcohólica, drogadicta o loca. Se debe tener claro que estas manifestaciones de conducta pueden, en la mayoría de los casos, ser consecuencia de historias de abuso sistemático que la mujer ha sufrido, y en no pocas ocasiones, la persona agresora tratará de desvirtuar la demanda interpuesta bajo el argumento de que quien pide auxilio padece de adicciones o enfermedades mentales.

De igual manera, reitero, cuando una mujer reacciona a la violencia de la misma forma que su victimario es catalogada como agresora sin verificar la situación específica y sin entender que esa reacción no es más que una estrategia de defensa y que sigue siendo víctima y persona vulnerable aunque no reaccione de la manera que la socialización genérica espera de ella.

Al respecto se debe evitar la revictimización secundaria que ocurre *“cuando la víctima acude al sistema judicial y no obtiene la reparación del daño ni la restitución de sus derechos lesionados debido a su inoperancia, lo cual no solo afecta a la persona ofendida sino también al propio sistema”*. (Jiménez, 2009, p. 12).

Se debe garantizar el debido acceso a la justicia a una población sumamente vulnerable en donde coinciden muchos factores de riesgo. El norte en el actuar judicial debe ser la protección a la integridad de la víctima, de lo contrario desde la institución se estaría además actuando con violencia estructural¹¹.

El Estado desde el Poder Judicial debe intervenir aplicando el criterio de la debida diligencia, establecido en el artículo 7) de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. En otras palabras, se debe abordar la violencia doméstica desde una perspectiva de derechos humanos, tal y como Alda Facio lo ha indicado: *“pues si se trabaja solo desde el aspecto penal el resultado es ineficiente y androcéntrico pues se centra solo en el castigo al perpetrador y no en la restitución, rehabilitación, o el resarcimiento a las víctimas”*. (Facio, 2009, p. 11).

En este aspecto, es sumamente importante *“[...]que se obtenga un efectivo acompañamiento psicológico para tratar de revertir los efectos que en el aspecto psicológico y emocional produce la violencia intrafamiliar y que logre empoderar a la víctima para evitar que restablezcan relaciones abusivas”*. (Pereira, 2014).

Por ello, se debe contar con profesionales en psicología que apoyen la labor jurisdiccional, no solo desde el campo del peritaje, sino primordialmente brinden el empoderamiento y tratamiento necesario para atender de manera global a las mujeres víctimas de violencia doméstica y brindar el apoyo necesario.

Se debe trabajar en la Prevención de la Violencia, primera arista que contempla la Convención de Belem Do Pará y, para ello, es primordial que se brinde el acompañamiento durante todo el proceso a quien acude a la institución, además también se deben dar las herramientas que logren cortar la dependencia económica. Sin dependencia emocional, sin dependencia económica y con el acompañamiento adecuado es más fácil romper con los círculos de agresión.

Es primordial recordar que, en primer término, la sociedad y sus instituciones tales como la religión, la educación, la cultura son las que han creado y mantenido los estereotipos de género ya apuntados, y las ideas de la división sexual del trabajo (la mujer en el hogar en lo interno y el hombre en el ámbito externo, lo público).

Si a la mujer se le educa para ser sumisa, frágil y para tener la responsabilidad de educar a sus hijos e hijas, y sobre todo de mantener el matrimonio a toda costa, ¿cómo luego se le culpa por no presentar o no continuar con un proceso de violencia doméstica? o ¿por perdonar a su pareja? si estos son los mandatos de la sociedad patriarcal en que vive.

Por otro lado, si se empodera a la mujer y ella trata de terminar la relación que le hace daño, la misma sociedad, la familia, la religión son quienes

la culpabilizan por transgredir el mandato social establecido desde épocas ancestrales. Todo ello repercute innegablemente en la salud física, psicológica y emocional de las mujeres.

Estas reflexiones deben estar presentes en las personas juzgadoras para no revictimizar a las mujeres que han vivido la violencia en sus cuerpos y en sus mentes. El apoyo, empoderamiento y acompañamiento para las mujeres afectadas es imprescindible para que puedan salir del círculo de agresión, y la reparación y el resarcimiento del daño son requisitos indispensables para poder decir que se ha hecho justicia en los procesos de violencia doméstica.

CONCLUSIONES

La socialización patriarcal que establece roles de género y relaciones de poder asimétricas produce violencia de género y, dentro de este tipo de violencia, se incluye la violencia doméstica, ejercida por parte de una persona con quien tiene o ha tenido una relación de pareja y cuyas víctimas en la mayoría de los casos son mujeres.

Desde tiempos antiguos se ha asociado a la mujer con lo emocional, y sus enfermedades se establecen a partir de su aparato reproductor.

Durante la edad media se entendía que las mujeres eran seres impuros que carecían de alma, por eso había que cuidarlas porque eran presa fácil del demonio.

A las mujeres sabias, sanadoras se les consideró brujas y se realizó un genocidio cruel que, además de quemar en la hoguera a miles de sanadoras, limitó la asistencia y salud de las mujeres.

La violencia doméstica nace a partir de esas relaciones asimétricas de poder y desde siempre ha afectado la vida de las mujeres y su salud física y psicológica, produciendo daños específicos asociados a esta problemática social.

A partir de la visibilización de este flagelo social, la Organización Mundial de la Salud ha calificado la violencia doméstica como un problema de salud pública y un asunto de derechos humanos que afecta el presupuesto para el sector salud y el desarrollo de los países.

Existen lesiones visibles e invisibles que se asocian con la violencia doméstica desde el punto de vista físico.

La agresión doméstica produce enfermedades específicas y baja las defensas pudiendo ocasionar lesiones cancerígenas y hasta la muerte.

Esta problemática ocasiona, abortos y produce embarazos no deseados e incide directamente en el proyecto de vida de las mujeres.

En el aspecto psicológico la violencia doméstica produce depresión en las mujeres que la viven y en algunas ocasiones actos suicidas.

Las personas profesionales del sector salud deben estar sensibilizadas y preparadas para diagnosticar adecuadamente los casos de violencia de género que se le presenten y dar un tratamiento adecuado a las víctimas.

Las mujeres acuden al sistema de salud por la violencia sufrida, pero en muchas ocasiones, naturalizan la situación y no señalan el motivo de su padecimiento, por lo que el personal médico debe abordar el caso enfrentando la causa y no solo los síntomas, esto evita que le receten a la paciente fármacos en muchas ocasiones de manera excesiva.

En otros casos los profesionales de salud son las primeras personas a las que la mujer acude y pide ayuda para su problemática, y deben enfrentar la situación de manera integral para dar una respuesta adecuada a la paciente.

Las mujeres víctimas de violencia ejercida por su pareja sufren de desesperanza y asumen que nadie les puede ayudar, esto también les provoca

depresión y, en ocasiones, produce que sufran de adicciones a fármacos, drogas y alcohol.

Hay que evitar que el sistema de justicia revictimice a las mujeres que viven violencia doméstica. Las personas que atienden a esta población desde este ámbito deben ahondar en la situación que se está viviendo y no deben quedarse en el relato inicial que puede ser inexacto o incompleto.

Debe garantizarse el acceso a la justicia brindando un abordaje integral de acuerdo con el criterio de la debida diligencia y con ello evitar la revictimización secundaria y la violencia estructural.

Es necesario contar con profesionales en psicología que puedan dar tratamiento, empoderamiento y seguimiento en los casos de violencia doméstica a las personas víctimas.

La violencia doméstica produce la muerte de las mujeres no solo directamente y de inmediato, sino también lentamente mediante enfermedades físicas y psicológicas que han sido producto de la exposición a la agresión, y lamentablemente no existen estadísticas sobre este tipo de feminicidio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arango, Luz Gabriela. (1995). *Género e identidad: Ensayos sobre lo femenino y lo masculino*. Editores Tercer Mundo. Bogotá. Antología de curso Teorías del Género.

Arroyo, Roxana. (2005). *Propuesta de Monitoreo de la Ley Contra la Violencia Doméstica*, Costa Rica. Corporación Gráfica, San José.

Avalos, Angela. (abril 7, 2016). *Hospitales de la CCSS atienden cada vez más a víctimas de violencia en los hogares*. La Nación digital, recuperado de <https://www.nacion.com/el-pais/salud/hospitales-de-ccss-atienden-cada-vez-mas-victimas-de-violencia-en-los-hogares/VI2KVQJGOBCADFLXFRV2KISO6Q/story/>.

Burin, Mabel y otras. (1991). *El malestar de las mujeres*. Editorial Paidós, Buenos Aires. Antología de curso Psicología de la mujer.

Burin Mabel e Irene Meller. (1998). *Género y familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Buenos Aires: Editorial Paidós,. Antología de curso 19 Psicología de la Mujer

Calcedo Ana, Quirós Edda, Rangel Ana. (1990). *Mujer, violencia y poder*. Memorias del Seminario Universidad de Costa Rica.

Facio, Alda. (2004). *La Carta Magna de todas las mujeres*. Manual de derechos humanos de las mujeres jóvenes y la CEDAW. En antología: La Construcción Social de la Cultura de la Violencia. San José, Costa Rica. Ilanud.

Giberti Eva, y Fernández Ana María. (1989). *La mujer y la violencia invisible*. Buenos Aires: Editorial Suramericana. Antología de curso Psicología de la mujer.

Jiménez Rodrigo. (2007). *Respuesta de la justicia a la violencia doméstica*. Impresora Gossestra, San José.

Lagarde, Marcela. (1990). *Cautiverios de las mujeres: Madre esposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lagarde, Marcela. (1996). *Género y feminismo*. Madrid: Editorial Horas y horas. Antología de curso Psicología de la Mujer.

León Magdalena. (1995), *La familia nuclear: Origen de las identidades*. Antología del curso Teorías del Género.

Mac Donald, Jessica. (2004). *Salud mental y violencia intrafamiliar*. Ministerio de Salud de Costa Rica.

Madrigal, Luis. (junio 25, 2015) *CCSS reportó 11327 casos de violencia intrafamiliar en el 2014*. El Mundo cr, recuperado de <https://www.elmundo.cr/ccss-reposito-11-327-casos-de-violencia-intrafamiliar-en-el-2014/>

Montero, Gerald. (junio18,2014). *Víctimas de Violencia Intrafamiliar o de Género recibirán atención más especializada en hospitales de la Caja Costarricense del Seguro Social*. Blog de la Caja Costarricense del Seguro Social, recuperado de <http://www.ccss.sa.cr/noticia?victimas-de-violencia-intrafamiliar-o-de-genero-recibiran-atencion-mas-especializada-en-hospitales-de-ccss>

Muñiz, Ramón. Trastorno por estrés postraumático: Una revisión del tema. *Revista de Salud Mental*, volumen número 25, junio 2002, pp. 19-26. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/582/58232503.pdf> 31 de marzo del 2018.

Organización Mundial de Salud (2005). *Resumen de Estudio Multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica*.

Organización Mundial de Salud (2007). *Investigando la violencia contra las mujeres*. Primera Edición.

Organización Panamericana de la Salud (2003). *Informe Mundial sobre la violencia y la salud*. OPS. Washington, D.C.

Pereira, Sandra (2014). *Modelo de abordaje integral en violencia doméstica*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

Paz González, Paulina. (2003). *Trastorno de estrés postraumático en mujeres víctimas de violencia doméstica: Evaluación de programas de intervención*. Memoria presentada para optar por el grado de doctora en psicología, Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/4834/1/T26887.pdf> 28 de marzo de 2018.

Sainz Cabrejas, Sara, (2014). *El estrés en víctimas de malos tratos*. Tesis para optar por el grado en enfermería. Escuela Universitaria de Enfermera, Universidad de Cantabria. Recuperado de

<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/5194/SainzCabrejasS.pdf;sequence=1> 27 de marzo de 2018.

Sancho, Roberto (julio 08, 2014). Se incrementa en la CCSS atención por causas externas. Blog de la Caja Costarricense del Seguro Social, recuperado de <https://www.ccss.sa.cr/noticia?se-incrementa-en-ccss-atencion-por-causas-externas>.

Walker, Leonor. (1989). *Psychology and violence against women [Psicología y violencia contra las mujeres]*. Asociación Americana de Psicología. Antología de curso Psicología de la Mujer.

Notas al pie

- 1 Licenciada en Derecho; postítulo en Derechos Humanos de las Mujeres; máster en Violencia Intrafamiliar y Género; jueza de violencia doméstica.
- 2 Tanto en las religiones católicas como evangélicas, musulmana y budista consideran a la mujer impura cuando están en su período menstrual, y establecen que deben purificarse mediante diferentes formas, rituales y oraciones antes de poder ser tocadas por los hombres mientras estén menstruando.
- 3 Tercer concilio ecuménico de la Iglesia cristiana celebrado en el año 431.
- 4 Concilio ecuménico convocado por el papa Pablo III, el cual inició en 1545 y concluyó en 1563.
- 5 Mencionado por Burin, Mabel. *El malestar de las mujeres*, p. 25.
- 6 La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en 1993 esta declaración en calidad de obligatoria para todos los estados miembros. Previamente en 1992 el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer adopta la recomendación 19 sobre Violencia contra las mujeres que declara que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación contra ellas, reflejando y perpetuando su subordinación, por lo que se requiere que los Estados eliminen la violencia en todas sus esferas.
- 7 Aprobada por la Organización de Estados Americanos en 1993.
- 8 Incluye la violencia doméstica que, a su vez, según el artículo 2 de la Ley contra la Violencia Doméstica, se manifiesta en violencia física, sexual, patrimonial y psicológica.
- 9 Siendo el resultado de relaciones de poder asimétricas, de privilegio y dominación que los hombres han ejercido en contra de las mujeres.
- 10 En el 2015, el Consejo Directivo de OPS, compuesto por ministros y ministras de Salud de 38 Estados miembros, aprobó unánimemente la Estrategia y Plan de Acción sobre el Fortalecimiento del Sistema de Salud para Abordar la Violencia contra la Mujer 2015-2025. Al aprobar este documento, los Estados Miembros de OPS reconocieron que la violencia contra la mujer era un problema de salud pública y derechos humanos que los sistemas de salud deben abordar.
- 11 Este tipo de violencia se produce cuando desde las estructuras sociales e institucionales no se da una respuesta efectiva a las necesidades de las víctimas y, por el contrario, se producen impunidad y revictimización.

EL CARÁCTER DISPOSITIVO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Dr. Alejandro Bettoni Traube¹
abettoni@asejur.com

(Recibido 20/8/2017 Aceptado 14/4/2018)

RESUMEN

En el 2017, el Estado costarricense ha dado los primeros pasos formales para adherirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Una vez en vigor, la Convención aplicará directamente como derecho material uniforme a las contrataciones internacionales en las que figure un establecimiento localizado en Costa Rica y se presenten en su ámbito geográfico y material. Pero las partes contractuales pueden derogar la Convención en forma total o parcial, expresa o implícita, y también pueden someterse a esta cuando el contrato no entre dentro de su ámbito de aplicación.

Palabras clave: *compraventa internacional de mercaderías, Lex Mercatoria, derecho internacional privado, autonomía de la voluntad privada.*

ABSTRACT

In 2017, the Costa Rican State took the first formal steps to accede to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Once in force, the Convention will apply directly as uniform material law to international contracts involving an establishment located in Costa Rica and falling within its geographical and material scope. However, the contractual parties may exclude the Convention in whole or in part, expressly or implicitly, and may also be bound by it where the contract does not fall within its scope of application.

Keywords: *International Sale of Goods, Lex Mercatoria, private international law, party autonomy.*

Introducción

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (también conocida como CISG por sus siglas en inglés, en adelante la “Convención”), es uno de los instrumentos fundamentales del comercio transfronterizo.

Aunque Costa Rica se hallaba cada vez más inmersa en la economía global, había mantenido una postura distante de ella hasta el año 2011, cuando se impulsó el proyecto de ley dirigido a su adopción.

Mediante la Ley N.º 9421 del 7 de febrero del 2017², se aprobó finalmente la adhesión de Costa Rica al tratado, sin declaraciones o reservas de ningún tipo.

El 26 de abril, el Poder Ejecutivo decretó³ la adhesión a la Convención e inició el trámite de depósito del instrumento ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, el cual ya ha quedado concluido.

En virtud de ello, Costa Rica se ha convertido en el Estado número ochenta y siete en convertirse en miembro del tratado. Sin perjuicio del valor jurídico que por lo pronto pueda reconocérseles, a nivel interno, a la ley y al decreto precitados, la Convención desplegará todos sus efectos el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha de depósito del instrumento (artículo 99.2.). Se cumplirá dicho plazo el 1 de agosto de 2018⁴.

Se avecinan, pues, cambios dramáticos para los contratos de compraventa internacional de mercaderías que involucren un establecimiento domiciliado en Costa Rica.

En el presente artículo se estudia la facultad de las partes contractuales para excluir la aplicación de la Convención de sus relaciones contractuales (acuerdos de *opting-out*); Asimismo, para

convenir en su aplicación, aunque no proceda según las reglas aplicativas del propio texto vienés (pactos de *opting-in*), y la forma como se ejercen dichas facultades.

A. El ámbito de aplicación de la Convención de Viena

Las personas comerciantes demandan certeza sobre los derechos y obligaciones que se derivan de sus contratos transnacionales: seguridad cuando los conciertan, cuando los ejecutan y les ponen fin. Es una meta difícil de alcanzar, en especial cuando un ordenamiento doméstico, ajeno y desconocido a una de las partes regula aspectos puntuales de la contratación. Resolver estos problemas es el propósito de la Convención.

El régimen de la Convención es moderno y uniforme. Fue redactado en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en seis lenguas oficiales.

En su elaboración, participaron representantes de seis decenas de países con variados niveles de desarrollo económico y sistemas jurídicos heterogéneos. Su resultado es una codificación con vocación universal: la Convención fija reglas comunes para todos los sistemas de derecho, adaptadas a la práctica del comercio internacional⁵.

La ratificación de diez Estados en 1988 la hizo entrar en vigor en el mundo. Hoy, ochenta y cinco países forman parte del tratado, a los que Costa Rica se está sumando.

1. *Ámbito material y geográfico*

La Convención solo rige aquellos contratos comprendidos dentro del ámbito geográfico y material que delinean sus primeros artículos. El análisis puntual de dichos supuestos excede el propósito de este artículo.

No obstante, conviene siquiera someramente indicar que la Convención no aplica a todo contrato internacional, sino a aquellos de

compraventa internacional de mercaderías. Por compraventa deben entenderse también los contratos mixtos (como el *leasing* con opción de compra) y los contratos de suministro (artículo 3), ya sea de un solo tracto o de tracto sucesivo⁶. Sin embargo, no atañe a los contratos de permuta, ni tampoco a las compraventas domésticas, ni a los remates, la negociación de valores, la comercialización eléctrica y de servicios o las ventas a consumidores finales que, entre otros negocios jurídicos, escapan a su ámbito material.

Desde el punto de vista espacial, la Convención aplica en forma directa a aquellos negocios cuyas partes tengan sus respectivos establecimientos en Estados miembros del tratado (artículo 1.1.a⁷). En tales casos, la Convención pasa a ser parte integral del derecho doméstico. Su especialidad deroga las normas dispositivas e imperativas del derecho interno. Estamos, por tanto, ante el derecho material uniforme: la Convención brinda directamente la norma aplicable al caso, sin necesidad de acudir a las normas de derecho internacional privado⁸.

Pero la Convención también puede surtir efectos en un contrato “cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante” (art. 1.1.b). Así, la Convención opera aun cuando no se verifique el supuesto del artículo 1.1.a (que pide que ambas partes tengan su establecimiento en un Estado contratante), cuando las normas de derecho internacional privado designen, como derecho aplicable al contrato, el de un Estado miembro de la Convención. La única excepción es cuando el establecimiento de una de las partes contractuales se localiza en un Estado que ha emitido una reserva de no quedar vinculado por el artículo 1.1.b⁹, facultad prevista en el numeral 95 de la misma Convención.

Es ampliamente aceptado que el texto vienés forma parte del derecho doméstico del Estado contratante. Como ejemplo de ello, puede citarse un conocido caso, en el que una empresa alemana y otra italiana entraron en conflicto cuando

Alemania no había adoptado aún la Convención. Las normas de conflicto remitían de manera general al derecho de Italia, estado parte de la Convención, motivo por el cual se determinó que la Convención era aplicable al contrato¹⁰.

Por ello, la Convención puede haber regido contratos celebrados por empresarios con establecimientos domiciliados en Costa Rica, aun antes de nuestra adhesión al tratado, en tanto las normas de conflicto del foro reenvían al derecho de un Estado miembro. Lo mismo sucede cuando las partes designan como *lex contractus* la de un Estado que es parte de la Convención. Al elegir un derecho doméstico de un Estado miembro, en ejercicio de la autonomía conflictual de la voluntad privada, hacen aplicable a su contrato la Convención de manera indirecta, pues esta forma parte de dicho ordenamiento jurídico¹¹.

Si, en cambio, las normas del derecho internacional privado reenvían al derecho de un Estado que no es parte, dicho negocio no podría en principio, por ese simple hecho, quedar sujeto a la Convención.

Por supuesto, el actual proceso de adhesión a la Convención, por parte de Costa Rica, plantea múltiples e interesantes interrogantes “que el presente estudio no intenta abordar” sobre la aplicación de la Convención como parte del derecho costarricense, dado que esta ha sido ya adoptada como ley de la República antes de formalizar el depósito del instrumento y de que se cumpliera el subsiguiente periodo de doce meses que el texto uniforme exige.

Importa acotar, en todo caso, que la internacionalidad del contrato no está dada por la nacionalidad de las partes, sino por la localización de los establecimientos más conectados al contrato de compraventa de mercaderías. La Convención no rige los contratos entre partes nacionales; tampoco aquellos contratos internacionales en los que las partes desconocen, por no constar así en las tratativas previas ni en el propio texto del acuerdo, que sus establecimientos se encuentran en Estados distintos.

Se entiende por establecimiento una instalación estable que, por lo general, será el establecimiento principal de la parte. Se ha discutido si una simple sucursal puede ser considerada un establecimiento para los efectos de la Convención; pero no existe al respecto un criterio unánime¹². En caso de que una parte disponga de varios establecimientos, se debe tomar en cuenta aquel que tenga una mayor conexión con el negocio jurídico en cuestión.

En suma, para apreciar si la Convención rige un contrato de compraventa internacional de mercaderías relacionado con una parte costarricense, deben tenerse muy presente el ámbito material (el objeto de la transacción), el geográfico (la ubicación de los establecimientos mercantiles más cercanos al negocio) y, en nuestro caso, también la temporalidad, pues la aplicación directa o indirecta del texto uniforme dependerá de que hayan concluido los trámites de adhesión de Costa Rica.

2. *La Convención como Lex Mercatoria*

El recurso a la Convención de Viena como *Lex Mercatoria* es una solución pretoriana que amplía los supuestos tradicionales de aplicación del texto vienés. Se sabe de tribunales arbitrales que se han valido de la Convención en casos que no ofrecían ninguna condición para ello. La Convención ha sido utilizada para resolver disputas de partes que no residían en Estados contratantes, sin normas de conflicto que reenviaran al derecho de un Estado contratante, y sin acuerdos de prórroga (opt-in). Han actuado así atribuyéndole a la Convención el carácter de nueva *Lex Mercatoria*¹³.

Como bien se sabe, la nueva *Lex Mercatoria* es un derecho uniforme y vivo. La sociedad internacional de comerciantes la produce y desarrolla merced al arbitraje internacional, sin conexión formal a sistemas jurídicos domésticos¹⁴. Se ha extendido la idea de que las prácticas y usos autónomos del comercio pueden constituir un verdadero derecho mercantil internacional.

Empero, sus detractores consideran que la *Lex Mercatoria* es poco más que un conjunto de principios mercantiles generales. Algunas de las críticas más fuertes giran en torno a la vaguedad de su formulación y a sus limitaciones, pues solo cubre fragmentos del derecho contractual: aspectos como la validez del contrato, la capacidad para contratar, siempre quedan sometidos a un derecho interno¹⁵.

Pero la proliferación de leyes modelo, las convenciones de derecho material uniforme, las recopilaciones de principios generales, usos y costumbres, y la jurisprudencia arbitral¹⁶ testimonian la vasta aplicación de la *Lex Mercatoria* en el comercio global. Los árbitros mercantiles internacionales la aplican a diario; sus laudos son, al mismo tiempo, fuente de ella. La Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) y los paneles arbitrales son los principales inspiradores de *Lex Mercatoria*¹⁷. Intérpretes y creadores, los árbitros tejen la urdimbre de principios generales del derecho mercantil internacional.

Los reglamentos de arbitraje han favorecido esta tarea, al fijar reglas de procedimiento e indicaciones dirigidas a determinar el derecho aplicable. Tales regulaciones llaman, con frecuencia, a tener en cuenta los usos comerciales internacionales. Ténganse presentes, por ejemplo, los artículos 28.4 de la Ley Modelo de la Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional y de nuestra propia Ley N.º 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional (“el tribunal *arbitral* [...] *tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*”), el 21.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“*cualesquiera usos comerciales pertinentes*”), y el 22 de nuestra Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos (“*los usos y las costumbres aplicables al caso, aun sobre normas escritas, si fuere procedente*”).

Las normas y principios de la Convención asumen así el carácter de usos normativos. Pero también, en virtud del artículo 9.2 de la propia Convención¹⁸, la *Lex Mercatoria* aplica al contrato sin que las partes lo hayan acordado¹⁹.

Se produce entonces una situación curiosa: cuando el texto convencional rige el contrato (ya sea por vía directa o mediante normas de conflicto), la Convención manda a respetar la costumbre mercantil. Pero puede sobrevenir lo contrario: que en principio la Convención no gobierne el contrato (por no cumplirse las condiciones del artículo 1.1), pero que, de todas maneras, esta sea aplicada como un uso normativo; es decir, como fuente de derecho.

Los usos normativos son aplicables en forma objetiva, en razón de la máxima *iura novit curia*, no requieren ser demostrados²⁰. No obstante, es razonable pensar que la Convención tendrá el carácter de costumbre mercantil, solo en tanto quien la invoque pruebe que se trata de un uso internacionalmente conocido y regularmente observado por empresas que se dedican al mismo tráfico mercantil. Podría ser aplicada, entonces, solo si la otra parte debía haber tenido conocimiento de ella²¹.

Una objeción común en los países en vías de desarrollo es, precisamente, la aplicación de usos normativos surgidos en otras latitudes, los cuales no son necesariamente conocidos ni observados a nivel mundial. La posibilidad de que la Convención resulte de esta manera aplicable a un contrato internacional de compraventa de mercaderías está así sometida a una variada gama de situaciones y matices.

B. Los acuerdos de exclusión de la Convención de Viena (“opting out”)

Las diferencias entre el texto uniforme y los ordenamientos nacionales pueden ser considerables. En efecto, las incompatibilidades entre la Convención y el derecho costarricense no son pocas. Entre las principales, se destaca en el texto uniforme la exigencia de *razonabilidad* de los plazos para cumplir las obligaciones, a diferencia de los términos establecidos en nuestro Código de Comercio para la entrega de las mercaderías (24 horas en el artículo 465) y para denunciar la

no conformidad de los bienes (cinco días, según el numeral 450). Difieren también lo dispuesto sobre el lugar de pago del precio (art. 419 del Código de Comercio versus el 57.1 de la Convención) y el momento del pago (418 del Código de Comercio frente al 58 de la Convención que regula la puesta a disposición de las mercaderías.

Otras novedades de interés son la reglamentación del plazo suplementario para cumplimiento (artículos 47.1, 49.b, 63.1 y 64.2 de la Convención), pauta ausente de nuestra codificación mercantil, y la validez de la compraventa de precio abierto (artículo 55 de la Convención) que contraviene la exigencia del acuerdo en cosa y precio como requisito indispensable de validez en la formación del contrato de compraventa.

Aunado a lo dicho, la Convención contiene reglas precisas sobre la esencialidad del incumplimiento (artículo 52), sobre los efectos de la estipulación para que el contrato solo se pueda modificar o extinguir por escrito (29.2), sobre el incumplimiento previsible (71) y sobre el deber de mitigar daños (77), desconocidas en nuestra codificación mercantil.

Por cierto las cláusulas que excluyen la aplicación de la Convención de Viena no son infrecuentes en los contratos internacionales. Los motivos por los que dos empresarios pueden optar por tal exclusión son múltiples: la preferencia por un derecho interno específico, estrategia comercial de la parte más fuerte, o simplemente porque desean autorreglamentar directamente los términos y condiciones de su relación contractual

El artículo 6 del texto uniforme dispone que “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”.

La exclusión de la Convención se conoce como *opt out*. Este sistema es el inverso al establecido en la Ley Uniforme de Ventas Internacionales de La Haya (“LUVI”) de 1964, antecedente normativo

directo de la Convención de Viena. La LUVI requería de un acuerdo expreso de las partes para que la Convención aplicara a la relación contractual (*opt in*), lo que contribuyó en gran parte a su poca aceptación en la comunidad internacional.

La facultad de prescindir de la Convención se justifica en el equilibrio que caracteriza a las relaciones mercantiles internacionales (la Convención no regula las ventas a personas consumidoras), y muestra la indudable intención de sus redactores de permitir a las partes regular y satisfacer sus necesidades particulares.

La Convención tiene carácter supletorio, en el sentido de que puede ser derogada por las partes del contrato en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada²². Esto puede suceder de muchas formas: por un acuerdo expreso o tácito, de manera total o parcial.

Las partes de un contrato excluyen la Convención en forma expresa al declarar, mediante una cláusula contractual, su deseo de que esta no aplique a su negocio jurídico. No es necesario (aunque sí muy recomendable) que, al realizar dicha exclusión, designen la ley base del contrato.

Para cierto sector de la doctrina, otra forma de exclusión expresa se produce cuando se insertan condiciones generales de contratación incompatibles con la Convención²³. En esto no hay unanimidad doctrinal. Todo depende de la naturaleza jurídica que les reconozcan a las condiciones generales de contratación. Si se les considera como una fuente objetiva de derecho (concepción normativa), su inclusión en el contrato puede ser vista como una exclusión expresa de la Convención. La solución es distinta si se le estima como un simple fruto de la autonomía de la voluntad (concepción contractual)²⁴, porque en tal caso se tratará de una exclusión tácita en cuanto haya incompatibilidades con el texto uniforme.

Con algunas cuantas excepciones, la jurisprudencia suele reconocer, sin mayores

problemas, las exclusiones tácitas de la Convención²⁵. Esta queda totalmente excluida, de manera implícita, cuando las partes eligen el derecho doméstico de un Estado no contratante (un pacto *de lege utenda*, ejerciendo la autonomía *conflictual* de la voluntad)²⁶.

Para ello no basta incorporar por referencia algunas normas de un derecho interno, ni efectuar un reenvío genérico a una ley formal de un ordenamiento doméstico (recepción negocial), porque en tales supuestos, se ejerce la autonomía material y no conflictual, de la voluntad. En todo caso, para que haya exclusión tácita de la Convención, esta debe ser real y consciente: real, por cuanto debe deducirse con seguridad del contrato; no puede ser hipotética ni una simple suposición del operador jurídico. Y debe ser consciente en el sentido de que las partes deben saber que la Convención les resulta aplicable, porque no se puede excluir lo que se desconoce²⁷.

Pero la exclusión también puede ser total o parcial. Las exclusiones parciales se conocen como "*dépeçage*". Acontecen cuando se insertan cláusulas que riñen con el texto vienés, en el ejercicio de la autonomía *material* de la voluntad²⁸. Un *dépeçage* ocurre también cuando se incorporan por referencia cláusulas, usos recopilados o cualquier otra reglamentación que contradiga la Convención. Los usos y prácticas entre las partes derogan la Convención en forma tácita y parcial cuando son incompatibles con esta (artículo 9).

Pero si bien la Convención de Viena tiene carácter dispositivo, no todas sus normas ostentan esa naturaleza. En primer lugar, del propio artículo 6 salta a la vista el carácter imperativo del artículo 12. Se trata, en efecto, de la única regla de aplicación necesaria según la propia Convención²⁹.

Si el artículo 11 de la Convención incorpora el principio de libertad de forma contractual, los numerales 12 y 96 permiten a los Estados contratantes hacer una reserva para exigir la forma escrita, ya que ninguna de las partes

podrá “establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

La doctrina también se ha cuestionado, si se le debe reconocer carácter inderogable a otros preceptos más allá del artículo 12.

El 4 remite al derecho interno aplicable para resolver las cuestiones de validez y de propiedad (no tocadas en el texto convencional), lo que parece necesario.

El artículo 7 introduce los principios interpretativos de la Convención; para ciertos autores, como Bonell³⁰, se trata de una disposición imperativa, aunque su interpretación no ha sido unánime en doctrina³¹.

El artículo 28 limita los alcances del pacto de cumplimiento específico: un tribunal cuyo derecho propio no dispone el remedio de cumplimiento específico de la obligación (como sucede en el *Common Law*) no está constreñido a ordenar el cumplimiento específico, aunque así las partes lo hayan pactad³². Las demás disposiciones de la Convención no ofrecen polémica en cuanto a su carácter dispositivo, pues, como se ha dicho, la compraventa internacional de mercaderías conlleva situaciones de mayor o menor contrapeso contractual.

La exclusión de la Convención puede tener lugar en cualquier momento, ya sea durante las tratativas previas, al concluir el contrato o en cualquier momento posterior. El efecto de la exclusión será, naturalmente, la aplicación del derecho interno que designen las normas de conflicto del foro³³.

C. Acuerdos de prórroga (*opting in*)

Se ha explicado cómo la Convención solo regula a aquellos contratos que caen dentro de su esfera aplicativa en razón del espacio o de la materia. Empero, su carácter internacional, su adaptabilidad a todo sistema jurídico, el contar con versiones oficiales en seis idiomas,

además de su relativa modernidad y su técnica jurídica depurada (a pesar del uso excesivo de los negativos a la manera anglosajona) son ventajas indudables que podrían inclinar a dos partes contractuales a prorrogar la aplicación de la Convención a su contrato, aunque este, en principio, no se encuentre regido por ella.

Piénsese, por ejemplo, en una negociación en la que ambas partes contractuales provengan de sistemas jurídicos (e incluso sociales y económicos) muy distintos entre sí, y cada una desconoce hasta los principios y preceptos más básicos del ordenamiento de la otra. Aunque ninguna de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante, la normativa vienesa les ofrece un régimen equilibrado para sus transacciones. Su elevado nivel técnico, su carácter uniforme, la doctrina y la copiosa jurisprudencia que la informan podrían brindarles una mayor seguridad jurídica en su negocio.

En primer lugar, las partes de ese contrato pueden designar como derecho aplicable a su contrato el de un Estado que es miembro de la Convención (*pacto de lege utenda*). Al establecer su *lex contractus*, actúan en el ejercicio de la autonomía conflictual de la voluntad privada. La doctrina considera que este pacto es válido.

Por lo demás, la jurisprudencia es reiterada en el sentido de que la elección pura y simple del ordenamiento jurídico de un Estado contratante conduce a la aplicación de la Convención. No obstante, si negocian en condiciones equivalentes de fortaleza, las dos partes de nuestro ejemplo podrían tener problemas para alcanzar un acuerdo al respecto (lo que sucede en la práctica).

Entonces los contratantes podrían convenir simplemente que la Convención aplique a su negocio jurídico, sin designar un derecho interno. La forma más sencilla sería insertando una cláusula del tipo “este contrato se regirá por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”.

Sin embargo, los acuerdos de prórroga de la Convención requieren de una precisión técnica adecuada para que surtan tal efecto. Lo primero que debemos preguntarnos es si estamos ante una manifestación de la autonomía material o conflictual de la voluntad. Es decir, si al designar a la Convención como ley aplicable, las partes la están utilizando para regular sus derechos y obligaciones (autonomía material), o si pueden adoptarla como una verdadera ley base para su contrato (autonomía conflictual).

En ocasiones, el carácter internacional de una transacción dificulta distinguir entre ambos tipos de autonomía³⁴; pero la distinción no carece de importancia: las manifestaciones de la autonomía *material* de la voluntad no derogan las normas imperativas del derecho interno³⁵.

Recuérdese que la autonomía de la voluntad es el principio general de Derecho Internacional Privado que faculta a las partes para elegir la ley y los términos aplicables a su relación³⁶. Cuando estas autorreglamentan, de manera directa, sus derechos y obligaciones, se habla de autonomía material de la voluntad. En cambio, cuando eligen la ley aplicable a su contrato, ejercen la autonomía conflictual (internacional privatística) de la voluntad.

Para responder a esa interrogante, debe señalarse que el texto uniforme no es exhaustivo. Adolece de vacíos, particularmente en cuanto a las obligaciones en general (como la prescripción) y a la validez misma del contrato, además de todo lo relacionado con la propiedad de las mercaderías.

El artículo 7 de la Convención provee los parámetros para interpretarla y colmar sus lagunas. El 7.1 manda a tomar en cuenta su carácter internacional, la necesidad de uniformidad y la observancia de la buena fe. Dada su neutralidad, la Convención no está conectada a una tradición jurídica concreta. Por ello, se suele enfatizar en la necesidad de interpretar la Convención de manera autónoma, para no obtener resultados interpretativos divergentes en cada Estado

contratante³⁷, en consonancia con su calidad de Derecho material uniforme³⁸.

El numeral 7.2 contempla que las lagunas de la Convención han de llenarse, en primer término, a lo interno del propio texto, lo que puede alcanzarse por vía analógica o por la aplicación de sus principios generales.

Pero la Convención, como se ha indicado, no abarca todos los problemas que pueden suscitarse con motivo de una compraventa internacional de mercaderías. Al final, todo aquello que no pueda resolverse a través del artículo 7 debe dirimirse de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Es decir, por el derecho nacional designado por las normas de conflicto del foro³⁹.

La Convención no actúa, pues, como un conjunto autónomo de normas. No puede ser utilizada como una *lex contractus*. Aunque la definan como ley aplicable al contrato, sus reglas no derogan los preceptos imperativos de la ley base. El acuerdo de partes o, en su defecto, las normas de derecho internacional privado determinan cuál es la verdadera ley nacional aplicable al contrato, y esa será la que integre los vacíos y las lagunas de la Convención. El acuerdo de prórroga de la Convención tiene lugar, entonces, en ejercicio de la autonomía material (y no conflictual) de la voluntad.

En otras palabras, cuando la Convención es aplicable a un contrato por un pacto de esta índole, el texto uniforme no deroga las normas imperativas del derecho doméstico aplicable, a diferencia de lo que sucede cuando la Convención aplica al contrato en virtud de sus párrafos 1.1.a o 1.1.b.

De hecho, debe acudir al derecho doméstico incluso para valorar la potestad de las partes para llevar a cabo un acuerdo *opt in*. Las partes del contrato pueden convenir en la aplicación de la Convención de Viena solo si la ley doméstica, señalada por la norma de conflicto del foro, admite la autonomía de la voluntad privada⁴⁰.

A pesar de ello, es bien conocido que los paneles arbitrales internacionales no suelen atarse demasiado, en sus laudos, a la ley de algún Estado en particular⁴¹.

Importa referir también que algún fallo nacional, apartándose de la tendencia mayoritaria, ha favorecido la elegibilidad de la Convención como *lex contractus*⁴². En general, se aprecia una marcada tendencia a reconocer ampliamente la aplicación de la Convención cuando las propias partes contractuales prorrogan su ámbito de aplicación.

Conclusiones

Por tanto, se deduce que la persona redactora nacional de un contrato de compraventa internacional de mercaderías debe guardar, hoy más que nunca, ciertos cuidados fundamentales. Debe prestar gran atención al campo de aplicación (geográfico, material, temporal) de la Convención, en relación con el lugar del establecimiento de cada parte, cuya identificación en el propio contrato resulta especialmente conveniente. Debe estudiar, desde el principio, las declaraciones y reservas que podría haber formulado el Estado de la contraparte contractual.

Naturalmente, es recomendable acordar el derecho doméstico que llenará las lagunas y limitaciones de la Convención (validez, propiedad, prescripción...) mediante un pacto de *lege utenda*.

En caso de que se acuerde la exclusión de la Convención, lo mejor es formularla de manera expresa, con la precaución de no elegir simplemente el derecho doméstico de un Estado miembro. Deben llenarse los vacíos que las exclusiones parciales pueden dejar.

Las partes pueden modificar ciertas disposiciones de la Convención y, en particular, lo referente a los plazos para el cumplimiento de las obligaciones. Y al optar por hacer aplicable la Convención, lo que puede resultar útil, en ciertos casos, podría no convenir la incorporación total del texto uniforme, pues algunas disposiciones podrían resultar incompatibles con la voluntad de las partes. En todo caso, deberán tomar en consideración las limitaciones del derecho imperativo en el ejercicio de la autonomía material de la voluntad.

Por su parte, el tribunal (sea judicial o arbitral) deberá procurar que el análisis de estas cuestiones tome en cuenta la naturaleza de la Convención como derecho material uniforme, sin subestimar la vasta doctrina y la jurisprudencia que informa y acompaña la aplicación de este texto con vocación universal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

1. AUDIT, Bernard. (1990). *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., p. 224.
2. Audit, Bernard. (1990). *Présentation de la Convention. /En/ Guestin, Jacques. La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*. Paris: LGDJ, p. 169.
3. Bianca, C. M., y Bonell, M.J. *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, Giuffrè, 1987, p. 886.
4. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis. Artículo 1. (1998). /En/ Díez Picazo, Luis. *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 1ª ed., p. 51.
5. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; Fernández De La Gándara, Luis. (1997). *Contratos internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 1923.
6. Castellanos Ruiz, Esperanza. (1998). *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Granada: Comares, p. 182.
7. Draetta, Ugo; Lake, Ralph. (1996). *Contrats internationaux: Pathologie et remèdes*. Paris: FEC.
8. Garro, Alejandro Miguel; y Zuppi, Alberto Luis. (1990). *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 60.
9. Gourion, Pierre-Alain; Peyrard, Georges. (1994). *Droit du commerce international*. Paris: LGDJ, p. 201.
10. JACQUET, Jean-Michel; Delebecque Philippe. (1997). *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 412 p.
11. Kozolchyk, Boris; Torrealba, Octavio. (1997). *Curso de derecho mercantil*. 2ª ed. San José: Juritexto, p. 455.
12. Rodríguez De Quiñones Y De Torres. (1999). *Fuentes del derecho mercantil, /En/ Jiménez Sánchez, Guillermo J. (coord.). Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 5 ed., rev., p. 572.
13. Perales Viscasillas, Ma. del Pilar. (1996). *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercadería*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 791.
14. Sánchez Calero, Fernando. (1999). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: Mc Graw Hill, 22 ed. Tomo II, p. 567.
15. Witz, Claude. (1995). *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*. Paris: LGDJ, p. 175.

Textos digitales

1. "Del Duca, Louis F.; Del Duca, Patrick. Selected topics under the Convention on International Sale of Goods. [en línea], 11 de junio de 2004. Disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>> [Consultado el 21 de julio de 2016]".
2. "Pace Law School Institute of International Commercial Law, Table of Contracting States. [en línea], 8 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>> [Consultado el 21 de julio de 2016]".
3. Perales Viscasillas, María del Pilar. Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos

de compraventa mercantil internacional. [en línea] Disponible en: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>> [Consultado el 21 de julio de 2016]”.

Revistas

1. Pérez Vargas, Victor. “La Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Necesidad de su ratificación en Costa Rica”. *Revista Judicial*, 2014, n.º 111.
2. Conrado Ramírez, Luis. “La compraventa internacional y los principios de UNIDROIT.” *Revista Judicial*, 2009, n.º 93.
3. Pérez Vargas, Víctor. “Derecho Empresarial Transnacional (Lex Mercatoria)”. *Revista Judicial*, 2014, n.º 112.

Jurisprudencia

1. 17 HKO 3726/89, July 3, 1989 (Germany, Landgericht Munchen I).
2. 2205 D, Dec. 17, 1996 (France, Cour de Cassation).
3. 5713/1989, 1989 (ICC).
4. 7660/JK, Aug. 23, 1994 (ICC).
5. Calzaturificio Claudia s.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd, 1998 WL 164824 (S.D.N.Y.).
6. Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int’l, Ltd., 956 F. Supp. 1131 (S.D.N.Y 1997).
7. Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Ste Fujitsu Mikroelektronik GmbH, Jan. 4, 1995 (France, Cour de Cassation).
8. Tribunal Cantonal de Valais, sentencia del 29 de junio de 1994.

Notas al pie

- 1 Doctor en Derecho Mercantil. Correo electrónico: abettoni@asejur.com Tel. 2280-0303.
- 2 Publicada en *El Alcance* n.º 49, *La Gaceta* n.º 45 del 3 de marzo de 2017.
- 3 Decreto Ejecutivo n.º 40290-RREE.
- 4 <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2017/unisl249.html>
- 5 PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Una aproximación al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Mercantil Internacional*. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/premio3.html>
- 6 Por lo general, la Convención no suele aplicar a contratos marco de ventas futuras que no especifican cantidad y precio; pero en todo caso las ventas subsiguientes, producto del contrato marco, sí pueden estar gobernadas por la Convención <http://www.unilex.info/case.cfm?id=64>
- 7 Artículo 1 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:
 - a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
 - b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.
 - 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
 - 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.
- 8 CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. (1998). *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*. Granada: Comares, AUDIT, Bernard, p. 2. *Présentation de la Convention*. /En/ Gustin, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*. Paris: LGDJ, 1990, p. 18. Asimismo, véase *Calzaturificio Claudia s.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd*, 1998 WL 164824 (S.D.N.Y.). Un resumen de este y otros casos similares puede encontrarse en DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick. *Selected topics under the Convention on International Sale of Goods*. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>.
- 9 No debe olvidarse que algunos Estados (Estados Unidos de América, China, Singapur y San Vicente y las Granadinas) declararon, al amparo del artículo 95 de la Convención, que no estarían vinculados por el artículo 1.1.b., restringiendo así el rol del derecho internacional privado en la aplicación de la Convención. En lo que parece una interpretación no autorizada de la Convención, Alemania y Armenia expresaron también que no aplicarían el artículo 1.1.b con respecto a cualquier Estado que haya declarado también la no aplicación de dicho numeral. Véase el análisis del Pace Law School Institute of International Commercial Law, *Table of Contracting States*, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>
- 10 17 HKO 3726/89, July 3, 1989 (Germany, Landgericht Munchen I), UNILEX 1994, CLOUT abstract no. 3. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#i>.
- 11 Por ejemplo, un contrato suscrito entre una parte austríaca y otra checa determinaba como ley contractual el derecho de Austria; siendo Austria un Estado contratante, el laudo arbitral determinó que la Convención de Viena le era aplicable (7660/JK, Aug. 23, 1994 (International Chamber of Commerce Court of Arbitration,

- Paris, UNILEX 1994). Sin embargo, el criterio no es unánime: 2205 D, Dec. 17, 1996 (France, Cour de Cassation), UNILEX 1997, CLOUT abstract n.º 206. Citado por DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*
- 12 A favor: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Artículo 1. /En/ Díez Picazo, Luis. *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 51. Sin embargo, la Corte de Casación francesa consideró alguna vez que cierta sucursal (“bureau de liaison”) no podía ser vista como un establecimiento. Véase: Fauba France case. Sté Fauba France FDIS GC Electronique v. Ste Fujitsu Mikroelektronik GmbH, Jan. 4, 1995 (France, Cour de Cassation), UNILEX, CLOUT abstract n.º 155.
 - 13 DEL DUCA, Louis F; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*, citan, entre otros, el siguiente caso: 5713/1989, 1989 (ICC, Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce), UNILEX 1994; CLOUT abstract n.º 45. Está disponible en el sitio Web de Uncitral (www.uncitral.org). Otros ejemplos en CONRADO RAMÍREZ, Luis. (2009). La compra-venta internacional y los principios de UNIDROIT. /En/ *Revista Judicial*, n.º 93, septiembre, p. 115.
 - 14 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (1997). *Contratos internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 49.
 - 15 Sobre esta polémica doctrinal, véase DRAETTA, Ugo; LAKE, Ralph. (1996). *Contrats internationaux: Pathologie et remèdes*. Paris: FEC, p. 19. Traducción del inglés al francés de Laure Tournefier y Victoria Vohman, *Breach and adaptation of international contracts*.
 - 16 Sobre la relevancia de la *Lex Mercatoria* en nuestro medio, véase PÉREZ VARGAS, Víctor. (2014). La Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Necesidad de su ratificación en Costa Rica. /En/ *Revista Judicial* n.º 111, Marzo, p. 272. En el mismo sentido y del mismo autor, (2014). Derecho empresarial transnacional (*Lex Mercatoria*). /En/ *Revista Judicial*, n.º 112, junio, p. 268.
 - 17 GOURION, Pierre-Alain; PEYRARD, Georges. (1994). *Droit du commerce international*. Paris: LGDJ, p. 56.
 - 18 “Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.
 - 19 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *op. cit.*, p. 593.
 - 20 RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. Fuentes del derecho mercantil, /En/ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, (1999). Guillermo J. (coord.). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 5ed. rev, p. 60.
 - 21 GARRO, Alejandro Miguel; y ZUPPI, Alberto Luis. (1990). *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca, p. 63.
 - 22 Sin embargo, la doctrina no se termina de poner de acuerdo con respecto al carácter del artículo 6 de la Convención de Viena. Mientras que, para algunos autores, como Honnold y Conetti, la norma permite al comprador y al vendedor determinar el contenido de sus derechos y obligaciones contractuales (autonomía material de la voluntad), para otros, como Audit, Calvo Caravaca, Carbone, De Donatis, y Schlechtriem, la norma faculta a las partes a ejercer la autonomía conflictual. Asumiendo una posición ecléctica, Bonell y Capuccio consideran que el artículo 6 presenta una doble naturaleza, material y conflictual a la vez, lo que ha sido criticado por su dudosa tecnicidad jurídica. Parece en todo caso que el artículo 6 formaliza el

principio de la autonomía conflictual de la voluntad; pero enunciado de manera negativa, pues así se deduce de los trabajos preparatorios de las convenciones de derecho material uniforme. Se hace evidente, una vez más, que en esta materia la diferencia entre autonomía material y autonomía conflictual de la voluntad se manifiesta de forma nebulosa. Al respecto, puede consultarse a CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op. cit.*

- 23 CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *ibidem*.
- 24 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. (1999). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: Mc Graw Hill, 22 ed. Tomo II, p. 138.
- 25 Véase el análisis de CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 60.
- 26 BIANCA, C.M., y BONELL, M.J., *op. cit.*, p. 56; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *op. cit.*, p. 192.
- 27 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *op. cit.*, p. 192.
- 28 AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises*, *op. cit.*, p. 39.
- 29 AUDIT, Bernard. *ibidem*, p. 73.
- 30 BIANCA, C.M.; BONELL, M.J. *op. cit.*, p. 94.
- 31 WITZ, Claude. *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, *op. cit.*, p. 45.
- 32 CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Artículo 28. /En/ *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, *op. cit.*, p. 234.
- 33 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Artículo 1. /En/ Diez Picazo, Luis; *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, *op. cit.*, p. 99.
- 34 BIANCA, C. M.; BONELL, M.J., *op. cit.*, p. 54.
- 35 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *op. cit.*, p. 101.
- 36 BIANCA, C.M., y BONELL, M.J. (1987). *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan, Giuffrè, p. 54. AUDIT, Bernard. (1990). *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., p. 38.
- 37 BIANCA, C.M.; BONELL, M. J. *op. cit.*, p. 94.
- 38 Esa posición no es unánime en la doctrina. Véase WITZ, Claude. (1995). *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*. Paris: LGDJ, p. 45.
- 39 PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Una aproximación...*, *op. cit.*
- 40 DEL DUCA, Louis F.; DEL DUCA, Patrick, *op. cit.*
- 41 BIANCA, C. M.; BONELL, M. J., *op. cit.*, p. 63.
- 42 Tribunal Cantonal de Valais, sentencia del 29 de junio de 1994.

ANÁLISIS DE LA REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO: ¿UNA TRANSFORMACIÓN A LOS DERECHOS DE ACCIONISTAS MINORITARIOS?

M. Sc. Nohelia Vega Carvajal¹
noheveca@hotmail.com

Recibido 3/5/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

A nivel internacional ha existido un desarrollo significativo en el derecho mercantil basado en la instauración del gobierno corporativo, con protocolos para el control y manejo de los conflictos de interés y la separación clara de la figura de socio en contraposición del rol y desempeño de las funciones del directorio de las compañías. Estas características de otros modelos jurídicos, han venido a tomar fuerza en las reformas introducidas en los últimos años en Costa Rica, particularmente la Ley 9392 cuyo fundamento parece fortalecer los derechos de los accionistas minoritarios, sin embargo, a nivel epistemológico no constituye una verdadera tutela a dichos derechos, de ahí la necesidad de analizar tales modificaciones a nivel sistémico para dimensionar sus efectos.

Palabras clave: *accionista minoritario; Nuevo Código Procesal Civil; derecho societario; conflicto de interés; reforma; parte relacionada.*

ABSTRACT

There has been a significant development at the international level in commercial law based on the establishment of corporate governance, with protocols for the control and management of conflicts of interest and the clear separation of the figure of shareholder from the role and performance of the duties of the board of directors of the companies. These characteristics of other legal models have come to take force in the reforms introduced in recent years in Costa Rica, particularly in Law 9392, which foundation seems to strengthen the rights of minority shareholders; however, at the epistemological level, it does not provide a real protection to such rights, hence the need to analyze such modifications at the systemic level to assess their effects.

Keywords: *minority shareholder; New Code of Civil Procedure; corporate law; conflict of interest; reform; related party.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Una mirada al éxito corporativo en Estados Unidos de América. III. Reforma normativa en materia societaria en Costa Rica. a) ¿Cuáles son los cambios introducidos y sus implicaciones a nivel práctico? b) Reglamento al artículo 3 de la Ley 9392. c) La reforma introducida por la Ley 9392 en relación con el NCPC y los derechos de accionistas minoritarios. IV. Conclusiones y críticas generales a la reforma. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En Costa Rica, las sociedades, principalmente anónimas, han sido fuertemente criticadas por su visión, misión y uso. Desde su concepción, han sido promovidas como estructuras jurídicas que permiten generar una barrera de responsabilidad, ya sea para proteger sus bienes de posibles contingencias legales, como para facilitar algunas transacciones en el comercio.

Así, por ejemplo, es frecuente escuchar como uso de esta figura jurídica la inscripción a su favor de la casa de habitación y vehículo de uso personal. En ese sentido, son utilizadas como meros instrumentos para la tenencia de activos en resguardo.

Otro ejemplo no menos usual sucede en el sector de bienes raíces, donde en lugar de hacerse la compraventa directa de un inmueble, este pasa a nombre de una sociedad, y las personas desarrolladoras ceden las acciones que incluían el bien a adquirir.

De igual manera, cada vez más las parejas constituyen una sociedad donde incorporan los bienes que generan durante la relación, siendo normalmente socios en partes iguales a fin de evitar el engorroso trámite de la repartición del patrimonio familiar.

Ahora bien, esta visión común en nuestro medio de los usos de las sociedades se ha visto reflejada en la regulación nacional existente en materia societaria, en comparación con la de otros países. Pero más aún, se ve ampliamente contrastada cuando pensamos en el desarrollo y papel que juegan las corporaciones en grandes potencias, como es el caso de los Estados Unidos de América.

II. UNA MIRADA AL ÉXITO CORPORATIVO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

¿Qué distingue y hace tan exitosas a las empresas norteamericanas? Es claro que, para contestar esta interrogante, entra en juego un sinnúmero de variables. Sin embargo, para efectos del presente análisis, nos centraremos en la visión corporativa.

En el derecho y la sociedad norteamericana, las corporaciones son vehículos de inversión, es decir, permiten a la compañía una captación de recursos del ahorro privado. Esta visión cambia completamente cómo se concibe una sociedad y, por supuesto, se refleja en su regulación y tratamiento a nivel de tribunales.

Desde esta perspectiva, el o la accionista no es solamente socio o socia de la compañía tras la adquisición o suscripción de acciones, sino que adquiere a su vez un doble rol de persona acreedora. Sí, persona acreedora de la sociedad, ya que financia a la empresa por medio de su aporte.

Sin embargo, en este punto, debemos hacer una distinción importante. El o la accionista en su doble condición de persona acreedora, no lo es en sentido estricto o financiero, ya que a diferencia de este que tendría un derecho de crédito y de preferencia en el pago, una vez canceladas todas las deudas de la sociedad, el socio o la socia puede recibir los dividendos sin que exista un tope o techo máximo. Ello se justifica en la máxima económica de, a mayor riesgo, mayor retorno. En ese caso, la participación del o de la accionista resulta más riesgosa por ser la persona última de la cadena, pero también es quien puede recibir más, dependiendo, claro está, de la administración de la compañía.

Bajo esta óptica, el o la accionista es un inversionista. Es por ello que se distingue tanto a nivel normativo como práctico el derecho de propiedad misma de la acción y de la función de administración, la cual estará a cargo de un directorio o nuestro equivalente a junta directiva.

Lo cierto es que, en el derecho norteamericano, el o la accionista no instruye al directorio sobre qué hacer o cómo hacerlo, sino que la lógica gira en torno a una premisa esencial: la finalidad de la sociedad es hacer riqueza, y ello obedece a que las corporaciones tienen un claro ánimo de lucro.

Es así como resulta trascendental que quienes ostenten la dirección y la administración de la compañía, deben ser personas ampliamente capacitadas para tal función, de lo contrario el o la accionista cuenta con dos opciones: vende la acción o revoca el directorio. Ambas decisiones vienen aparejadas de una serie de inconvenientes y procedimientos que, dependiendo del caso concreto, pueden ser más sencillos o no, sin embargo, eso es objeto de otro análisis.

En términos generales, es el directorio quien a través de sus decisiones deberá buscar crear y acrecentar la riqueza de los y las accionistas, traducida a valor presente. En virtud de ello, los y las miembros del directorio tienen una gran responsabilidad, y su función en la gestión del patrimonio de un tercero se traduce en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los “*fiduciary duties*” o deberes fiduciarios², donde su actuación será objeto de un escrutinio riguroso por la relación de confianza entre la sociedad y un director.

El desarrollo jurisprudencia de las cortes de Delaware³ ha sido vital en el desarrollo de los deberes fiduciarios del directorio y en establecer los estándares de exigencia en su función, lo que se traduce en mecanismos de protección a los accionistas, basados en la premisa de gobierno corporativo y en la dialéctica que existe entre la discrecionalidad de la junta directiva para la toma de decisiones y de la necesidad de que

esta asuma la responsabilidad de sus decisiones. Es así como se han reconocido como pilares de exigencia los deberes de debida diligencia, buena fe y lealtad.

- ***Duty of care (devida diligencia)***: El deber de cuidado se manifiesta en que el actuar de los directores debe ser de buena fe, con un conocimiento informado y la debida asesoría en caso de que sea necesario. Al respecto, en la toma de decisiones del directorio, este debe actuar con la diligencia, con lo que el estándar de prudencia establecido es el que razonablemente se esperaría de integrantes en una posición similar y bajo circunstancias similares⁴.

Sobre este deber, los tribunales norteamericanos han sostenido que la junta directiva tiene la obligación de dar una decisión informada y, por ejemplo, no puede relevar su responsabilidad alegando que los y las accionistas también aprobaron la decisión. Los directores deben informarse adecuadamente inclusive solicitando la pericia de una persona experta en un tema particular, si la situación así lo amerita⁵. Actuar en contrario configura un claro incumplimiento de los deberes fiduciarios del consejo, concretamente al *duty of care*, por lo que el motivo del director es irrelevante y no es necesario demostrar fraude, conflicto de interés o deshonestidad del director.

- ***Duty of loyalty (Deber de lealtad)***: Los directores no pueden favorecer a un o una accionista o grupo de accionistas en particular, sino que deben actuar en el mejor interés de la compañía y evitar los conflictos de interés; en caso de que exista debe primar el interés de la compañía.
- ***Good faith (Buena fe)***: Este deber se materializa en la convicción razonable de que las decisiones tomadas por el directorio son para el mejor interés de la compañía. Se deben estos deberes a la compañía y a los y las accionistas.

En el derecho norteamericano, existe la presunción denominada "*Business Judgment Rule*" bajo la cual se presume que, en la toma de una decisión de negocios, los directores o administradores actuaron con un conocimiento informado, de buena fe y con la creencia de que su decisión era en el mejor interés de la compañía⁶. El fundamento de esta presunción reside en que los directores son elegidos por su solvencia y competencia profesional, así como el buen nombre en el mercado para la mejor administración de la sociedad, con lo que es necesario que tengan un gran margen de acción para el desempeño de su función.

Al respecto, los tribunales norteamericanos suelen rechazar la intromisión o las valoraciones respecto a si la política o las decisiones del directorio eran o no adecuadas en términos de mercado o conveniencia para la compañía⁷.

La razón de lo anterior se sustenta, además, en que los tribunales no tienen el nivel de especialización ni *expertis* de la industria, ni el conocimiento de la compañía para juzgar a *posteriori* si, desde un punto de vista empresarial, la decisión comercial era correcta, oportuna o conveniente.

No obstante, ninguna regla es absoluta, y la presunción del *business judgment rule* se rompe cuando se demuestra que el directorio actuó en interés propio, con culpa grave o quebrando los deberes fiduciarios, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba y, en consecuencia, les corresponde a los directores demostrar el *entire fairness*, es decir, que la transacción fue justa y razonable para la sociedad, además de que no fue en perjuicio de los accionistas⁸.

De esta forma, con la ruptura de la presunción del *business judgment rule*, los administradores son sometidos al *entire fairness standar*, con el cual los tribunales analizarán el proceso mediante el cual se adoptaron la decisión, la información con que se dispuso, la estructura como tal de la transacción, un precio justo, así como las implicaciones económicas de la operación.

La violación de estos deberes fiduciarios acarrea responsabilidad solidaria del directorio y, por consiguiente, el deber de indemnizar.

III. *Reforma normativa en materia societaria en Costa Rica*

Ahora bien, en nuestro país, a través de la entrada en vigencia de la Ley de Protección al Inversionista Minoritario, n.º 9392 del 24 de agosto de 2016, se busca fortalecer al accionista minoritario, pero sobre todo, se pretende realzar el enfoque desde una perspectiva, no en el sentido tradicional de socio, sino como inversionista.

En términos generales, desde 1964, nuestro Código de Comercio tutelaba de forma somera los derechos minoritarios de los y las accionistas, aunque con varias limitaciones. Estos derechos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) **Solicitar auditoría** (art.26): Permite a los y las accionistas que representen al menos el 20% del capital social, solicitar una auditoría contable, para lo cual el o la accionista que la solicita deberá asumir sus costos. Siendo un derecho mínimo, no puede ser suprimido por el estatuto, sin embargo, es posible reducir su porcentaje al resultar más beneficioso.
- 2) **Solicitar convocatoria a asamblea de accionistas** (art.159): permite al accionista que tenga menos del 25% del capital, solicitar la convocatoria a una asamblea de accionistas sobre algún tema en específico.
- 3) **Fijación de orden del día** (art.169): Le permite al accionista que tenga menos del 25% del capital, exigir que se coloque un punto en agenda, previo a una asamblea regularmente fijada. Este derecho no puede ser eliminado por estatuto, pero si es posible reducirlo en cuanto a su porcentaje.
- 4) **Solicitar postergación de la votación** (art. 172): los y las accionistas que representen el 25% del capital social en asamblea de

accionistas pueden solicitar postergación de la votación de un asunto para informarse (máximo tres días).

- 5) **Revelación de información** (art.173): los y las accionistas que representen al menos el 20% del capital social pueden exigir que se revele información, incluso aquella confidencial de la junta directiva.

Con la reforma introducida mediante la Ley 9392⁹, en términos generales, se busca ampliar a nivel legal el ámbito de protección al accionista minoritario y, sobre todo, instaurar de forma expresa la exigencia de adoptar políticas de gobierno corporativo.

A) ¿CUÁLES SON LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS Y SUS IMPLICACIONES A NIVEL PRÁCTICO?

Algunos comentarios a la reforma:

- 1) Cualquier socio puede examinar los actos jurídicos de la sociedad sobre transacciones que refieran a la adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos que represente el 10% o más de los activos totales de la sociedad.
- 2) Cualquier accionista podrá solicitar a nivel judicial que se ordene la obtención o la presentación de cualquier documento relevante de los acuerdos de asamblea de accionistas, juntas directivas o consejos de administración.
- 3) Se disminuye a nivel legal el porcentaje exigido para la o el accionista minoritario de solicitar auditoría a nivel judicial, de un 20% a al menos un 10% del capital social.
- 4) Se especifican las normas contables sobre las cuales se realizará la auditoría siendo estas las NIAS¹⁰.
- 5) Se crea una presunción legal respecto de las sociedades autorizadas por la SUGEVAL¹¹, de que la información pública revelada

por los administradores a la SUGEVAL corresponde al estado de la sociedad.

- 6) Se incorporan los deberes fiduciarios de lealtad, diligencia y actuar en el mejor interés de la compañía. Asimismo, tales deberes llevan aparejada la responsabilidad solidaria frente a la sociedad por los daños derivados. Si bien es cierto, el Código de Comercio ya regulaba el deber de vigilancia de la gestión del directorio y los administradores, so pena de responsabilidad solidaria, la modificación que se realiza de forma expresa a quo instaurar un intento de cambio en el paradigma sobre el manejo y la administración de sociedades en nuestro país, inspirado en el tratamiento norteamericano.

Una crítica que debe hacer al artículo 189, párrafo 4, refiere a la exclusión de responsabilidad para el directorio y administradores por la ejecución de los acuerdos de las y los accionistas. Con la reforma indicamos que se introdujeron expresamente los deberes fiduciarios del directorio, dentro del cual estaba el deber de informarse debidamente de todos los temas referentes a la sociedad.

- 7) Se incorpora el deber para las sociedades de adoptar políticas de gobierno corporativo, aprobado por el directorio. Ahora bien, ¿qué significa gobierno corporativo y que conlleva a nivel social? El gobierno corporativo puede definirse como aquel “conjunto de relaciones entre la administración de la entidad, su Órgano de Dirección, sus propietarios y otras Partes Interesadas, las cuales proveen la estructura para establecer los objetivos de la entidad, la forma y los medios para alcanzarlos y monitorear su cumplimiento. El Gobierno Corporativo define la manera en que se asigna la autoridad y se toman las decisiones corporativas”¹².

Las exigencias mínimas requeridas por el nuevo artículo 32 ter aluden directamente a los deberes

de lealtad, transparencia y actuar en el mejor interés de la compañía.

En ese sentido, el inciso a) refiere directamente al deber fiduciario de lealtad y su correlativo deber de revelar información previamente en casos de conflictos de interés del directorio respecto de posibles transacciones de venta, adquisición, hipoteca o prenda de activos, así como su deber de abstenerse en la toma de decisión de dicha transacción¹³.

El inciso b) remite al deber de diligencia del directorio respecto de las decisiones de la compañía y un filtro de control donde se requiere de previo a la venta, adquisición, hipoteca o venta del 10% o más de los activos totales, la aprobación de la junta directiva.

Finalmente, el inciso c) remite a la divulgación de informes del ejercicio anual de las transacciones antes indicadas.

B) REGLAMENTO AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 9392

El artículo 3 de la Ley 9392 adicionó al Código de Comercio el artículo 32 ter inciso a) con el cual se busca la adopción de políticas de gobierno corporativo por la junta directiva u órgano equivalente que contemplen criterios para identificar las relaciones de influencia e interés, así como la divulgación de informes de resultados del ejercicio anual. En ese sentido, el legislador estableció que a propuesta del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) le corresponderá al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) establecer vía decreto ejecutivo los criterios para identificar relaciones de influencia e interés entre personas y entidades considerando las NIIF adoptadas.

El 4 de abril de 2017, el CONASSIF remitió al MEIC la propuesta reglamentaria mediante Oficio CNS-1321-14. Al respecto, el 22 de mayo de 2017, entró en vigencia el Reglamento al artículo 3 de la

Ley de Protección al Inversionista Minoritario, el cual contempla como ejes centrales los siguientes:

- **Normas NIIF aplicables:** Esta regulación toma como referencia a las NIIF 10, 11, 24 y 28, así como la Sección 33 de las NIIF para pequeñas y medianas entidades.
- **Se refina la definición de conflicto de interés:** En nuestro país, los conflictos de interés se encuentran regulados de manera dispersa en diversas normas¹⁴. Por su parte, concretamente el Reglamento de **Inversiones de las Entidades Reguladas del año 2003** definía el conflicto de interés como *“cualquier acto, omisión o situación de una persona, sea física o jurídica, que pudiere otorgar ventajas o beneficios, para sí o para terceros, producto de la administración de los fondos o la prestación de servicios relacionados con estos. Asimismo, se entenderá como conflicto de interés la contraposición existente entre los intereses del afiliado y los de la entidad, las empresas del grupo de interés económico o financiero al que pertenezca esta última o los personeros o accionistas de la entidad o empresas del grupo de interés económico o financiero”*¹⁵.

Con el Reglamento del artículo 3 de la Ley 9392, el artículo 2 define el conflicto de interés como aquella *“Situación en la cual un ejecutivo, un director, un administrador o un funcionario de la compañía, deba tomar una decisión o realizar u omitir una acción en razón de sus funciones, tenga la opción de escoger entre el interés de la compañía o de sus accionistas, funcionarios, clientes, proveedores, y su interés propio o el de un tercero, de forma tal que escogiendo uno de estos dos últimos se beneficiaría patrimonial o extra patrimonialmente para sí o para el tercero, desconociendo un deber ético, legal, contractual o estatutario y obteniendo un provecho que de otra forma no recibiría”*.

- **Definición de influencia significativa:** En el artículo 2 del reglamento, se define la influencia significativa como aquel poder para

intervenir en las decisiones de política financiera y de operación de la participada sin llegar a tener el control ni el control conjunto de esta.

En la definición dada, se indica que puede darse esa influencia por la participación en la propiedad, disposición legal o estatutaria o bien por acuerdos. Estas ejemplificaciones deben interpretarse de manera amplia, no taxativa, en razón de la sofisticación de las relaciones comerciales actuales.

- **Criterios para identificar relaciones de influencia e interés entre personas y entidades.**

El artículo 3 del reglamento busca enunciar los criterios para identificar relaciones de influencia e interés entre personas y entidades.

El eje central para establecer estas relaciones se centra en que se va a entender como parte relacionada. Al respecto, el inciso a) del art. 3 referido lo define como *“persona o entidad que está relacionada con la entidad que prepara sus estados financieros”*.

A partir de esta construcción, la norma establece dos categorías donde pueden darse estas relaciones de influencia e interés:

- (i) **Relación de una persona/familiar cercano de la persona con la entidad para la que preparan los estados financieros:**

En esta categoría, la persona o familiar cercano¹⁶ estará relacionada con la entidad si ejerce control, influencia significativa sobre la entidad o bien si el o la miembro es personal clave de la gerencia¹⁷ de la entidad.

- (i) **Relación de una entidad con otra entidad que informa:**

Dentro de esta categoría, se pretenden establecer supuestos en los cuales la entidad que realiza los estados financieros de otra estará relacionada,

por ejemplo, cuando forman parte del mismo grupo, asociación o negocio conjunto.

- **Criterios para la divulgación de la información por MYPIMES y empresas que no coticen en bolsa**

Las MYPIMES así clasificadas por el MEIC y las entidades que no coticen en bolsa deberán divulgar de forma inmediata, periódica, precisa y eficiente los términos de transacciones de adquisición, venta, hipoteca o prenda de activos de la compañía emisora que represente un porcentaje igual o mayor al 10% de los activos totales de esta al cierre del mes anterior a la transacción, según los estados financieros.

Esta divulgación de información por parte de la Junta Directiva u órgano equivalente, podrá realizarse por medio de:

- Informes en asambleas extraordinarias.
- Memorándum a los y las accionistas o asociados.
- Sitio web corporativo para informar a los inversores.
- Correo electrónico acreditado por los accionistas o asociados para recibir notificaciones.

La divulgación antes indicada no exonera a los administradores de presentarla en el informe de resultados del ejercicio anual exigida por el artículo 155 del Código de Comercio. Asimismo, cabe señalar que la norma no prohíbe que se den operaciones que involucren partes relacionadas, sino que, por su lado, lo que exige es el deber de revelar tal situación.

Esta posición resulta coincidente con un sector considerable de la doctrina internacional y la de esta autora, en cuanto a que un “conflicto de interés no es por sí mismo una situación anómala, es simplemente un cuadro fáctico, la circunstancia en donde los intereses confluyen o concurren en primer término potencialmente contrapuestos”¹⁸. Sin embargo, no por ello puede ser censurada

a priori, sino que necesariamente requiere una valoración de la actuación efectiva realizada por quien se encontraba en dicha situación y si actuó en el mejor interés de la compañía como se exige. De lo contrario, se deberá sancionar ya no la existencia de conflicto de interés, sino la decisión tomada por el personero que se aprovechó de dicha condición.

De esta forma, como el autor Martínez Neira lo ilustra, “el conflicto de interés es connatural a toda actividad en que se administran recursos, activos o patrimonios de terceros. De tal manera que el legislador no debe prohibir las operaciones que den lugar a conflictos de interés, que de suyo existen como realidades prelegales irreductibles, sino regularlas con fundamento en la prevalencia del interés general y de la axiología que debe presidir cualquier relación de confianza”¹⁹.

C) LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 9392 EN RELACIÓN CON EL NCPC Y LOS DERECHOS DE ACCIONISTAS MINORITARIOS

Tal como se indicó, la reforma introducida por la Ley 9392 incorporó una adición el párrafo segundo y tercero al artículo 426 del CPC. Al respecto, dentro en lo relativo al proceso abreviado para conocer de acuerdos tomados en la asamblea de accionista, en juntas directivas o en consejos de administración, es posible solicitar la presentación de cualquier documento relevante y necesario para ejercer sus derechos, el cual esté en poder de la contraparte, testigos o de un tercero.

No obstante, el 3 de febrero de 2016, se aprobó el nuevo Código Procesal Civil que entrará en vigencia el 9 de octubre de 2018. De esta forma, el NCPC incorpora una regulación particular referente a los derechos de accionistas minoritarios, dentro de los que figuran:

- En la prueba pericial, el artículo 44.6 establece que, tratándose de sociedades comerciales, el socio que represente más del 10% del capital social podrá solicitar de forma anticipada la realización de auditorajes, inventario de bienes, la determinación del estado económico, rendición de cuentas, informes contables o de cualquier otro tipo.
- En cuanto a medidas cautelares, el artículo 89 refiere a la “Suspensión provisional de acuerdos sociales, condominales y similares”, se establece que, cuando se pretende la violación de derechos en acuerdos sociales, se podrá disponer la suspensión provisional de los efectos del acuerdo impugnado. Asimismo, se podrá ordenar la anotación de la medida en el registro respectivo para impedir la ejecución del acuerdo, siempre que quien lo solicite represente al menos el diez por ciento (10%) del capital social. En razón de lo anterior, será posible solicitar la anotación de acciones en el registro de accionistas, cumpliendo con el porcentaje mínimo antes indicado.

Lo anterior debe ser analizado tomando en consideración a la entrada en vigencia de la Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, Ley 9416 del 30 de diciembre de 2016, con la cual se establece la obligación del representante legal de suministrar al Banco Central de Costa Rica el registro o la indicación de los accionistas y beneficiarios finales²⁰ que tengan una participación sustantiva²¹.

Por tanto, se colige que la reforma al artículo 426 CPC, introducida recientemente Ley 9392, quedará derogada con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil debido a que, en este último cuerpo normativo, no se contempló dicha modificación referida al benefició para solicitar la presentación de documentos para ejercer los derechos de los socios, por lo que tendrá una breve vigencia.

IV. CONCLUSIONES Y CRÍTICAS GENERALES A LA REFORMA

En el derecho norteamericano, las cortes de Delaware han sentado el precedente esencial en materia corporativa. El directorio de una compañía tiene tres deberes fiduciarios irreductibles: debida diligencia, buena fe y lealtad. En ese sentido, ante una decisión contraria a los intereses de los y las accionistas por incumplimiento de estos deberes, estos pueden exigir la responsabilidad del directorio.

Sin embargo, a nivel de precedentes se ha creado la presunción procesal del *business judgment rule*, la cual protege al directorio de las decisiones empresariales siempre y cuando hayan cumplido con sus deberes fiduciarios. En ese sentido, las cortes norteamericanas no evalúan la conveniencia o no de la decisión tomada, sino que su análisis se centra en el cumplimiento de la buena fe, debida diligencia y lealtad. Solo en caso de acreditarse la violación de estos deberes o culpa grave del directorio, se quiebra dicha presunción, y el tribunal analizará la toma de decisión.

El manejo de las sociedades en Estados Unidos sobre la base de gobierno corporativo y el sofisticado tratamiento de precedentes en materia corporativa desarrollado por Delaware ha servido de inspiración para muchos sistemas.

En el caso de nuestro país, la reforma introducida por la Ley de Protección al Inversionista Minoritario, más allá del mal nombre dado,

constituye un esfuerzo por actualizar la normativa societaria en términos generales, mas no una protección efectiva a los derechos de accionistas minoritarios, como se esperaba.

El nombre de la Ley 9392 no refleja su contenido en materia de derechos de inversionistas minoritarios, sin que haya atacado temas esenciales como son los problemas de aumentos de capital diluyentes o incorporación de los derechos de *drag along* y *tag along* como si ocurre en un sinnúmero de países que buscan una tutela efectiva. Por su parte, la amplitud que se quiso introducir con la reforma al artículo 426 del CPC resulta un esfuerzo inocuo, una al quedar derogado automáticamente con la entrada en vigencia del nuevo CPC.

Por otro lado, a pesar de las críticas que se han realizado a la reforma del artículo 189 y adición del 32 ter del Código de Comercio, consideramos que son los aspectos más positivos y realmente valiosos.

Aun cuando se ha indicado que, desde vieja data, la norma y la jurisprudencia han establecido los deberes de lealtad y buena fe de las personas, la reforma presenta otro enfoque mucho más profundo y puede dar la oportunidad a un tratamiento mucho más sofisticado a nivel de tribunales inspirados en el desarrollo norteamericano. En ese sentido, debemos destacar el esfuerzo por actualizar la regulación sustantiva del derecho corporativo a estándares internacionales más homogéneos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Soto Rodríguez, José Luis. (1999). El conflicto de intereses en el Mercado de Valores. Un intento de exégesis del art. 114 de la LRMV. *Revista IVSTITIA* año 13, n.º 155-156 nov.-dic. p.11.
- Martínez Neira, Néstor Humberto. (2004). *Cátedra de derecho bancario colombiano*. 2º ed. Colombia: Legis Editores S. A., p. 462.
- Ley Protección al Inversionista Minoritario, Ley 9392 del 24 de agosto de 2016.
- Código de Comercio
- Código Procesal Civil, Ley 7130 del 16 de agosto de 1989.
- Código Procesal Civil, Ley 9342 del 3 de febrero de 2016.
- Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, Ley 9416.
- Ley Reguladora del Mercado de Valores.
- Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, Reglamento n.º 355 del 11 de febrero de 2003.
- Reglamento para el Control de Drogas, Estupefaciente y Psicotrópicas, Decreto Ejecutivo n.º 33245.
- Reglamento de Oferta Pública de Valores, Reglamento n.º 571.
- Reforma Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones.
- Acuerdo SUGEF 16-09 “Reglamento de Gobierno Corporativo”.
- “Reglamento al artículo 3 de la Ley de Protección al Inversionista Minoritario, Decreto Ejecutivo 40406 del 09/05/2017.
- Página oficial de la SUGEVAL. Participantes y productos. <http://www.sugeval.fi.cr/serviciosytramites/Paginas/Sitiosdeinteres.aspx>
- Normas Internacionales de Contabilidad, https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/vigentes/nic/NIC_024_2014.pdf
- S. Worthing, *Reforming Director’s Duties*, 64 *Modern Law Review*, n.º 3, 439 (2001).
- *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
- *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984)
- *Paramount Communications Inc. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del.1989).
- *Norlin Corp. V. Rooney, Pace INC*, 744 F.2d 255, 265 (2d. Cir. 1984)

Notas al pie

- 1 Máster en Derecho por la Universidad de Chile/ Graduate Certificate in International Contracts and Business Law del American University Washington College of Law. Especialista en derecho notarial y registral por la Universidad de Costa Rica. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Abogada litigante. E-mail: nvegacabogada@hotmail.com. Encuentre más publicaciones en la página web: www.noheliavega.com.
- 2 El *trust* o la fiducia en el derecho estadounidense se ha traducido como aquellas gestiones de confianza por administrar el patrimonio de un tercero.
- 3 El estado de Delaware ha sido reconocido por tener la legislación más avanzada en materia de derecho corporativo de los Estados Unidos. Asimismo, las sentencias de sus cortes han sido tradicionalmente distinguidas por la profundidad y trascendencia de sus fallos y el *expertis* de sus jueces y juezas, siendo sin duda alguna una referencia esencial moderna en esta materia a nivel internacional.
- 4 S. Worthing, *Reforming Director's Duties*, 64 *Modern Law Review*, n.º 3, 439 (2001).
- 5 *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
- 6 Este elemento es esencial en el derecho societario norteamericano y ha sido ampliamente desarrollado, principalmente en el caso *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805,812 (Del. 1984) reiterado en diversas ocasiones.
- 7 Al respecto, se puede ver el caso *Paramount Communications Inc. Time, Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del.1989).
- 8 *Norlin Corp. V. Rooney, Pace INC*, 744 F.2d 255, 265 (2d. Cir. 1984).
- 9 Se modificaron los artículos 26 y 189 del Código de Comercio; el artículo 426 del Código Procesal Civil y se adicionó el artículo 32 ter al Código de Comercio.
- 10 Normas Internacionales de Auditoría.
- 11 Las sociedades autorizadas para participar en el Mercado de Valores deben estar inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Al respecto se puede consultar la página oficial de la SUGEVAL <http://www.sugeval.fi.cr/serviciosytramites/Paginas/Sitiosdeinteres.aspx>
- 12 Artículo 2 del “Reglamento al artículo 3 de la Ley de Protección al Inversionista Minoritario, Decreto Ejecutivo 40406 del 09/05/2017”.
- 13 Al respecto, es necesario tomar en consideración las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Concretamente debemos aludir a la “NIC 24 – Información a Revelar sobre Partes Relacionadas”. Dicha norma busca la revelación de información relevante a fin de tener claridad sobre la posibilidad de que la situación financiera y los resultados de una compañía puedan verse afectadas por la relación con una parte relacionada. En ese sentido, se deben identificar las relaciones y transacciones con partes relacionadas, así como identificar las circunstancias en las que se requieren la revelación de la información y la determinación de qué información debe revelarse. (https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_public/con_nor_co/vigentes/nic/NIC_024_2014.pdf)
- 14 Al respecto, podemos mencionar: Art.6 del Reglamento para el Control de Drogas, Estupefaciente y Psicotrópicas, Decreto Ejecutivo n.º 33245; art.87 del Reglamento de Oferta Pública de Valores, Reglamento n.º 571; art.2 y 53 de la Reforma Reglamento para la Regulación de los Regímenes de Pensiones, Reglamento

de Inversiones para las Entidades Autorizadas y deroga Reglamento para la Regulación de los Sistemas de Pensiones Complementarias, Reglamento n.º 562; art.2 y 53 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas; art.8, 33, 78, 95, 114, 159 y 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores; art.10, 12, 13 y 14 del acuerdo SUGEF 16-09 “Reglamento de Gobierno Corporativo”.

- 15 Artículo 2 del Reglamento de Inversiones de las Entidades Reguladas, Reglamento n.º 355 del 11 de febrero de 2003.
- 16 Familiar cercano refiere a aquellos miembros de familia dentro de los que figuran hijos e hijas suyos o de su cónyuge o con análoga relación afectiva, así como personas dependientes de este o su cónyuge o análogo (art. 3, inciso f del reglamento antes dicho).
- 17 Persona clave de la gerencia corresponde a aquellas personas con autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar las actividades de la entidad (art.3, inciso c) del reglamento indicado).
- 18 Soto Rodríguez, José Luis. (1999). El Conflicto de intereses en el mercado de valores. Un intento de exégesis del artículo 114 de la LRMV. Revista IVSTITIA, año 13, n.º 155-156 nov.-dic., p.11.
- 19 Martínez Neira, Néstor Humberto. (2004). Cátedra de derecho bancario colombiano. 2º ed. Colombia: Legis Editores S. A., p. 462.
- 20 El artículo 5 de esta Ley define beneficiario final a la persona física que ejerce una influencia sustantiva o control, directo o indirecto, sobre la persona jurídica o estructura jurídica de manera que cuente con la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios, tenga el derecho a designar o cesar a la mayor parte de los órganos de administración, dirección o supervisión, o que posea la condición de control de esa empresa en virtud de sus estatutos.
- 21 Por su parte, este mismo artículo señala que se entenderá por participación sustantiva la tenencia de acciones y participaciones en un porcentaje igual o mayor al límite que, a estos efectos, el Ministerio de Hacienda fijará reglamentariamente, en atención a parámetros internacionales, y dentro de un rango del quince por ciento (15%) al veinticinco por ciento (25%) de participación en el capital de la persona jurídica o estructura jurídica.

MARCO LEGAL QUE REGULA LA EXTRADICIÓN EN COSTA RICA

M. Sc. Elías Domingo Carranza Maxera¹
elias81cr@gmail.com

Recibido 20/11/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

El objetivo general del presente artículo es detallar el marco legal que regula el procedimiento de extradición en Costa Rica. Para este fin se detallan los tratados, convenciones o leyes que nuestro país ha aprobado sobre esta materia; se describen los países con los que nos vincula un tratado o convención de extradición y, finalmente, se señalan los proyectos sobre esta materia que se encuentran en trámite en la Asamblea Legislativa.

Palabras clave: Extradición, tratado, convención, ley.

ABSTRACT

The general objective of this article is to detail the legal framework that regulates extradition procedures in Costa Rica; to this end, it describes the treaties, conventions or laws that our country has approved on this matter, describes the countries with which we are bound by an extradition treaty or convention and, finally, indicates the bills of law on this matter that are currently being processed by the Legislative Assembly.

Key words: Extradition, treaty, convention, law.

SUMARIO *Introducción 1. Tratados, convenciones u otras normas sobre extradición que Costa Rica ha ratificado. 2. Tratados o convenciones que Costa Rica ha ratificado que no son específicos a la extradición; pero que contienen regulaciones sobre el tema. 3. Países con los que Costa Rica tiene un tratado o convención sobre extradición. 4. Propuestas de tratados o convenios sobre extradición que se encuentran en trámite en la Asamblea Legislativa de Costa Rica Conclusiones Referencias Bibliográficas.*

Introducción

La extradición puede ser definida como:

L el conjunto de actuaciones ordenadas legalmente, para garantizar, y en su caso disponer, la entrega por las autoridades del Estado donde se halla una persona reclamada por las autoridades de otro Estado, con el fin de responder de actividades delictivas, al objeto de que sea juzgada por sus órganos jurisdiccionales o cumpla la pena o medida de seguridad que se le impuso. (Almagro Nocete, José, 1988).

Distintos tratadistas costarricenses como Alfonso Chaves, Cecilia Sánchez, José Manuel Arroyo Gutiérrez, entre otros, han escrito sobre diversos temas relacionados con el proceso de extradición costarricense, como son: las nociones, tipos, principios de este instituto y la regulación de la extradición de nacionales en nuestro país, obras cuyo contenido sigue vigente y que este artículo no pretende discutir².

Este trabajo tiene el objetivo de tratar algunos temas que no han sido abordados por la doctrina nacional y, de esta forma, pretende contribuir a la investigación sobre este procedimiento. En esta investigación se pretenden detallar:

- a) Los instrumentos bilaterales sobre extradición vigentes ratificados por Costa Rica.
- b) Los instrumentos multilaterales sobre extradición vigentes ratificados por Costa Rica.
- c) Los instrumentos internacionales no específicos a la extradición que, sin embargo, tienen regulaciones sobre este tema, que nuestro país ha ratificado y que se encuentran vigentes.

- d) Los países con los que Costa Rica tiene un tratado sobre extradición.
- e) Los proyectos de ley sobre extradición que se encuentran en trámite en la Asamblea Legislativa.

1. *Tratados, convenciones y otras normas sobre extradición que Costa Rica ha ratificado*

La Constitución Política de la República de Costa Rica dispone en su artículo 31 que la extradición será regulada por ley, al ordenar:

El territorio de Costa Rica será asilo para todo perseguido por razones políticas. Si por imperativo legal se decretare su expulsión, nunca podría enviársele al país donde fuere perseguido. La extradición será regulada por la ley o por los tratados internacionales y nunca procederá en casos de delitos políticos o conexos con ellos, según la calificación costarricense.

Costa Rica cuenta con una ley de extradición nacional, la Ley N.º 4795 del 16 de julio de 1971, reformada mediante las Leyes N.º 5497 del 21 de marzo de 1974 y la N.º 5991 del 9 de noviembre de 1976.

Asimismo, en el artículo 96 bis, inciso 5, la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene una regulación sobre la extradición pasiva, al disponer:

“Artículo 96 bis.- Los tribunales penales de juicio se constituirán con uno solo de sus miembros, para conocer:

...

5.- De los procesos de extradición [...]”.

Por su parte, en el artículo 154, el Código Procesal Penal dispone lo siguiente sobre las comunicaciones que se remitirán al exterior,

como sería el caso de los pedidos de extradición activos:

“ARTICULO 154.-

*Exhortos a autoridades extranjeras
Los requerimientos dirigidos a jueces o autoridades extranjeras se efectuarán por exhortos y se tramitarán en la forma establecida por la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país.*

Por medio de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, se canalizarán las comunicaciones al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual las tramitará por la vía diplomática.

No obstante, en casos de urgencia podrán dirigirse comunicaciones a cualquier autoridad judicial o administrativa extranjera, anticipando el exhorto o la contestación a un requerimiento, sin perjuicio de que, con posterioridad, se formalice la gestión, según lo previsto en el párrafo anterior”.

Nuestro país ha ratificado distintas convenciones o tratados bilaterales sobre extradición. Algunos instrumentos legales sobre esta materia datan del siglo XIX; sin embargo, continúan vigentes.

En el siguiente cuadro, se detallan las convenciones o tratados bilaterales de extradición que Costa Rica ha ratificado y que continúan vigentes:

TRATADOS O CONVENCIONES BILATERALES SOBRE EXTRADICIÓN
Convención de Extradición entre la República de Costa Rica y la Italia. Ley N.º 53 del 14 de septiembre de 1874.
Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua. Ley N.º 51 del 17 de julio de 1896.
Tratado Extradición con Bélgica. Ley N.º 78 del 14 de agosto de 1902.
Tratado de Extradición con Colombia. Ley N.º 60 del 18 de julio de 1928.

Tratado Adicional de Extradición con Bélgica. Ley N.º 235 del 23 de agosto de 1934.
Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América. Ley N.º 7146 del 30 de abril de 1990.
Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de China. Ley N.º 7186 del 26 de julio de 19903.
Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y el Reino de España. Ley N.º 7766 del 24 de abril de 1998.
Tratado entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Panamá sobre Extradición. Ley N.º 8930 del 08 de marzo de 2011.
Tratado de Extradición con los Estados Unidos Mexicanos. Ley N.º 9139 del 30 de abril de 2013.
Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y la República del Perú. Ley N.º 9236 del 23 de abril de 2014.

Cuadro número 1. Tratados o convenciones bilaterales de extradición que Costa Rica ha ratificado y que continúan vigentes- Estos se ordenan conforme a la fecha en la que fueron aprobados. Elaborado por Carranza Maxera. Septiembre de 2016.

Costa Rica también ha ratificado convenciones o tratados multilaterales sobre extradición en el ámbito centroamericano, latinoamericano e interamericano. En el siguiente cuadro, se detallan las convenciones o tratados multilaterales de extradición que Costa Rica ha ratificado y que continúan vigentes en nuestro país:

TRATADOS O CONVENCIONES MULTILATERALES SOBRE EXTRADICIÓN
Tratado de Extradición con Repúblicas de Sudamérica. Ley N.º 10 del 25 de agosto de 1879.

Tratado Extradición y Protección contra el Anarquismo. Ley N.º 35 del 2 de julio de 19034.
Convención de Extradición. Ley N.º 21-C del 24 de noviembre de 1924.
Código de Derecho Internacional Privado - Código Bustamante. Ley N.º 50 del 13 de diciembre de 1928.
Convención Interamericana sobre Extradición. Ley N.º 7953 del 21 de diciembre de 1999.

Cuadro número 2. Tratados o convenciones multilaterales de extradición que Costa Rica ha ratificado y que continúan vigentes y se ordenan conforme a la fecha en la que fueron aprobados. Elaborado por Carranza Maxera. Julio de 2017.

2. *Tratados o convenciones que Costa Rica ha ratificado que no son específicos a la extradición; pero que contienen regulaciones sobre el tema*

Costa Rica también ha ratificado distintos instrumentos internacionales que, a pesar de que no son específicos sobre el tema de la extradición, contienen algunas regulaciones relativas a esta materia. En muchos de estos tratados, se dispone que los compromisos que han asumido los países que ratifican estos instrumentos, se deben considerar incluidos en los tratados de extradición vigentes entre las partes o en los que se negocien posteriormente. Para citar un ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 establece regulaciones vinculantes sobre la extradición en su artículo 6.

De conformidad con la norma anteriormente mencionada, debemos entender que instrumentos como el Tratado de Extradición entre Costa Rica y Bélgica, el Tratado de Extradición entre Costa Rica e Italia y el Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua contienen listas taxativas sobre los delitos que darán lugar a la extradición y no incluyen entre estas listas conductas relacionadas

con el tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que fueron reformados por este artículo, en razón de que los países que ratificaron la Convención de Viena aceptaron que los delitos que trata ese instrumento internacional “se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes [...]”. (Artículo 6, inciso 2 de la Convención de Viena de 1988).

Regulaciones similares a las contenidas en el artículo 6, inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 también se encuentran en distintos tratados o convenciones que Costa Rica ha ratificado, de las cuales se citan algunos ejemplos de seguimiento: artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; numeral XIX de la Convención Interamericana contra Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados; artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 13 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; artículo 11 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima; y el numeral XIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En el siguiente cuadro, se detallan los instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado y, a pesar de que no son específicos a la extradición, contienen regulaciones sobre este tema:

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE COSTA RICA HA RATIFICADO Y QUE CONTIENEN ALGUNAS REGULACIONES RELATIVAS A LA EXTRADICIÓN
Convención sobre Asilo Diplomático. Ley N.º 1802 del 8 de octubre de 1954.
Convención sobre Asilo Territorial. Ley N.º 1803 del 8 de octubre de 1954.

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves. Ley N.º 4759 del 3 de mayo de 1971.
Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional. Ley N.º 5295 del 9 de agosto de 1973.
Convenio sobre Represión de Actos Ilícitos contra Seguridad de Aviación Civil. Ley N.º 5299 del 9 de agosto de 1973.
Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos. Ley N.º 6077 del 29 de agosto de 1977.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Ley N.º 7198 del 25 de septiembre 1990.
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ley N.º 7573 del 1 de febrero de 1996.
Convención Interamericana contra la Corrupción. Ley N.º 7670 del 17 de abril de 1997.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ley N.º 7934 del 28 de octubre de 1999.
Convención Interamericana contra Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados. Ley N.º 8042-A del 1 de noviembre de 2000.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito el 7 de octubre de 1998. Ley N.º 8083 del 7 de febrero de 2001.
Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores. Ley N.º 8071 del 14 de febrero de 2001.
Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. Ley N.º 8080 del 14 de febrero de 2001.
Convención Internacional contra la Toma de Rehenes. Ley N.º 8253 del 2 de mayo de 2002.

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Ley N° 8257 de 02 de mayo de 2002.
Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental. Ley N° 8258 de 02 de mayo de 2002.
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Ley N.º 8263 del 2 de mayo de 2002.
Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima. Ley N.º 8264 del 2 de mayo de 2002.
Convenio sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares. Ley N.º 8265 del 3 de mayo de 2002.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ley N.º 8302 del 12 de septiembre de 2002.
Convención Interamericana contra el Terrorismo. Ley N.º 8446 del 24 de mayo de 2005.
Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ley N.º 8557 del 29 de noviembre de 2006.
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Ley N.º 9005 del 31 de octubre de 2011.
Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear. Ley N.º 9088-A del 19 de octubre de 2012.
Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ley N.º 9450 del 10 de mayo de 2017.
Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Ley N.º 9452 del 26 de mayo de 2017.

Cuadro número 3. Instrumentos internacionales que Costa Rica ha ratificado y que contienen

algunas regulaciones relativas a la extradición. Estos se ordenan conforme a la fecha en la que fueron ratificados. Elaborado por Carranza Maxera. Julio de 2017.

3. Países que tienen un tratado o convención sobre extradición con Costa Rica

Al analizar los tratados o convenciones de extradición que Costa Rica ha ratificado, podemos apreciar que la mayoría de países con los que nos une un tratado se ubican en el ámbito americano, a excepción de Bélgica e Italia.

En la siguiente imagen, se ilustran los países que ratificaron la Convención de Derecho Internacional Privado:

Código de Bustamante



Imagen 1: Países que ratificaron el Código de Bustamante. Esta imagen fue elaborada con base en la información suministrada por la Organización de Estados Americanos, la cual puede ser consultada en el siguiente [link](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp): http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamante_firmas.asp. Elaborado por Calderón y Carranza. Marzo de 2015.

En esta otra imagen, se resaltan los países que ratificaron o se adhirieron a la Convención Interamericana sobre Extradición:



Imagen 2: Países que ratificaron o se adhirieron a la Convención Interamericana sobre Extradición. Esta imagen fue elaborada con base en la información suministrada por la Organización de Estados Americanos, la cual puede ser consultada en el siguiente [link](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-47.html): <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-47.html>. Elaborado por Calderón y Carranza. Marzo de 2015.

En el siguiente cuadro, se detallan por orden alfabético todos los países con los que Costa Rica tiene una convención o tratado de extradición:

PAÍS	INSTRUMENTO
Antigua y Barbuda	Convención Interamericana sobre Extradición
Bahamas	Código de Bustamante
Bélgica	Tratado de Extradición con Bélgica
Bolivia	Código de Bustamante
Brasil	Código de Bustamante
Chile	Código de Bustamante
Colombia	Tratado de Extradición con Colombia
Cuba	Código de Bustamante
Ecuador	Código de Bustamante, Convención Interamericana sobre Extradición

El Salvador	Código de Bustamante, Convención Centroamericana sobre Extradición
España	Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y el Reino de España
Estados Unidos de América	Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos de América
Estados Unidos Mexicanos	Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos
Guatemala	Código de Bustamante, Convención Centroamericana sobre Extradición
Haití	Código de Bustamante
Honduras	Código de Bustamante, Convención Centroamericana sobre Extradición
Italia	Convención de Extradición entre la República de Costa Rica e Italia
Nicaragua	Código de Bustamante, Convención Centroamericana sobre Extradición, Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua
Panamá	Código de Bustamante, Convención Interamericana sobre Extradición, Tratado entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Panamá sobre Extradición
Perú	Código de Bustamante, Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y la República del Perú
República Dominicana	Código de Bustamante
República de China ⁵	Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de China

Santa Lucía	Convención Interamericana sobre Extradición
Venezuela	Código de Bustamante, Convención Interamericana sobre Extradición

Cuadro número 4. Países que tienen un tratado o convención de extradición con Costa Rica. Se ordenan los países por orden alfabético. Elaborado por Carranza Maxera. Noviembre de 2017.

4. *Propuestas de tratados o convenios sobre extradición que se encuentran en trámite en la Asamblea Legislativa de Costa Rica*

En la Asamblea Legislativa de Costa Rica, los siguientes proyectos de extradición con las Repúblicas de Corea del Sur, Francia, Italia y Paraguay se encuentran actualmente en trámite, los cuales se detallan en el siguiente esquema:

Número de proyecto	Asunto	Tipo	Fecha de iniciación
20097	Aprobación del Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Italiana	Procedimiento Proyecto de ley ordinario	07/09/2016
19451	Aprobación del Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y la República del Paraguay	Procedimiento Proyecto de ley ordinario	20/1/2015

19190	Aprobación del Convenio de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa	Procedimiento Proyecto de ley ordinario	2/7/2014
17276	Aprobación del Tratado entre la República de Costa Rica y la República de Corea sobre Extradición	Procedimiento Proyecto de ley ordinario	22/12/2011

Cuadro número 5. Propuestas de tratados o convenios de extradición que se encuentran en trámite en el Congreso costarricense. Información obtenida con el siguiente *link*: <http://www.asamblea.go.cr/SitePages/Inicio.aspx>. Elaborado por Carranza Maxera. Junio de 2017.

Es importante resaltar que nuestro país también ha negociado recientemente propuestas bilaterales de tratado de extradición con la República de Argentina, las cuales deberían ingresar pronto para conocimiento de la Asamblea Legislativa.

Conclusiones

La República de Costa Rica ha ratificado gran cantidad de leyes que tienen regulaciones sobre la materia de la extradición. A pesar de que muchas de estas leyes son sumamente antiguas,

continúan vigentes y siguen siendo la base jurídica que fundamenta distintos pedidos.

Gran cantidad de las convenciones o tratados referidos y que nuestro país ha ratificado responden a iniciativas a nivel interamericano o mundial con el fin de establecer ciertas conductas como delictivas y para imponer a los Estados la obligación de investigarlas y de considerar estas conductas como extraditables.

Costa Rica ha ratificado distintos tratados o convenciones que establecen el marco jurídico para regular la extradición con muchos países del sistema interamericano. Sin embargo, con la excepción de Bélgica, Italia y la República de China, nuestro país carece de tratados o convenios de extradición con países que se ubican fuera de América. Asimismo, es importante considerar que Costa Rica no tiene más relaciones diplomáticas con Taiwán, por lo que actualmente no existe ningún tratado sobre extradición con algún país que reconozcamos en el continente asiático.

Los proyectos sobre extradición que se encuentran actualmente en la Asamblea Legislativa establecerían el marco jurídico para regular este tema con un país sudamericano, con uno europeo y con uno asiático con los que actualmente no nos une ningún tratado sobre esta materia, por lo que su aprobación sería importante por este único motivo.

Asimismo, el proyecto con Italia nos brindaría un instrumento actual con este país, lo cual es importante porque el tratado entre ambos Gobiernos está sumamente desactualizado, no responde a las necesidades actuales y, entre ambos países, hay distintos procesos de extradición en trámite.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Chaves, A. (1989). *La extradición en Costa Rica*. San José: Nueva Década.

Revistas

Arroyo, J. (1989). La extradición (nociones y principios generales). *Revista de Ciencias Penales*, n.º 1.

Sánchez, C. & Chacón, J. (1992). La extradición de nacionales en Costa Rica. *Revista de Ciencias Penales*, n.º 5.

Leyes

Convención de Extradición entre la República de Costa Rica y la Italia. Ley N.º 53 del 14 de septiembre de 1874.

Tratado de Extradición con Repúblicas de Sudamérica. Ley N.º 10 del 25 de agosto de 1879.

Tratado de Extradición entre Costa Rica y Nicaragua. Ley N.º 51 del 17 de julio de 1896.

Tratado Extradición con Bélgica. Ley N.º 78 del 14 de agosto de 1902.

Tratado Extradición y Protección contra el Anarquismo. Ley N.º 35 del 2 de julio de 1903.

Convención de Extradición. Ley N.º 21-C del 24 de noviembre de 1924.

Tratado de Extradición con Colombia. Ley N.º 60 del 18 de julio de 1928.

Código de Derecho Internacional Privado - Código Bustamante. Ley N.º 50 del 13 de diciembre de 1928.

Tratado Adicional de Extradición con Bélgica. Ley N.º 235 del 23 de agosto de 1934.

Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley N.º 8 del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas.

Constitución Política de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.

Convención sobre Asilo Diplomático. Ley N.º 1802 del 8 de octubre de 1954.

Convención sobre Asilo Territorial. Ley N.º 1803 del 8 de octubre de 1954.

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves. Ley N.º 4759 del 3 de mayo de 1971.

Ley de Extradición. Ley N.º 4795 del 16 de julio de 1971 y sus reformas.

Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional. Ley N.º 5295 del 9 de agosto de 1973.

Convenio sobre Represión de Actos Ilícitos contra Seguridad de Aviación Civil. Ley N.º 5299 del 9 de agosto de 1973.

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos. Ley N.º 6077 del 29 de agosto de 1977.

Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América. Ley N.º 7146 del 30 de abril de 1990.

Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de China. Ley N.º 7186 del 26 de julio de 1990.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Ley N.º 7198 del 25 de septiembre de 1990.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ley N.º 7573 del 1 de febrero de 1996.

Código Procesal Penal. Ley N.º 7594 del 10 de abril de 1996.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Ley N.º 7670 del 17 de abril de 1997.

Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y el Reino de España. Ley N.º 7766 del 24 de abril de 1998.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ley N.º 7934 del 28 de octubre de 1999.

Convención Interamericana sobre Extradición. Ley N.º 7953 del 21 de diciembre de 1999.

Convención Interamericana contra Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados. Ley N.º 8042-A del 1 de noviembre de 2000.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito el 7 de octubre de 1998. Ley N.º 8083 del 7 de febrero de 2001.

Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores. Ley N.º 8071 del 14 de febrero de 2001.

Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. Ley N.º 8080 de 14 de febrero de 2001.

Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Ley N.º 8253 del 2 de mayo de 2002.

Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Ley N.º 8257 de 2 de mayo de 2002.

Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental. Ley N.º 8258 del 2 de mayo de 2002.

Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Ley N.º 8263 del 2 de mayo de 2002.

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima. Ley N.º 8264 del 2 de mayo de 2002.

Convenio sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares. Ley N.º 8265 del 3 de mayo de 2002.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Ley N.º 8302 del 12 de septiembre de 2002.

Convención Interamericana contra el Terrorismo. Ley N.º 8446 del 24 de mayo de 2005.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ley N.º 8557 del 29 de noviembre de 2006.

Tratado entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Panamá sobre Extradición. Ley N.º 8930 del 8 de marzo de 2011.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Ley N.º 9005 del 31 de octubre de 2011.

Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear. Ley N.º 9088-A del 19 de octubre de 2012.

Tratado de Extradición con los Estados Unidos Mexicanos. Ley N.º 9139 del 30 de abril de 2013.

Tratado de Extradición entre la República de Costa Rica y la República del Perú. Ley N.º 9236 del 23 de abril de 2014.

Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Ley N.º 9450 del 10 de mayo de 2017.

Convenio sobre la Ciberdelincuencia. Ley N.º 9452 del 26 de mayo de 2017.

Notas al pie

- 1 Máster en Ciencias, Políticas y Gestión Ambiental. Licenciado en Derecho. Fiscal auxiliar de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales de la Fiscalía General de la República de Costa Rica. Teléfono: (506) 8785-1087, fax: (506) 2223-2602, e-mail: elias81cr@gmail.com
- 2 Al respecto consultar el libro de don Alfonso Chaves, *La extradición en Costa Rica* o los artículos publicados por el señor José Manuel Arroyo, *La extradición (nociones y principios generales)*, o por la anterior ministra de Justicia, Cecilia Sánchez, *La extradición de nacionales en Costa Rica*.
- 3 En junio de 2007, Costa Rica decide romper relaciones diplomáticas con Taiwán y establece relaciones con China.
- 4 A pesar de haberse aprobado en Costa Rica, el tratado no entró en vigor por falta de un número suficiente de ratificaciones. Al respecto, consultar el siguiente *link* de la Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-2.html>
- 5 Como se indicó anteriormente, desde el año 2007, Costa Rica y Taiwán rompieron relaciones diplomáticas.

RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS DE CONSUMO, LA EXPERIENCIA DE LA PLATAFORMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR

M. Sc. Marycruz Goñi Díaz¹
Marycruz_goni@live.com

Recibido 21/11/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

Este artículo pretende hacer un repaso por los principales mecanismos de resolución alterna de conflictos en materia de consumo que se aplican en la Plataforma de Atención al Consumidor ante controversias surgidas entre las personas consumidoras y las empresas comerciales o proveedoras, así como el análisis de su desarrollo y evolución.

Palabras clave: *Consumidor; resolución alterna de conflictos; mediación; mediación colectiva; mediación multipartes.*

ABSTRACT

This article aims to review the main mechanisms for alternative dispute resolution in consumer matters, which are applied in the Consumer Service Platform to disputes arising between consumers and commercial companies or suppliers, as well as the analysis of their development and evolution.

Keywords: *Consumer; alternate dispute resolution; mediation; collective mediation; multiparty mediation.*

SUMARIO *Breve reseña histórica 2. Sobre la plataforma de atención al consumidor (PACO) 3. mecanismos RAC aplicados en la plataforma de atención al consumidor 3.1 Negociación o facilitación a distancia 3.2 La mediación 3.3. La mediación colectiva 3.4 Modelo de Mediación Multipartes 4. Conclusión Referencias bibliográficas*

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Con la promulgación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N.º 7472, que entró en vigencia el 19 de enero de 1995, se dieron los primeros pasos de resolución alterna de conflictos de consumo en Costa Rica, pues dicha normativa establecía en su artículo 55, el deber de la Administración pública de convocar a una audiencia de conciliación, en todos aquellos casos donde se detectara un interés puramente patrimonial en las denuncias de las personas consumidoras.

De esta forma, se puso en marcha un incipiente sistema de resolución alterna de conflictos en materia de consumo, pues aún no se contaba con las condiciones profesionales y de infraestructura necesarias para la existencia de un Centro de Resolución Alterna de Conflictos propiamente dicho.

Este sistema obtiene un gran impulso con la promulgación de la Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley N.º 7727 del 14 de enero de 1998, pues se crea todo un cuerpo normativo que identifica sus principios básicos y respalda esta labor, por lo que poco a poco se inicia un proceso paulatino de fortalecimiento de la Dirección de Apoyo al Consumidor (en adelante DAC), específicamente de lo que era su “área de conciliación”, a través de capacitación y certificación de sus mediadores, la creación de bases de datos y registros de estadísticas, reordenamiento interno, mejora y adecuación de la infraestructura acorde con los principios de la resolución alterna de conflictos.

A partir de la promulgación de la Ley N.º 7727 (1998), el Ministerio de Justicia y Paz asumió la potestad de autorizar, controlar y fiscalizar el funcionamiento de las entidades y de los centros RAC. Para el cumplimiento de estos fines, en 1998 se crea el Programa de Casas de Justicia de la Dirección Nacional de Resolución de Conflictos (en adelante DINARAC), con el objeto

de fortalecer el acceso a la justicia de aquellos sectores de la población con menores recursos económicos, a través de la creación y puesta en marcha de centros de resolución de conflictos que ofrezcan servicios gratuitos de mediación a los y las habitantes del país.

Posteriormente en el 2002, se aprobó el contrato de préstamo con el BID, Ley N.º 8273, para la ejecución de la II etapa del Programa de Modernización de la Administración de Justicia, cuyo objetivo general era la consolidación de un sistema de justicia más equitativo y accesible que permitiera reducir el retraso y la congestión judicial.

Dicho Programa pretendió la promoción del uso de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos, dentro de muchos otros componente. Para ello se promovió la realización de talleres para el desarrollo de alianzas estratégicas con el sector privado, municipalidades, universidades y comunidades para la expansión y sostenibilidad del programa; la dotación de equipo de cómputo, mobiliario y suministros para las casas de justicia; la capacitación a mediadores y personal comunitario vinculado con los servicios que las casas de justicia prestan, incluida la sensibilización en temas relacionados con las poblaciones indígenas y los aspectos de género y no discriminación, etc.

Dentro de este marco de acción, la Dirección de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio solicitó a la DINARAC la creación de un Centro de Resolución Alterna de Conflictos, dentro del Programa de Casas de Justicia, destinada al conocimiento exclusivo de asuntos relativos a las relaciones entre personas consumidoras y comerciantes, utilizando para ello la infraestructura de la Plataforma de Atención al Consumidor que, desde la promulgación de la Ley N.º 7472 (1996), se había caracterizado por la difusión, promoción y aplicación de mecanismos de resolución alterna de conflictos, ante las controversias en materia de consumo, por disposición expresa del mencionado artículo 55 de dicha Ley.

Este proceso obtiene un gran impulso cuando el Ministerio de Economía, Industria y Comercio y el Ministerio de Justicia y Paz suscribieron, en el marco de la celebración del Día Internacional del Consumidor, el 15 de marzo de 2005, un Convenio de Cooperación Institucional y un Convenio Específico de Cooperación Interministerial, para el fortalecimiento del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, acordando cooperar para la efectiva creación e implementación de un Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, dentro del Programa Casas de Justicia del Ministerio de Justicia y Paz.

Este proceso culmina con la emisión de la resolución n.º 022-2005-DINARAC de las 08:00 horas del 31 de agosto de 2005, mediante la cual se autoriza el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo de la Dirección de Apoyo al Consumidor, dentro del Programa Casas de Justicia. El Centro estará orientado al conocimiento exclusivo de asuntos en materia de consumo, como sus competencias plasmadas lo disponen en la Ley N.º 7472 (1995).

2. SOBRE LA PLATAFORMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR (PACO)

La protección a las personas consumidoras en Costa Rica está contemplada expresamente en la Constitución Política (1949, reforma de 1996) de la siguiente manera:

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esas materias (Constitución Política de Costa Rica (1949, reforma de 1996, art. 46).

Incluso la protección especial de los derechos de las personas consumidoras ha sido expresamente

establecida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema Costa Rica, al reconocer su directa vinculación e incorporación en los principios constitucionales de protección a los sectores más amplios de la población, el derecho a la libre disposición del patrimonio, la protección de la salud, entre otros. Por tanto, podemos válidamente concluir que la protección de los derechos de las personas consumidoras tiene un rango constitucional en Costa Rica.

La Ley N.º 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (1995) acertadamente estructuró un marco legal que dejaba atrás el control ex-ante y la fijación de precios como herramientas para proteger los derechos de las personas consumidoras, pasando a un sistema de supervisión ex-post y a la imposición de control de precios solo para casos excepcionales.

El marco legal e institucional vigente consolidó las competencias de protección al sector consumidor en una sola entidad, denominada Dirección de Apoyo al Consumidor, ubicada en la estructura del Gobierno central dentro del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, cumpliendo el importante rol de fijar políticas institucionales para la labor de protección a las personas consumidoras y promover la creación y el fortalecimiento de asociaciones de personas consumidoras. Asimismo, se han dado gran énfasis a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos y al uso de diferentes vías de acceso remoto para la atención de consultas y acciones de orientación y educación al público consumidor y a los y las comerciantes, entre otros temas de interés.

La Dirección de Apoyo al Consumidor actualmente se encarga de proponer y ejecutar las políticas y acciones necesarias para la tutela de los intereses legítimos y la defensa efectiva de los derechos del sector consumidor, contemplados en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N.º 7472, 1995).

De hecho, el interés primordial de la Dirección de Apoyo al Consumidor ha sido fomentar una mejor cultura de consumo, a través de un proceso de formación y concienciación, dirigido tanto a las personas consumidoras como al sector comercial, ya que mediante el cumplimiento de la Ley y el respeto de los derechos y las obligaciones de las personas las consumidoras, se promueven mejores relaciones comerciales y una dinámica de mutuo beneficio para las partes involucradas.

Para estos efectos, la Dirección de Apoyo al Consumidor ha realizado diversos esfuerzos con el fin de promover un mayor conocimiento y la difusión de los derechos de las personas consumidoras, así como la resolución alternativa de conflictos, a través de la utilización del diálogo y el uso de la mediación como mecanismo efectivo para dirimir los conflictos de consumo, labor que recae sobre uno de sus departamentos denominado Plataforma de Atención al Consumidor.

La Plataforma de Atención al Consumidor (en adelante PACO) es uno de los departamentos funcionales de la DAC y está llamado a promover la utilización de mecanismos de resolución alterna, para aquellos conflictos de consumo que versen sobre asuntos puramente patrimoniales de naturaleza disponible. Además impulsa un cambio actitudinal en la sociedad costarricense, tendiente a la búsqueda de soluciones pacíficas a los problemas en todas sus formas.

Uno de sus objetivos específicos es impulsar la resolución de conflictos por la vía pacífica mediante la negociación a distancia y la conciliación, en procura de resolver de una forma más expedita las controversias de las personas consumidoras, así como proveerles de herramientas eficaces de asesoría, información y educación a través de su plataforma de servicios. También resulta de especial importancia atender y tramitar las denuncias presentadas por las personas consumidoras, dentro del procedimiento de conciliación.

Adicionalmente se promueve el fortalecimiento del movimiento de personas consumidoras mediante la aplicación del plan de seguimiento y el desarrollo de proyectos integrales, los cuales son implementados en forma conjunta con las fuerzas vivas de la comunidad y otras instituciones, con el fin de que dichas organizaciones mejoren y amplíen sus servicios.

Para desempeñar adecuadamente su trabajo y cumplir las metas y objetivos propuestos, PACO se divide en cinco subprocesos o ejes de acción específicos, los cuales desarrolla estrategias particulares en procura del cumplimiento de sus metas de trabajo, tal y como se muestra en la siguiente imagen.



3. ***MECANISMOS RAC APLICADOS EN LA PLATAFORMA DE ATENCIÓN AL CONSUMIDOR***

Cuando hablamos de Resolución Alterna de Conflictos (RAC), nos estamos refiriendo a la implementación de mecanismos que pretenden resolver las disputas entre las partes, como una alternativa a la violencia y al litigio, a través de sistemas distintos al jurisdiccional; es decir, pretenden dirimir los conflictos que surgen en la sociedad, sin necesidad de que las partes se sometan a un desgastador proceso administrativo o judicial.

Con el RAC, por lo tanto, se impulsa un cambio actitudinal en la sociedad tendiente a la búsqueda de soluciones pacíficas, a los problemas en todas sus formas.

Existen diversos tipos de mecanismos RAC, entre ellos: el arbitraje, el Ombudsman o defensor del pueblo, etc. Sin embargo, la negociación y la mediación constituyen uno de los principales y más destacados medios para dirimir conflictos.

Tal y como ya se indicó, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, Ley N.º 7472, establece la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) en materia de consumo (art. 55), cuya finalidad es responder de una manera más ágil y oportuna a las necesidades del público consumidor en el contexto social, económico y político.

Por su parte, la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley N.º 7727, en su artículo 2 dispone que *“Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”*. (El resaltado no es del original, (Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (1998) art. 2).

De igual forma encontramos el mismo principio rector en la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), sobre la Resolución de Controversias y Resarcimiento de los Consumidores del 12 de julio de 2007. Dicho principio establece:

RECONOCIENDO que las controversias de consumo requieren mecanismos específicos que proporcionen a los consumidores acceso a remedios que no impliquen un costo, atraso y carga desproporcionados en relación con el valor económico del asunto y que, al mismo tiempo, no generen cargas excesivas o desproporcionadas a la sociedad y las empresas. (OCDE, 2007, p. 6).

Así, la Plataforma de Atención al Consumidor ha desarrollado una serie de mecanismos RAC

aplicables a las controversias de consumo, cuya finalidad es la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias a las controversias entre personas consumidoras y comerciantes. Dentro de los mecanismos RAC más utilizados se hallan la negociación a distancia y la mediación, la cual a su vez posee tres subtipos: tradicional, multipartes y colectiva.

3.1 Negociación o facilitación a distancia

Se entiende por negociación aquel procedimiento mediante el cual se facilita el arreglo inmediato de las controversias patrimoniales, alegadas por las personas consumidoras. Con este mecanismo se promueve la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias, ante los conflictos surgidos a raíz de actos de consumo de bienes y servicios, utilizando mecanismos no tradicionales y que eviten mayores costos de representación, transporte y tiempo de espera para las personas consumidoras.

Para la Plataforma de Atención al Consumidor, la negociación o facilitación a distancia es un proceso de interacción comunicativa a través de un canal (que puede ser el teléfono o el correo electrónico) por el que dos o más partes interdependientes y con intereses diversos en uno o varios asuntos (comerciantes y consumidores) tratan de acercar posiciones mediante concesiones mutuas, hasta alcanzar un acuerdo satisfactorio con la participación de personas facilitadoras de la comunicación.

En PACO este servicio es atendido por un grupo de personas negociadoras de planta, las cuales son mediadoras certificadas y cuentan con capacitación especializada en técnicas de escucha y empatía, estrategias de negociación y de servicio, etc.

Tanto la negociación como la mediación pueden ser aplicadas a todas aquellas situaciones que, luego de una adecuada valoración, cumplan con el perfil para ser resueltas en esta vía: a este

filtro se le conoce técnicamente como criterios de admisibilidad y mediabilidad de casos.

Los requisitos de admisibilidad son aquellos que hacen referencia a los “presupuestos jurídico-procesales para que un asunto sea susceptible de negociación o mediación, y la disponibilidad de los derechos involucrados en el proceso”. (Escalante, 2001, p.8). Es decir, los requisitos de admisibilidad responden a limitaciones que la normativa legal ha impuesto a la mediación y están determinados dentro de la Ley N.º 7472 (1996) y en su Reglamento (2013), y son los siguientes:

- Que el asunto obedezca a intereses “puramente patrimoniales” (Ley N.º 7472 (1996), art. 55 y Decreto Ejecutivo n.º 37899-MEIC (2013), art. 150), es decir, que la pretensión de la persona consumidora sea de naturaleza patrimonial y disponible, quedando excluidos los asuntos en que se afecte un interés difuso o general.
- Que se cumplan los presupuestos técnicos de competencia, legitimación y caducidad.

Ahora bien, cuando se habla de requisitos de mediabilidad, se hace referencia a los “aspectos psico-sociales” para que un asunto sea mediable. La aplicación de estos criterios dependerá del “análisis que el neutral haga del caso y de la forma en que las partes se comunican”. (Escalante, 2001, p. 8).

Entendemos por criterios de mediabilidad:

- *La disponibilidad y voluntad de las partes* (Escalante, 2001, p. 8): Implica la libertad que cada parte ostenta para asistir al proceso y para la toma de decisiones sin presiones de ninguna índole.
- *La ausencia de violencia o agresión* (Escalante, 2001, p. 8): Este criterio tiene su razón de ser en la necesidad de no favorecer negociaciones en condiciones que no sean horizontales y en las que se cuestione la ausencia o vicio en la voluntad.

- *La ausencia de desbalance de poder* (Escalante, 2001, p. 8): Para que las partes puedan mediar, deben poder representar sus intereses sin la intervención de variables, sean económicas, técnicas, legales, emocionales, etc., que afecten su posición horizontal en la comunicación, ya que esa horizontalidad garantiza el libre despliegue de las habilidades negociadoras de las partes.

Una vez resuelto este filtro, si el asunto es admisible y mediable, la persona negociadora asignada en esta primera etapa se deberá comunicar, ya sea telefónicamente o por correo electrónico, con la otra parte denominada “comerciante o proveedora”, y deberán iniciar un proceso de negociación que tiene como norte la búsqueda de una solución rápida y pacífica al conflicto.

Durante este intercambio, el equipo negociador se esforzará por dar a conocer a las partes la importancia y beneficios que los mecanismos RAC brindan, estimulándolos a intentar la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias, con los consecuentes beneficios para ambas partes.

Si se logra el acuerdo, se levantará un acta de negociación con el detalle de la propuesta u ofrecimiento de negociación. Se registrará el original en el sistema de administración de casos digital, y las copias serán enviadas a las partes.

La negociación o facilitación a distancia posee ciertas características representativas, por ejemplo:

- Resulta conveniente para negociaciones no muy complejas y a corto plazo, donde el acuerdo y su materialización son casi inmediatas.
- Es una herramienta adecuada cuando la negociación gira en torno a una o pocas variables: precio, cumplimiento de una oferta, entrega de un producto, etc.

- La comunicación es “asincrónica” pues “los participantes pueden comunicarse entre sí, de forma comprensible sin estar conectados a internet al mismo tiempo”. (Alzate, 2011, p.56).

Entre los beneficios o ventajas que este sistema ofrece, se rescatan los siguientes:

- Ahorro en gastos de asistencia, representación y tiempo invertido en el proceso.
- Acerca los servicios de PACO a todo el país, lo cual resulta de especial importancia al tratarse de una oficina sin sucursales regionales.
- Como las partes no están presentes físicamente, se ven forzadas a concentrarse en el conflicto (se reducen hostilidades).
- Todas las partes están al mismo nivel, la posición social, el género, discapacidad y otros factores pierden importancia.
- Se limitan las presiones ambientales, temporales (las personas con menos poder se dejan intimidar menos).
- Les permite a las partes tomar tiempo para recuperarse de estados emocionales que pueden provocar escaladas del conflicto.
- Se cuenta con más tiempo para la negociación, presentación y análisis de propuestas
- Ha reducido el tiempo de espera del público consumidor, pues las negociaciones tardan en promedio ocho días desde la fecha de presentación, mientras que en el procedimiento tradicional, el plazo de espera es significativamente mayor.

A manera de ejemplo, durante el quinquenio 2012-2016, se lograron negociar con acuerdo cumplido 3169 casos, lo que corresponde a un beneficio patrimonial a favor del público consumidor de \$604.985.956,13, tal y como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Beneficio patrimonial en negociaciones a distancia²

Año	Negociaciones	Beneficio patrimonial
2012	529	134 230 966,17
2013	653	73 916 153,30
2014	520	53 939 700,73
2015	729	112 857 590,41
2016	738	230 041 545,52
Total	3169	604 985 956,13

3.2 La mediación

En cuanto al servicio de mediación, estamos ante un proceso a través del cual en un plazo razonable desde la interposición de la denuncia, ambas partes (personas consumidoras y comerciantes) se reúnen con una persona mediadora certificada que les brindará un espacio de comunicación para que, desde una perspectiva que trascienda el conflicto que se pretende resolver, busquen alternativas y opciones reales de solución al problema.

En la mediación se hace hincapié en la propia responsabilidad de los y las participantes, en la toma de los acuerdos. Por lo tanto, es un proceso que confiere la autoridad de la toma de decisiones sobre cada una de las partes y no sobre la persona mediadora. De ahí surgen el éxito del sistema y el aumento de casos que se atienden año con año, por cuanto se otorgan beneficios tanto al sector consumidor como al comercial.

Dentro de las características principales de la mediación en consumo aplicada en la Plataforma de Atención al Consumidor, destacamos las siguientes:

- Promueve el diálogo y la negociación como mecanismos prioritarios ante el surgimiento de diferencias entre la parte consumidora y la parte comerciante.
- Desarrolla e impulsa mecanismos más ágiles y oportunos para la resolución de conflictos.

- Es parte de la política de mejoramiento continuo institucional en la tramitación de denuncias en sede administrativa.
- Es confidencial, voluntaria y consensual.
- Menos costosa, más rápida.
- Genera espacios de modelaje comunicacional no adversarial.
- Se obtiene un mayor nivel de satisfacción en ambas partes.

Tomando como ejemplo el quinquenio 2012-2016, en el centro RAC de PACO, se lograron 5521 acuerdos a través de la mediación, de los cuales se obtuvo un beneficio patrimonial de \$2.130.615.302,02, tal y como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Casos resueltos por mediación por año³

Año	Mediaciones	Beneficio patrimonial
2012	1236	342 573 283,25
2013	1006	385 026 827,31
2014	1239	507 006 833,41
2015	1019	408 960 187,09
2016	1021	487 048 170,96
Total	5521	2 130 615 302,02

La mediación como procedimiento de resolución alterna de conflictos de consumo ha sido muy exitoso, al punto que en la actualidad la Plataforma de Atención al Consumidor ha evolucionado desarrollando variantes para la atención de casos colectivos y multipartes; lo cuales procederemos a analizar seguidamente.

3.3. La mediación colectiva

Durante los últimos dos años, la Plataforma de Atención al Consumidor ha desarrollado diferentes modelos de mediación, atendiendo al objetivo de brindar un mejor servicio a

las personas consumidoras, adecuado a las particularidades de las nuevas formas de consumo imperantes en el mercado y que, por ende, provocan controversias entre estas y las empresa comerciales con características especiales que deben atenderse.

Dicha labor se encuentra fundamentada en el artículo 33 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, mediante el cual se establecen las funciones del Poder Ejecutivo, en este caso, del Ministerio de Economía, Industria y Comercio a través de la Dirección de Apoyo al Consumidor, definiéndose como una de sus funciones esenciales la de “[...] *d) Garantizar el acceso a mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial, para defender los derechos y los intereses legítimos de los consumidores [...]*”. (Ley 7472 (1995), art. 33, el subrayado no es del original). Dentro de estos mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa, se ubica por excelencia la resolución alterna de conflictos.

Así en virtud de que empezaron a detectarse casos en los cuales existían múltiples personas consumidoras afectadas por un mismo hecho, y que generalmente mantenían una pretensión común contra un mismo proveedor, se estableció el modelo de mediación colectiva, el cual definimos como un proceso voluntario donde un equipo de neutrales asiste a las partes para llegar a un acuerdo de mediación colectiva.

Este tipo de casos no solo poseía condiciones particulares diferentes en su constitución misma (por ejemplo, un grupo de afectados de un concierto cancelado o de un club de ventas a plazo incumplido), sino también implicaba un cambio de paradigma en cuanto a la atención del proceso y la gestión de la mediación.

En términos generales, este tipo de procesos implicaba la gestión de un paso procesal previo, adicional a los existentes en la mediación tradicional. Denominamos este paso “*Creación del Caso Colectivo*”, y este se caracteriza por la emisión

de alertas al público mediante comunicados de prensa o coletillas informativas publicadas en redes sociales, con el fin de promover la inclusión de personas afectadas al caso colectivo; es decir, que la mayoría de personas afectadas por el incumplimiento masivo se acerquen a PACO para integrarse en el proceso.

Adicionalmente, este tipo de procesos es llevado a cabo por un equipo de neutrales que lo asiste y que debe ser capaz de desarrollar varias técnicas y nuevas estrategias de negociación, entre las cuales consideramos primordiales las siguientes:

Procurar la participación equitativa de las partes:

Esta estrategia es muy importante, pues en este tipo de procesos colectivos, existe la tendencia de que algunas partes intenten monopolizar la discusión, lo cual suele ser más complicado cuantas más partes involucradas tenga el caso.

Evitar llegar a acuerdos “de partes iguales”:

Dentro de los procesos de negociación colectivos, suele ocurrir la presión de llegar a acuerdos mediante la división en partes iguales. Esta tendencia genera muchos inconvenientes, pues *“la división en partes iguales puede ser igualitaria, pero no necesariamente equitativa y justa”*. (Armadans, 2011, p. 62).

Generar opciones para la solución de problemas:

Es necesario que el equipo de personas mediadoras utilice diferentes técnicas de creatividad para el proceso de negociación colectivo, las cuales les permita asimilar a las partes como un proceso grupal la posible solución del conflicto.

Mantener a las partes en la mesa de diálogo:

El equipo de personas mediadoras debe reforzar la atención de las partes y mantener abiertas las líneas de comunicación con diplomacia, el intercambio de información cuando corresponde y la reformulación de propuestas, de manera que todas las partes comprendan plenamente las cuestiones. Además, el equipo debe procurar que todas las partes estén presentes en la mesa

de negociación durante el proceso, pues *“cuando las partes abandonan el proceso temporalmente, es más que probable que puedan aparecer coaliciones que pudieran minar la bondad de los acuerdos alcanzados hasta ese momento”*. (Armadans, 2011, p. 62).

Elección del equipo mediador: En su caracterización, el equipo de personas mediadoras debe ofrecer experiencia y conocimiento especializado. Por esta razón, es aconsejable que el equipo de personas mediadoras esté compuesto por profesionales de experiencia en la institución.

En este sentido, en la Plataforma de Apoyo al Consumidor, durante el 2015 al 2017, se crearon 89 casos colectivos que involucraron a 322 personas consumidoras afectadas en diferentes temáticas, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:

Casos colectivos 2015-2017⁴

Como se puede observar en el gráfico anterior, los casos colectivos han experimentado un crecimiento notable desde el 2015, ya que la mayoría de las denuncias han obedecido incumplimiento de sistemas de ventas a plazo o de prestación futura de servicios; por ejemplo, paquetes turísticos, desarrollos inmobiliarios, servicios educativos, etc., los cuales por sus características son adecuados para este tipo de tratamiento colectivo.

3.4. Modelo de Mediación Multipartes

La Plataforma de Atención al Consumidor inició a partir del segundo semestre del 2012 un plan piloto denominado “Modelo de Mediación Multipartes” y, dado el éxito que representó, la Plataforma estableció un plan permanente de audiencias multipartes a partir del 2013. Entendemos que una mediación multipartes *“es aquella que se produce cuando un conjunto de tres o más individuos, o grupos, cada uno representando sus propios intereses, intentan resolver un conflicto”*. (Armadans, 2011, p. 60).

Este modelo es una variación de la mediación colectiva y se utiliza en aquellos casos en los que un proveedor cuenta con múltiples causas abiertas por el mismo tipo de bien o servicio objeto de la denuncia y la misma materia reclamada; pero las personas consumidoras no necesariamente poseen la misma pretensión en común.

La implementación de esta herramienta dentro de los procesos que se siguen en la Plataforma de Atención al Consumidor ha implicado el manejo de un nuevo modelo de negociación que se fundamenta en las estrategias básicas:

Valoración previa: Es necesario realizar una etapa previa de análisis y valoración de todas las causas abiertas contra una misma empresa comercial, y clasificar estas causas por tipo de caso, identificando el bien o servicio objeto de la denuncia, la marca y el modelo (cuando es factible) y la materia reclamada (garantía, publicidad engañosa, etc.).

División de etapas de la conciliación: Dentro de este modelo de mediación, se realizan de forma conjunta la etapa de la introducción y el compromiso de las partes con las reglas del proceso. Concluidas estas fases, se verifican individualmente las etapas de planteamiento de hechos, creación de opciones, negociación y toma de decisiones.

Sistematización de la información: El equipo mediador debe sistematizar toda la información de los casos; por ejemplo, a través de tablas de identificación de intereses y necesidades de cada parte, concesiones, posibilidades de solución, etc. La parte comerciante también se beneficia, pues junto con la invitación a la conciliación multiparte, se le incluye una copia de cada denuncia, a fin de que pueda prepararse adecuadamente para cada caso concreto.

Utilización de la comediación: A fin de contar con dos personas mediadoras para cada sesión de multipartes, lo cual permite dividir los roles

de los y las neutrales para apoyarse durante las sesiones conjuntas.

Posibilidad de llegar a acuerdos particulares: Debido a que las etapas de mediación se realizan individualmente, si una parte opta por llegar a un acuerdo particular sobre su interés en el proceso, este se formaliza individualmente y concluye el proceso para este caso en particular.

Cabe aclarar que las audiencias multipartes difieren de las audiencias colectivas, pues en las primeras únicamente se realiza de forma conjunta la etapa de la introducción y el compromiso de las partes con las reglas del proceso; esto a fin que asegurarse que todos los interesados reciban la misma información acerca del tipo de procedimiento que se va a realizar y sus características distintivas, la caracterización del rol del equipo mediador y su imparcialidad; así como las ventajas del procedimiento RAC y el valor del acuerdo conciliatorio. Se les explica también la diferencia entre proceso de mediación y el judicial, el principio de decisión informada de las partes y de voluntariedad, se caracteriza el rol de las partes y de los terceros y finalmente se explican con claridad las reglas del proceso (respeto mutuo, no interrupción, forma de comunicarse, confidencialidad, tiempo máximo de las sesiones individuales, etc) y se les solicita a todas las partes su compromiso con dichas reglas. Esta etapa conjunta es presidida por el equipo de mediadores a cargo, las partes no intervienen a fin de resguardar el principio de confidencialidad sobre los hechos individuales de cada parte.

Una vez concluidas estas fases, se procede a verificar las etapas de planteamiento de hechos, creación de opciones, negociación y toma de decisiones de forma individual con cada caso; es decir las reuniones se realizan de forma separada con cada persona consumidora afectada, lo cual permite trabajar hasta cinco casos por sesión.

Si bien el “Modelo de Mediación Multipartes”, se implementó en PACO como un proyecto piloto a fin de mejorar los tiempos de respuesta

hacia las personas consumidoras y favorecer la optimización de espacios en agendas de mediación, especialmente en aquellos casos de empresas comerciales o proveedores de alta incidencia de reclamos, y que por lo tanto poseen un alto nivel de expedientes en trámite. En la actualidad se ha convertido en un modelo de negociación permanente que ha permitido reducir hasta en 3 meses los tiempos de espera del público consumidor por un proceso RAC; y el nivel de acuerdos se ha mantenido por encima del promedio.

Como puede apreciarse en el siguiente gráfico, el número de mediaciones multipartes ha aumentado durante el último quinquenio (2012-2016), lo cual obedece al éxito del mecanismo y a la capacidad de reducir los tiempos de espera de las personas usuarias.

*Audiencias de Mediación Multipartes*⁵

4. Conclusión

A manera de conclusión cabe mencionar que gracias a la implementación de los diferentes mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos en la Plataforma de Atención al Consumidor, es posible brindar a las personas consumidoras del país espacios adecuados para la resolución de sus conflictos de consumo, utilizando herramientas que promueven el diálogo y la construcción de soluciones mutuamente satisfactorias.

Este es uno de los principales objetivos que procura cumplir PACO, pues cada día es más evidente la necesidad de nuestra sociedad, de contar con herramientas y estrategias adecuadas para enfrentar positivamente los conflictos que son consustanciales a la vida social. De ahí la importancia de contar con espacios que favorezcan el uso de medios alternos de solución de controversias, que contribuyan a mejorar la paz social y propicien la armónica convivencia.

En especial para aquellos sectores sociales que por su lejanía, condiciones económicas, discapacidad u otras razones, no tienen la oportunidad para resolver sus conflictos de consumo a través de algún mecanismo de justicia alternativa. Por el contrario, se ven obligados a utilizar los procedimientos jurisdiccionales tradicionales; o peor aún, en muchos casos no pueden ni siquiera acudir a esa vía, pues la cuantía de las pretensiones no resulta lo suficientemente alta para poder acceder a los procesos ordinarios.

Por lo tanto, la contribución de PACO resulta vital, pues permite que muchas más personas puedan favorecerse de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, sin tener que invertir grandes sumas de dinero con este fin; y además, potencia la aplicación de diferentes herramientas RAC para propiciar nuevas formas de resolver los conflictos, más pacíficas y satisfactorias, diferentes a los tradicionales procesos judiciales y administrativos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alzate, R. (2011). *Resolución de disputas en línea*. España: Fundación Universitaria Iberoamericana.

Alzate Sáez de Heredia, R. (2011). *Principios y procesos de resolución y transformación de conflictos*, España: Fundación Universitaria Iberoamericana.

Armadas, I., Vega, A., Sacristán, S. (2011). *Resolución y transformación de conflictos en el ámbito organizacional*. España: Fundación Universitaria Iberoamericana.

Decreto Ejecutivo n.º 32741-MEIC. (2005). *Código de Ética del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo*, San José: La Gaceta.

Decreto Ejecutivo n.º 32742-MEIC. (2005). *Manual de procedimientos del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo*. San José: La Gaceta.

Decreto Ejecutivo n.º 32743-MEIC. (2005). *Manual de Funcionamiento del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo*. San José: La Gaceta.

Decreto Ejecutivo n.º 37899-MEIC. (2013). *Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*. San José: la Gaceta.

Escalante Barboza, K. (2001). *Técnicas de conciliación II*. San José: Universidad Escuela Libre de Derecho. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). *Recomendación del Consejo sobre la Resolución de Disputas y Resarcimiento a Consumidores*. En: <http://www.oecd.org/mexico/40060255.pdf>, (consultada el 25 de octubre de 2017).

Ley N.º 7727. (1998). *Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*. San José: Editec Editores.

Ley N.º 7472. (1996). *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*. San José: MEIC.

Constitución Política de Costa Rica. (1992). San José: Ediciones SEINJUSA.

Notas al pie

- 1 Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Máster en Dirección Estratégica con énfasis en Resolución Alternativa de Conflictos y Mediación por la Universidad Internacional Iberoamericana (España), Mediadora Certificada autorizada por el Ministerio de Justicia y Paz. Jefa de la Plataforma de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y Directora del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos en materia de Consumo. Posee veinte años de experiencia en Derecho de Consumo, Resolución Alternativa de Conflictos, Mediación y Negociación de controversias comerciales.
- 2 Fuente: Sistema de Administración de Consultas y Reclamos de la Dirección de Apoyo al Consumidor, (2012-2016).
- 3 Fuente: Sistema de Administración de Consultas y Reclamos de la Dirección de Apoyo al Consumidor, (2012-2016).
- 4 Fuente: Sistema de Administración de Consultas y Reclamos de la Dirección de Apoyo al Consumidor, (2015-2017).
- 5 Fuente: Sistema de Administración de Consultas y Reclamos de la Dirección de Apoyo al Consumidor, (2012-2016).

LAS NOTIFICACIONES POR FAX Y EL INICIO DEL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS EN MATERIA PENAL

Lic. José Luis Campos Vargas¹
jcampos@batalla.com

Recibido 2/ 3/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

Este artículo estudiará la jurisprudencia relacionada con las notificaciones por fax y el inicio del cómputo de los plazos en materia penal, ya que los precedentes emanados de la Sala Tercera y algunos tribunales de apelación de sentencia se han inclinado por la aplicación del artículo 160 del Código Procesal Penal en vez del artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales. El autor considera que esta posición es contraria a las normas vigentes, por cuanto la Ley de Notificaciones Judiciales derogó tácitamente el artículo 160 del Código Procesal Penal.

Palabras clave: *Notificación de resoluciones judiciales, plazos, jurisprudencia, derecho procesal penal, legislación.*

ABSTRACT

This article will assess the legal precedents regarding service of process by fax and the commencement of the computation of time limits in criminal matters, because several rulings from the Third Chamber of the Supreme Court of Justice and some of the Courts of Appeal have declared that Section 160 of the Code of Criminal Procedure is applicable instead of Section 38 of the Law on Service of Process. The author sustains that this position is contrary to the provisions currently in effect, since the Law on Service of Process tacitly repealed Article 160 of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: *Service of process, time limits, Court precedents, criminal procedures, legislation.*

I- INTRODUCCIÓN

Un tema de debate recurrente dentro del foro jurídico costarricense es la aplicación –o inaplicación, según veremos– de las disposiciones de la Ley de Notificaciones en cuanto al inicio del cómputo de un plazo de una notificación por fax en un proceso penal.

Los criterios emanados tanto de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como de algunos tribunales de apelación de sentencia penal se han decantado por sostener la prevalencia del Código Procesal Penal por encima de la Ley de Notificaciones, y consecuentemente, por no computar los plazos a partir del día hábil siguiente a la notificación, sino a partir del día del envío de la comunicación por parte del órgano jurisdiccional actuante.

Esta tesis pudo tener en algún momento un respaldo normativo, pero desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Notificaciones en el 2009, resulta absolutamente insostenible, tal y como explicaré a lo largo de las siguientes líneas.

El tema que subyace en esta discusión es la utilización de métodos interpretativos de forma inadecuada, la cual tiene como resultado final una jurisprudencia *contra legem*.

II- ORIGEN DE LA DISCUSIÓN: LA LEY DE NOTIFICACIONES DE 1996 Y LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La Ley N.º 7637 de Notificaciones, Citaciones y Otras Formas de Comunicaciones Judiciales entró en vigencia el 4 de noviembre de 1996, cuando los procesos penales estaban regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1973.

En su artículo 6, dicha Ley de Notificaciones establecía en lo conducente lo que a continuación se transcribe:

ARTICULO 6.- Notificación por medio o lugar señalado

Las resoluciones no comprendidas en el artículo 2 se notificarán en el lugar señalado, en estrados o apartado, por fax o cualquier otra forma que permita la seguridad del acto de comunicación. [...]

Se autoriza a la Corte Suprema de Justicia para reglamentar la notificación en estrados y por cualquiera de estos medios y los que surjan en el futuro.

Con el propósito de dar cumplimiento a lo preceptuado en la Ley de Notificaciones, la Corte Plena publicó el Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales, el 11 de diciembre de 1996. En su artículo 3, el Reglamento disponía que “*las resoluciones se tendrán por notificadas el día hábil siguiente a aquél en que se hizo la transmisión*”.

Así el cómputo de un plazo debía empezar a correr al día hábil siguiente a la recepción de la notificación, a tenor de lo señalado en la norma.

No obstante, el 1 de enero de 1998, comenzó la vigencia del Código Procesal Penal y en su numeral 160 contiene una disposición específica tocante a las notificaciones por fax que presenta una antinomia en relación con el artículo 3 del Reglamento:

ARTÍCULO 160.- Forma especial de notificación

Cuando el interesado lo acepte expresamente, podrá notificársele por medio de carta certificada, facsímil o cualquier otro medio electrónico.

En este caso, el plazo correrá a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión. También podrá notificarse mediante otros sistemas autorizados por la Corte Suprema de Justicia, siempre que no causen indefensión.

Como vemos, a partir de 1998, surge la primera situación conflictiva entre la aplicación de dos normas que regulaban el mismo tema, la cual debía resolverse a favor de la prevalencia del Código Procesal Penal, por tratarse de una ley posterior en el tiempo, de rango superior y de carácter especial, en contraposición al Reglamento de Notificaciones por Fax emitido por la Corte Plena. Esta tesis fue respaldada por la jurisprudencia de casación penal en diversas resoluciones² y frente a esta no hubo mayor controversia en cuanto al inicio del conteo de los plazos desde el mismo día de una notificación recibida por fax o cualquier otro medio electrónico.

III- LA SIGUIENTE ETAPA: EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FRENTE A LA NUEVA LEY DE NOTIFICACIONES DEL 2009

El panorama que motiva la redacción de este artículo sumó un elemento más a partir del 2009, año de entrada en vigencia de la nueva Ley de Notificaciones Judiciales N.º 8687 del 29 de enero de 2009.

Los artículos 1 y 38 de esa ley son de relevancia para el tema:

*“Artículo 1.- Ámbito de aplicación.
Esta Ley regula lo referente a las notificaciones judiciales, para que, por medio de la centralización, se logre la especialización funcional y la adecuada división del trabajo administrativo. Su propósito es modernizar el servicio, dotándolo de mayor eficiencia. Esta normativa contiene disposiciones generales sobre notificaciones y será aplicable a todas las materias. Las situaciones que, por su particularidad, no queden reguladas en la presente Ley, se reservarán para la normativa respectiva. Siempre que no exista norma especial en contrario, esta Ley será aplicable a los procedimientos del Estado y sus instituciones, regulados por la Ley general de la Administración Pública.”*

*“Artículo 38.- Cómputo del plazo.
Cuando se señale un correo electrónico, fax o casillero, la persona quedará notificada al día “hábil” siguiente de la transmisión o del depósito respectivo. No obstante, todo plazo empieza a correr a partir del día siguiente hábil de la notificación a todas las partes”.*

Esta nueva Ley de Notificaciones no derogó de manera expresa el Reglamento de Notificaciones por Fax; pero sí lo hizo tácitamente, al contener regulaciones específicas sobre las comunicaciones judiciales transmitidas y recibidas por este medio.

Por ahora, debemos quedarnos con dos elementos que son claves en el entendimiento de las razones que indican que la jurisprudencia penal a partir del 2009 mantiene un criterio contrario a la normativa aplicable en materia de notificaciones:

- a) La Ley de Notificaciones de manera prístina señala que su ámbito de aplicación abarca todas las materias, por lo cual la jurisdicción penal no está excluida.
- b) Las personas quedarán notificadas al día hábil siguiente a la transmisión cuando el medio señalado sea un fax o un correo electrónico, con lo que se plasmó el contenido del Reglamento en una ley, dejando de lado el criterio del carácter de rango superior del Código.

A pesar de la literalidad de la norma, hubo resoluciones contradictorias entre el desaparecido Tribunal de Casación Penal de San José y la Sala Tercera, pues el primero se decantó por la eficacia de la nueva Ley de Notificaciones, en tanto que la segunda se mantuvo en la tesis inicial de la aplicación del artículo 160 del Código Procesal Penal por sobre estas disposiciones³.

Con el fin de ilustrar el punto, me permito transcribir dos resoluciones donde la discrepancia queda manifiesta:

En el voto 2009-579, de las 10:00 horas del 5 de junio de 2009, el tribunal razonó de esta manera:

II.- Ahora bien, lo que se debe analizar es a partir de cuándo ha (sic) entenderse que corren los [...] días de notificada la resolución que señala el artículo [...]. Esto así porque el artículo 160 del Código Procesal Penal dispone: “Forma especial de notificación. Cuando el interesado lo acepte expresamente, podrá notificársele por medio de [...] facsímil [...] En este caso, el plazo correrá a partir del envío de la comunicación [...]”

lo que ha de relacionarse con el numeral 167 del citado código que refiere “Los plazos [...] correrán [...] los plazos comunes, desde el día siguiente a la última notificación que se practique”. Ahora bien, este Tribunal de Casación había venido sosteniendo la tesis de que aquellas disposiciones eran no sólo especiales a la material penal sino posteriores a la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras comunicaciones judiciales N° 7637 pues si bien el Código Procesal Penal fue emitido mediante ley N° 7594 publicada en el Alcance N° 31 a La Gaceta N° 106 del 04 de junio y la referida normativa de notificaciones fue publicada en La Gaceta N° 211 del 04 de noviembre de 1996, aquel cuerpo legal entró en vigencia a partir del 01 de enero de 1998 (artículo 472) en tanto la Ley de Notificaciones entró en vigencia desde su publicación (pese a que el numeral 22 indicara que lo era desde el 01 de noviembre de 1996) por lo que predominaba el Código sobre la referida Ley en cuanto ésta regulara el tema. Asimismo se indicó que las disposiciones del Código eran de mayor rango que el Reglamento para el uso del fax como medio de notificación aprobado por Corte Plena en sesión # 27-96 del 11 de noviembre de 1996, artículo XII y publicado en el Boletín Judicial N° 238 de esa misma fecha, regulación ésta en la que se estipulaba que la notificación se tenía por

practicada un día después de efectuada la transmisión (artículo 3) y no el mismo día del envío como lo indicaba la norma legal. En tal sentido esta Cámara, con diversas integraciones, había venido indicando: “el Código Procesal Penal en el artículo 160 es expreso en indicar, que cuando se efectúe por fax la notificación el plazo correrá a partir del envío de la comunicación , de tal forma que si la notificación en el caso concreto se efectuó el 12 de agosto, el plazo de 3 días empezó a correr a partir del 16 de agosto y vencía el 18 de agosto y al haber sido presentado el recurso el 19 de agosto resultó extemporáneo. Por otra parte es de aplicación el Código Procesal Penal y no el reglamento de cita por cuanto, el primero tiene una norma especial que se refiere al caso concreto y lo especial prevalece sobre lo general, así mismo la norma de mayor rango se sobrepone a la de menor rango, en este caso la Ley impera sobre el reglamento puesto que el segundo siendo un reglamento no puede reformar la ley, de tal forma que encontrándose claro que en el caso en estudio es de aplicación el Código Procesal Penal, lo resuelto se encuentra apegado a derecho y resulta improcedente el planteamiento de la defensa” (Tribunal de Casación Penal, voto N° 954-2005; en similar sentido los votos de este Tribunal, con diversas integraciones, N° 1084-2003; N° 1637-2003; N° 316-2004; N° 801-2004; N° 1317-2004 y N° 848-2005, entre otros). Empero, lo que ahora debe considerarse es que tanto aquella Ley de Notificaciones N° 7637 (anterior al Código Procesal Penal) como el Reglamento de Notificaciones por Fax (de rango infralegal) fueron reformados y, en su lugar, se emitió la Ley de Notificaciones N° 8667 publicada en La Gaceta N° 20 del 29 de enero de 2009. Dicha ley, conforme lo establece el artículo 64, rige un mes después de su publicación, es decir, está vigente a partir del 28 de febrero de 2009 (desde que el mes de febrero de ese año no tiene

29 días y el cómputo mensual termina el último día del mes: artículo 15 párrafo segundo del Código Civil). En la citada normativa, el artículo 1 refiere: “Ámbito de aplicación. Esta Ley regula lo referente a las notificaciones judiciales, para que, por medio de la centralización, se logre la especialización funcional y la adecuada división del trabajo administrativo. Su propósito es modernizar el servicio, dotándolo de mayor eficiencia. Esta normativa contiene disposiciones generales sobre notificaciones y será aplicable a todas las materias. Las situaciones que, por su particularidad, no queden reguladas en la presente Ley, se reservarán para la normativa respectiva. Siempre que no exista norma especial en contrario, esta Ley será aplicable a los procedimientos del Estado y sus instituciones, regulados por la Ley general de la Administración Pública.” (el destacado es suplido). Aunque esa ley no reformó expresamente el artículo 160 del Código Procesal Penal (cfr.: artículo 62 de la referida normativa que no modifica las normas procesales penales sino de otros cuerpos legislativos), lo que debe determinarse es si implicó una reforma tácita a dicha norma pues el numeral 38 dispone: “Cómputo del plazo. Cuando se señale un correo electrónico, fax o casillero, la persona quedará notificada al día “hábil” siguiente de la transmisión o del depósito respectivo. No obstante, todo plazo empieza a correr a partir del día siguiente hábil de la notificación a todas las partes.” Es decir, esta disposición es similar a la antes contenida en el Reglamento de Notificaciones por Fax derogado. Si se aplica el Código Procesal Penal la resolución se tiene por notificada el mismo día de la transmisión por fax y el plazo corre al día hábil siguiente. Si se aplica la Ley de Notificaciones la notificación se tiene por efectuada el día hábil siguiente a la transmisión y sólo a partir del día hábil siguiente a esa

notificación correrá el plazo otorgado en la resolución o en la legislación para efectuar el acto a desplegar, lo que permite otorgarle a las partes al menos un día hábil adicional e, inclusive, varios días naturales para efectuar la gestión.

III.- Para definir el punto, como se dijo antes, no puede usarse ya ni el criterio del rango normativo (ambas disposiciones son leyes) ni el criterio de la norma posterior para privilegiar la aplicación del Código Procesal Penal. Estima esta Cámara que, inclusive, aplicando la norma posterior necesariamente hay que hacer uso de la Ley de Notificaciones y lo mismo cabe decir respecto al criterio de especialidad normativa desde que la Ley de Notificaciones regula, en forma específica, el tema de la comunicación entre las oficinas judiciales y los administrados, aspecto en el que resulta especial por sobre otras disposiciones que se comprenden en los códigos adjetivos. De igual manera la referida normativa es clara al indicar que se aplica a todas las materias. Por ello, en criterio de este Tribunal, el artículo 160 del Código Procesal Penal quedó tácitamente derogado por el referido numeral” (el subrayado es suplido). Ese criterio lo compartimos en este voto. Si en el presente caso la notificación por casilleros se hizo el 13, según la referida Ley de Notificaciones, el acto jurídico se tiene por practicado al día hábil siguiente al depósito, es decir el 14 de octubre y el plazo de cinco días para la adhesión corre a partir del 15 de octubre y vencía el 21 de octubre, fecha en que se presentó el memorial del Ministerio Público. Por ende, el recurso adhesivo es admisible [...]”⁴.

En sentido contrario, en el voto 2011-682 de las 9:58 horas del 3 de junio de 2011, la Sala de Casación Penal dispuso que:

III.-En efecto, el litigante parte del error de creer que en materia procesal penal rige la disposición reglamentaria que alude en

su favor, en cuanto a que las notificaciones hechas por fax se tienen como realizadas al día hábil siguiente. El tema ya fue planteado y resuelto por la jurisprudencia de esta Sala, refiriéndose a la entonces norma reglamentaria (que hoy tiene carácter de ley, como se verá adelante, pero sin que ello afecte el resultado), en el voto 1019, de las 8:35 horas del 9 de septiembre del 2005, cuando señaló: “Ahora bien, en cuanto al tema principal, cual es el del momento a partir del cual deben contarse los tres días hábiles dentro de los cuales puede gestionarse alguna adición o aclaración de un fallo, debe decirse que es cierto que el Reglamento para el uso de fax como medio de notificación en los despachos judiciales, dispone en su artículo 3 que las resoluciones judiciales se tendrán por notificadas el día hábil siguiente a aquel en que se hizo la transmisión. Pero resulta que ese Reglamento es, en primer lugar, una disposición emitida por Corte Plena, por lo que su rango normativo es inferior a la ley. Además, constituye una implementación de la Ley N° 7637, de notificaciones, citaciones y otras formas de comunicaciones judiciales. Esta ley de 1996 está referida al entonces vigente Código de Procedimientos Penales de 1973, que fue el reformado por la misma. El 1 de enero de 1998 entró en vigencia el Código Procesal Penal hoy vigente, el cual contiene una disposición expresa en materia de notificaciones por fax (artículo 160), la cual difiere de la incluida en el indicado Reglamento. El Código Procesal Penal, texto bajo cuya égida se tramitó la causa que aquí interesa, establece que los plazos corren a partir del envío de la comunicación. Por tratarse de una ley (que es de rango superior al indicado texto normativo emitido por Corte Plena) y por referirse de manera especial y expresa a las notificaciones por fax en el proceso penal, lo que rige esta materia es el artículo 160 del Código Procesal Penal y no el

Reglamento para el uso de fax como medio de notificación en los despachos judiciales”. La situación no cambió con la posterior emisión de la Ley de Notificaciones Judiciales (n° 8687), del 4 de diciembre del 2008, la cual recoge en su artículo 38 una norma similar a la del Reglamento comentado en dicha jurisprudencia. En ese numeral se establece que “Cuando se señale un correo electrónico, fax o casillero, la persona quedará notificada al día hábil siguiente de la transmisión o del depósito respectivo...” Sin embargo, a pesar de la novedad de esa ley respecto al Código Procesal Penal de 1996, es nuevamente visible que aquella se trata de una regla general, que no aplica a las materias regidas por normas específicas. De manera que, a pesar de que el nuevo rango de esa normativa se ubique en el plano de ley, y ya no de reglamento, aun así continúa siendo un precepto general, que no predomina sobre las reglas especiales del procedimiento penal. Precisamente, esa misma discusión fue sostenida a nivel de la Corte Plena, en la sesión número 06, del día 7 de marzo del 2011, en la que a gestión de un litigante, se aclaró cuál es el régimen de notificación que siguen las diversas áreas de la Administración de Justicia y, particularmente, de las Salas. Después de debatir el asunto, en el artículo XXV de dicha sesión, se tomó el acuerdo de que el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales (ley n° 8687), se aplica a la Sala Primera y Sala Segunda, de la Corte Suprema de Justicia, no así a la Sala Tercera, que, como ya se explicó arriba, se rige por una normativa especial (la procesal penal), la cual prevalece sobre la general contenida en la Ley de Notificaciones Judiciales. Por ende, si la notificación le fue hecha el 29 de abril del 2009, el plazo de cinco días empezó a correr el día 30. Luego vino el 1 de mayo y el fin de semana de los días 2 y 3. El plazo continuó corriendo por cuatro días más

el 4 de mayo, caducando el día 7, y no el 8, como lo alega el petente. Siendo así, la pretendida adhesión presentada el día 8 de mayo estaba fuera de término⁵.

En definitiva, como sucedió con muchos otros temas procesales y de fondo, las posiciones antagónicas entre el Tribunal de Casación y la Sala Tercera crearon líneas jurisprudenciales diferentes que regían dependiendo de la competencia de cada uno, con la desigualdad e inseguridad jurídica que ello implicaba, sin mencionar que, en alguna ocasión, la propia Sala sí aplicó el artículo 38 de la Ley de Notificaciones. Pero en relación con una notificación realizada por correo electrónico, la cual tiene los mismos efectos que una notificación por fax, según ese mismo artículo⁶.

Es criterio de quien escribe que el artículo 160 del Código Procesal Penal sufrió una derogatoria tácita una vez que se promulgó la Ley de Notificaciones en el 2009, tomando en cuenta lo dispuesto por el ordinal 8 del Código Civil⁷. Es por eso que la única norma aplicable es la Ley de Notificaciones Judiciales.

El artículo 160 resultó totalmente incompatible con la Ley de Notificaciones, con lo cual quedó abrogado por el nuevo texto legal. Debe recordarse que dicha ley, aparte de ser de más reciente promulgación, también presenta un marco que regula, en forma completa, las formas, requisitos y demás circunstancias propias de las notificaciones judiciales. Por este motivo, sustituyó las disposiciones sobre la materia que estuvieran en otras leyes, en lo que resultarían contrarias.

IV- EL CRITERIO DE LA CORTE PLENA

En varios extractos de la jurisprudencia analizada para esta investigación, se cita un acuerdo de la Corte Plena adoptado en la sesión número 06, del 7 de marzo de 2011:

en la que a gestión de un litigante, se aclaró cuál es el régimen de notificación que siguen las diversas áreas de la Administración de Justicia y, particularmente, de las Salas. Después de debatir el asunto, en el artículo XXV de dicha sesión, se tomó el acuerdo de que el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales (ley n° 8687), se aplica a la Sala Primera y Sala Segunda, de la Corte Suprema de Justicia, no así a la Sala Tercera, que, como ya se explicó arriba, se rige por una normativa especial (la procesal penal), la cual prevalece sobre la general contenida en la Ley de Notificaciones Judiciales⁸.

Analizado el contenido del acta de dicha sesión de Corte Plena, en ningún momento se encuentra lo que se indica en esas citas. Literalmente, lo que se consignó en el acta fue lo siguiente:

Luego de un intercambio de opiniones, se acordó: Informar al Dr. Rojas Franco y a todas las autoridades judiciales de la República, que el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales (N° 8687), ha sido aplicado por las Salas Primera y Segunda, siguiendo el supuesto que utiliza, conforme se indica a continuación: si la última notificación se hace a cualquier hora de un jueves, incluidas las horas de la noche, la parte se tiene por notificada el día hábil siguiente, a saber viernes, y el plazo para impugnar el respectivo pronunciamiento comienza a correr el lunes, o sea el día siguiente hábil a aquel en que se tuvo como efectuada la notificación⁹.

En ningún momento, la Corte Plena exoneró de la aplicación de la normativa especial de notificaciones a la Sala Tercera ni a ningún otro órgano perteneciente a la jurisdicción penal, ni tampoco se dieron explicaciones sobre la eficacia del artículo 160 del Código Procesal Penal en detrimento de la Ley de Notificaciones Judiciales.

Lo que se hizo fue una muy breve disquisición sobre cómo la Sala Primera y la Sala Segunda han interpretado el conteo de los plazos a partir de una notificación recibida por fax, sin dar ningún razonamiento al respecto en relación con la Sala Tercera y la Sala Constitucional.

De todas maneras, un único criterio de la Corte Plena, sea como sea que se entienda, no puede ser condicionante para la aplicación de una norma jurídica, y menos tener efectos vinculantes sobre el resto de los tribunales del país.

Hay que recordar que el artículo 9 del Código Civil identifica a la jurisprudencia como contribuyente para informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, no al resolver asuntos administrativos de gobierno y de reglamento propios de su competencia como órgano superior del Poder Judicial.

V- OTRO FACTOR MÁS EN LA ECUACIÓN: LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN DE SENTENCIA

A partir del 2012, el sistema penal costarricense integró otro participante más en las funciones jurisdiccionales. Los tribunales de apelación de sentencia entraron en el juego, en sustitución de los tribunales de casación, y dos de ellos en sus resoluciones se han decantado por la misma línea de la Sala Tercera, por lo que les cabe la misma crítica.

Así, en el voto 2014-934 de las 14:30 horas del 22 de mayo de 2014, del Tribunal de Apelación de Sentencia de San José, por mayoría, se respaldó la postura de la Sala de Casación. En esa ocasión, los jueces superiores razonaron de esta forma:

Esta Cámara comparte el criterio externado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre la vigencia del artículo 160 del Código Procesal Penal. Se ha establecido al respecto, que la notificación

realizada por facsímil o cualquier otro medio electrónico: “el plazo correrá a partir del envío de la comunicación, según lo acredite el correo o la oficina de transmisión [...] el Reglamento para el uso de fax como medio de notificación en los despachos judiciales, dispone en su artículo 3 que las resoluciones judiciales se tendrán por notificadas el día hábil siguiente a aquel en que se hizo la transmisión. Pero resulta que ese Reglamento es, en primer lugar, una disposición emitida por Corte Plena, por lo que su rango normativo es inferior a la ley. Además, constituye una implementación de la Ley N° 7637, de notificaciones, citaciones y otras formas de comunicaciones judiciales. Esta ley de 1996 está referida al entonces vigente Código de Procedimientos Penales de 1973, que fue el reformado por la misma. El 1 de enero de 1998 entró en vigencia el Código Procesal Penal hoy vigente, el cual contiene una disposición expresa en materia de 11 notificaciones por fax (artículo 160), la cual difiere de la incluida en el indicado Reglamento. El Código Procesal Penal, texto bajo cuya égida se tramitó la causa que aquí interesa, establece que los plazos corren a partir del envío de la comunicación. Por tratarse de una ley (que es de rango superior al indicado texto normativo emitido por Corte Plena) y por referirse de manera especial y expresa a las notificaciones por fax en el proceso penal, lo que rige esta materia es el artículo 160 del Código Procesal Penal y no el Reglamento para el uso de fax como medio de notificación en los despachos judiciales. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2005-1019, de las 8:35 horas, del 9 de septiembre del 2005). Asimismo, con posterioridad, se promulgó la Ley Número 8687 denominada Ley de Notificaciones Judiciales, vigente a partir del 1 de marzo de 2009, en la cual se otorga idéntico tratamiento a las notificaciones por medios

electrónicos. Se indica en la normativa dicha: Cuando se señale un correo electrónico, fax o casillero, la persona quedará notificada al día hábil siguiente de la transmisión o del depósito respectivo. Con respecto a esta nueva disposición, se ha venido entendiendo que, a pesar de tratarse de una ley posterior, resulta aplicable el Código Procesal Penal de 1996, por cuanto, la primera corresponde a una norma general, en tanto, el artículo 160 del Código Procesal Penal es específica. Así, se ha entendido que: a pesar de que el nuevo rango de esa normativa se ubique en el plano de ley, y ya no de reglamento, aun así continúa siendo un precepto general, que no predomina sobre las reglas especiales del procedimiento penal. Precisamente, esa misma discusión fue sostenida a nivel de la Corte Plena, en la sesión número 06, del día 7 de marzo del 2011, en la que a gestión de un litigante, se aclaró cuál es el régimen de notificación que siguen las diversas áreas de la Administración de Justicia y, particularmente, de las Salas. Después de debatir el asunto, en el artículo XXV de dicha sesión, se tomó el acuerdo de que el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales (ley n° 8687), se aplica a la Sala Primera y Sala Segunda, de la Corte Suprema de Justicia, no así a la Sala Tercera, que, como ya se explicó arriba, se rige por una normativa especial (la procesal penal), la cual prevalece sobre la general contenida en la Ley de Notificaciones Judiciales (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2011-682, a las 9:58 horas, del 3 de junio del 2011)...” (Ver Sala Tercera de la Corte Suprema, voto 613-2013, de las quince horas y tres minutos, del cuatro de junio del dos mil trece). Conforme señala la parte recurrente, fue notificada el 12 de marzo del 2010, sobre la audiencia del artículo 300 del Código Procesal Penal. De ahí que conforme al artículo 160 del Código Procesal Penal, el plazo de los tres días,

empezó a correr el 15 de marzo y venció el 17 de ese mes. Los siguientes diez días vencieron el 7 de abril de 2010. La querrela y acción civil fueron presentadas el 08 de abril de 2010, lo que implica que fue en forma extemporánea. De acuerdo con lo expuesto la decisión del a quo se ajusta a la interpretación que ha realizado el Máximo Tribunal Penal del país, con argumentos que se comparten por esta Cámara, razón por la cual se declara sin lugar el recurso de apelación de sentencia penal¹⁰.

En cuanto a los otros tres tribunales de apelación de sentencia, los casos de Cartago¹¹ y el de Guanacaste son llamativos¹², los cuales han sostenido una posición a favor de la Ley de Notificaciones¹³ por encima del Código Procesal Penal; pero el de San Ramón ha sido del criterio opuesto¹⁴.

En adición a los argumentos ya esgrimidos en otros apartados, solo queda manifestar que insistir en el artículo 160 del Código Procesal Penal como norma reguladora de las notificaciones por fax y del inicio del conteo de los plazos, no solo representa una aplicación *contra legem*, sino que también vulnera la regla interpretativa del artículo 2 de dicho Código, por quitarles un día hábil a las partes para solicitar aclaración o adición de una resolución judicial, o como sucede más frecuentemente, para impugnar un pronunciamiento desfavorable.

En virtud de esta disparidad de criterios, le corresponde a la Sala Tercera la labor de unificador de la jurisprudencia, siguiendo el precepto del artículo 468, inciso a) del Código Procesal Penal. Parece que este terminará siendo el mecanismo para interpretar el ordenamiento jurídico penal de manera coherente y sin contradicciones, pues no es posible que dos normas antinómicas sigan surtiendo efectos dependiendo de la jurisdicción territorial donde se tramite el proceso.

La actual integración de la Sala de Casación Penal mantiene el criterio de aplicar el Código Procesal

Penal en vez de la Ley de Notificaciones. Pero al menos podemos decir que se ha ido consolidando una única posición¹⁵, que si bien considero equivocada, por las explicaciones ya dadas, será la que se tendrá como jurisprudencialmente válida al fin y al cabo, por mandato de ley.

VI- CONCLUSIONES

A partir del estudio de las dos tesis discrepantes, se pueden desprender conclusiones sobre las cuales se puede encauzar la discusión:

- a) El Código Procesal Penal no es una norma especial en relación con la Ley de Notificaciones Judiciales en el tema de las notificaciones por fax, puesto que esta última no solo es posterior, sino también regula todo lo referente a comunicaciones procesales. El criterio de especialidad más bien rige para la Ley de Notificaciones.
- b) Tomando en cuenta lo indicado en el artículo 8 del Código Civil, el artículo 160 del Código Procesal Penal fue derogado tácitamente por el artículo 38 de la Ley de Notificaciones, por lo que no es posible seguirlo aplicando.

- c) La aplicación del artículo 160 del Código Procesal Penal a las notificaciones por fax también vulnera la regla de interpretación restrictiva del artículo 2 del Código Procesal Penal, en tanto limita el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso, como sucede con el caso de las impugnaciones de las resoluciones, al conceder un menor plazo.

- d) La jurisprudencia de casación ha ido unificando los criterios imperantes en cuanto al tema de las notificaciones y el conteo de los plazos; pero en respaldo de la aplicación del artículo 160, situación que considero que es contraria a derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996.

Ley de Notificaciones Judiciales N.º 8687 del 29 de enero de 2009

Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales Número 1496 de 2 de diciembre de 1996.

Notas al pie

- 1 - Abogado litigante. Director del Área de Derecho Penal de la firma Batalla Salto Luna. Es miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (miembro de la junta directiva en diferentes períodos), de la Comisión Anticorrupción del Capítulo de Costa Rica de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Bachillerato (con honores) en Periodismo por la Universidad de San Judas Tadeo (1996). Licenciatura (con honores) en Derecho por la Universidad La Salle (2000). Especialista en Criminología por la Universidad de Salamanca (2001). Candidato para Doctorado en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.
- 2 Por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Casación Penal de San José, números 2002-873 de las 9:20 horas del 24 de octubre de 2002; 2003-1037 de las 12:19 horas del 16 de octubre de 2003; 698-2005 de las 15:15 horas del 26 de julio de 2005 y 2006-26 de las 10:42 horas del 26 de enero de 2006, y por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, número 2005-1019 de las 8:35 horas del 9 de septiembre de 2005 y 2007-258 de las 8:46 horas del 21 de marzo de 2007.
- 3 Conviene resaltar, sin embargo, dos votos salvados del magistrado suplente Jorge Desanti Henderson contenidos en las sentencias 2013-809 de las 11:32 horas del 21 de junio de 2013 y 2015-679 de las 9:11 horas del 27 de mayo de 2015 que arrojan la tesis de la prevalencia de la Ley de Notificaciones.
- 4 En el mismo sentido, véase el voto 2011-350, de las 10:45 horas del 23 de marzo de 2011.
- 5 En el mismo sentido, véase la resolución 2012-01142 de las 10:48 horas del 10 de agosto de 2012.
- 6 Efectivamente, en el voto 2010-584 de las 9:28 horas del 4 de junio de 2010, los magistrados de casación expusieron lo siguiente: *“El recurso de revocatoria debe acogerse. El numeral 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales, establece: “Cuando se señale un correo electrónico, fax o casillero, la persona quedará notificada al día “hábil” siguiente de la transmisión o del depósito respectivo.” En aplicación de la norma referida, la notificación se tiene por efectuada el día hábil siguiente a la transmisión, por lo que sólo a partir del día hábil siguiente a esa notificación, correrá el plazo otorgado en la resolución o en la legislación para efectuar el acto a desplegar, lo que permite otorgarle a las partes al menos un día hábil adicional. En el presente caso, mediante resolución de las trece horas con cincuenta y dos minutos del 27 de enero del presente año, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, emplaza a las partes, concediéndoles el plazo de cinco días, conforme al artículo 461 del Código Procesal Penal. Dicha resolución le fue notificada vía fax al licenciado Jacobo Zelaya el 27 de enero, según la constancia visible a folio 1071, en otras palabras, le fue “trasmitida” ese día, por lo que el término empieza a correr el día hábil siguiente de ese día como establece la ley, o sea, el día 29, por lo que, en consecuencia, el término para formular adhesiones, venció el día 4 de febrero de 2010. Habiendo presentado la parte querellante el libelo de impugnación en esa fecha, debe admitirse su gestión, declarando con lugar el recurso de revocatoria formulado”.*
- 7 Según esta norma, *“las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.*
- 8 Véase el voto 2011-682 de las 9:58 horas del 3 de junio de 2011 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ya citado.
- 9 - Acta de Corte Plena, número 006-2011 del 7 de marzo de 2011, artículo XXV.
- 10 En el voto de mayoría, el juez Salazar Murillo agregó un motivo para la aplicación del Código Procesal Penal que resulta bastante llamativo, pero no por ello correcto: *“Luego de una lectura completa de la ley 8687, se logra determinar, que la misma no parece considerar que en el proceso penal tiene un elemento muy particular, cual es que*

existen personas detenidas y que cuando se trata de la libertad deben regir plazos en días naturales en algunos casos, todo en protección de la agilidad del proceso y de las garantías mismas que tutelan la libertad del sometido proceso. Nótese que el Código Procesal Penal en el artículo 160 establece una regulación general de las notificaciones y en los artículos siguientes regula los plazos, pero concretamente en el artículo 168 regula el tema de los plazos en protección de la libertad del imputado, excepcionando las reglas generales e indicando que en esos casos corren los plazos en días naturales. De lo anterior concluyo, que el Código Procesal Penal no obstante ser anterior a la Ley de Notificaciones, contiene regulaciones especiales y particulares, en tutela de la libertad, que por su naturaleza y fines le hacen prevalecer sobre la ley de notificaciones y que en consecuencia, deben ser de aplicación primaria para el proceso penal. Por esas razones estimo, que no obstante que la Ley de Notificaciones es posterior y pretende regular en forma general las comunicaciones y los plazos, el Código Procesal Penal mantiene cuestiones particulares y especiales en tutela de la libertad de los administrados y por ello prevalece sobre la primera. En ese tanto me uno al voto de mayoría, con lo ahí señalado y las razones señaladas. Esto tiene como consecuencia que el recurso planteado debe ser declarado sin lugar”.

- 11 Las sentencias del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, Sección Primera, número 2012-457 de las 14:25 horas del 11 de septiembre de 2012 y 2015-244 de las 15:25 horas del 21 de abril de 2015.
- 12 - Véase el voto 2014-85 del Tribunal de Apelación de Sentencia de Guanacaste de las 10:25 horas del 25 de abril de 2014.
- 13 No obstante, recientemente se dio un pronunciamiento contrario a la línea que venía siguiendo la Cámara de Apelaciones guanacasteca tal y como lo demuestra la sentencia 2016-1 de las 10:11 horas del 5 de enero de 2016.
- 14 - Las resoluciones del Tribunal de Apelación de Sentencia del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sección Tercera, números 2015-345 de las 13:25 horas del 2 de junio de 2015 y 2016-247 de las 11:45 horas del 11 de marzo de 2016.
- 15 - Véase el voto 915-2013 de las 11:17 horas del 12 de julio de 2013 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En dicha resolución, se indicó que: *“Recordándose, para efectos de evitar futuras confusiones, que el criterio seguido por esta Cámara de Casación, en reiteradísima jurisprudencia, en cuanto al cómputo del plazo de casación en materia penal, es aquel que se deriva de la interpretación de los artículos 1 y 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales No.8686, en concordancia con los numerales 160 y 167 del Código Procesal Penal, es decir, el que señala que el cómputo del plazo en materia penal, opera a partir del día hábil siguiente de comunicada la resolución, sin importar el medio de notificación utilizado (Ver en igual sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 2011-0682, de las nueve horas cincuenta y ocho minutos del tres de junio de dos mil once; 2012-01142 de las diez horas cuarenta y ocho minutos de diez de agosto de dos mil doce; 2012-0156 de las diez horas y veinticuatro minutos del cinco de octubre del dos mil doce; 2013-000014 de las nueve horas y diez minutos del dieciocho de enero del dos mil trece; 2013-00290 de las catorce horas y treinta minutos del veintisiete de febrero del dos mil trece; 2013-000371, de las once horas y cincuenta y seis minutos de marzo del dos mil trece; 2013-00398 de las nueve horas cincuenta y cuatro minutos del veintidós de marzo del dos mil trece; 463-2013, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del veintiséis de abril del dos mil trece y recientemente el voto 2013-1554, del treinta de enero de dos mil trece de la Sala Constitucional que reconoce la potestad del legislador y del juez para determinar y aplicar lo que corresponda en esta materia). En efecto, conforme al numeral primero de la Ley de Notificaciones Judiciales vigente, al existir norma expresa para la materia penal contemplada en el artículo 160 en forma general para el caso de las notificaciones electrónicas y en el numeral 167, que es una norma específica para el conteo de plazos en todo tipo de notificaciones, para efectos de no hacer diferencias contrarias al principio de igualdad (Artículo 2 del Código Procesal Penal y 33 de la Constitución Política), lo que corresponde es señalar, como lo ha venido haciendo la jurisprudencia de esta Sala, que en materia penal ordinaria, los plazos de casación empiezan a correr a partir del día siguiente hábil a la notificación y no como lo establece el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales”.* En el mismo sentido, pueden verse igualmente los votos 2014-1278 de las 9:12 horas del 1 de agosto de 2014 y 2015-679 de las 9:11 horas del 27 de mayo de 2015.

DENOMINACIÓN SOCIAL: EL NOMBRE DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO LÍMITE LEGAL, SU DISTINCIÓN DE LA RAZÓN SOCIAL, DE LA MARCA Y EL NOMBRE COMERCIAL

PARTE II

Lic. Alina Guadamuz Flores¹
alinaguadamuz@gmail.com

Recibido 20/9/2017 aceptado 14/4/2018

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo distinguir a la “denominación social” de los conceptos de “marca” y “nombre comercial”, así como demostrar que diversas directrices han establecido la forma en cómo las sociedades anónimas pueden ser denominadas. Sin embargo, esas órdenes gubernamentales no necesariamente están conforme a derecho. Se concluye que, al elaborar la normativa jurídica del país, la jerarquía normativa del derecho debe estar presente para evitar contradicciones entre las diferentes regulaciones gubernamentales. Además, se ha logrado conceptualizar a la “denominación social” como el nombre oficial para las sociedades anónimas; a la “marca”, como la distinción de bienes y/o servicios y al “nombre comercial”, como el lugar donde se lleva a cabo la actividad mercantil, todos, conceptos legales distintos.

Palabras clave: denominación social/jerarquía normativa/marca/nombre comercial.

ABSTRACT

This research aims to distinguish the “corporate name” or “company name” from the concepts of “trademark” and “trade name” and to demonstrate that various guidelines have established how stock companies can be called; however, such government orders are not necessarily compliant with the law. It is concluded that, when drafting the country’s legal provisions, the hierarchy of laws must be present in order to avoid contradictions between the different government regulations; in addition, it has been possible to conceptualize the “corporate name” or “company name” as the official name for stock companies; the “trademark” as the distinction of goods and/or services, and the “trade name” as the place where the commercial activity is carried out, all of which are different legal concepts.

Keywords: Company name-corporate name/hierarchy of laws/trademark/trade name.

Introducción

Los términos “denominación social”, “marca” y “nombre comercial” deben diferenciarse con claridad porque distinguen a la persona comerciante e influyen, directamente, en su actividad mercantil: ganancias económicas, clientela y responsabilidad legal.

En la Parte I de este trabajo, se explicó la figura de la “denominación social” diferenciándola de la “razón social”, ahora esa distinción se hará respecto de la “marca” y del “nombre comercial”, debido a la importancia que tienen estos distintivos que constituyen un derecho incorporal de la persona mercante, resguardados por el ordenamiento jurídico. La doctrina española señala:

los comerciantes hace tiempo reclamaron el título de propietarios; esto es, reivindicaron, a título de propiedad, el reconocimiento y defensa de un patrimonio mercantil de explotación formado por bienes inmateriales y riquezas mobiliarias que, aun atomizadas en la regulación de su goce y transmisión, se integran en la organización unitaria que, cabalmente, es el establecimiento mercantil o empresa: propiedad industrial, propiedad intelectual y (...) propiedad comercial.

...

De este modo, el comercio se desliga de la actividad personal y directa del comerciante para ligarse al establecimiento que este dirige, que se convierte así en “centro de imputación”, tanto de la actividad, créditos y deudas, como de los diversos títulos dominicales conferidos al comerciante, entre los que, obviamente, se encuentran los signos constitutivos de la propiedad industrial (marcas, nombres comerciales, rótulos), a través de los cuales se trata de lograr la atracción y captación de la clientela.”²

Con el Decreto Ejecutivo 33171-J, se sugiere una nueva forma de denominación social para las sociedades de capital. No obstante, la Directriz

D.R.P.J. 006-2011, indica que al optarse por este tipo de denominación, no hará falta publicación por edicto, lo que contradice a la ley, por ello, se referencia a la jerarquía normativa y el respeto que debe permanecer respecto a ella, para mantener y fortalecer el sistema de jurídico del país.

Marca

La doctrina nacional establece el concepto de marca de la siguiente forma:

[...]cualquier signo que se utilice para distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros. Los fabricantes, los comerciantes y los empresarios en general, identifican sus productos, mercancías o servicios con determinadas marcas y mediante el empleo de ellas logran el propósito de adquirir, mantener y aumentar una clientela que, impulsada por la calidad, la fama o la propaganda, adquirirá los productos o buscará servicios ofrecidos. Esto hace que la marca, en muchos casos, llegue a adquirir un elevado valor económico³.

La Marca es un tema vasto en el que no se ahondará aquí, pero es pertinente señalar que no incluye sólo la palabra en cuestión, sino también su caligrafía, color, gráficos e incluso, sonidos que le acompañen, distinguiendo así a la persona comerciante.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI,⁴ existen signos visibles y no visibles de marcas. De forma somera mencionaremos el contenido de estas dos clasificaciones.

Dentro de los signos visibles se encuentran:

1. Marcas tridimensionales (ver el caso N^o A3/2016/0539, del 17 de mayo de 2017, de la Corte Real de Justicia de Reino Unido, Nestlé vs Cadbury, respecto de la forma del chocolate Kit Kat);
2. Marcas de color;
3. Hologramas;
4. Lemas publicitarios;
5. Títulos de películas y de libros;
- 6.

Signos animados o de multimedia; 7. Marcas de posición y 8. Marcas gestuales.

Dentro de los signos no visibles existentes están: 1. Marcas sonoras (sonidos que pueden ser o no, musicales. Tiende a acompañarse de marcas verbales o figurativas. Puede representarse gráficamente, mediante notación musical o describirse con palabras. Deben indicarse las características del sonido o su diagrama de frecuencias); 2. Marcas olfativas (consiste en aromas, olores y fragancias. Su constancia se puede llevar a cabo mediante una fórmula química, una descripción publicada, un depósito o la combinación de estos procedimientos que son alternativos a la reproducción, sin embargo estas opciones encuentran obstáculos a la hora de describirla, ya que carecen de concreción, objetividad, claridad y estabilidad, entre otras razones); 3. Marca gustativa (se describe su sabor de manera clara y detallada, sin embargo, se le achaca la falta de objetividad y de constancia, que puede hacer que el sabor llegue a variar) y 4. Marcas de textura o táctiles (la superficie del producto puede dar lugar a su reconocimiento; su representación gráfica se hace mediante impresión en relieve, siguiendo el procedimiento de escritura del sistema *braille*).

En la obra “Curso de Derecho Mercantil” se explican los tipos de marcas que existentes, específicamente, las de fábrica, de comercio y de servicios:

“Marcas de Fábrica, de Comercio y de Servicios

... El artículo 9 del “Convenio Centroamericano”, por ejemplo, se expresa en la siguiente forma:

“Marcas industriales o de fábrica son las que distinguen las mercancías producidas o elaboradas por una determinada empresa fabril o industrial.

Marcas de comercio son las que distinguen las mercancías que expende o distribuye una empresa mercantil, no importa quién sea su productor.

Marcas de servicio son las que distinguen las actividades que realizan las empresas dedicadas a dar satisfacción a necesidades generales, por medios distintos de la manufactura, expendio o distribución de mercancías⁵.

Los tribunales de Costa Rica, en el voto n.º 552-2008 del Tribunal Primero Civil, han definido el concepto jurídico de marca de la siguiente manera: “[e]n esencia, lo que constituye propiamente la marca, consiste en la unión entre signo y el producto cuyo origen empresarial presupone precisamente que su titular -empresa- se encuentre inmersa en el mercado de manera activa y permanente -agente económico-”. La OMPI ha señalado los motivos por los cuales puede denegarse una marca: “la carencia de carácter distintivo, el hecho de que el signo esté constituido exclusivamente por indicaciones descriptivas, o que haya adquirido carácter genérico. También puede denegarse la protección de signos que sean contrarios a la moral o el orden público, o cuya naturaleza sea engañosa”⁶, esto de conformidad con el artículo 6 quinquies del Convenio de París.

La Ley de Marcas y otros signos distintivos de Costa Rica, del 22 de diciembre de 1999, define el concepto de Marca en su artículo 2º, como: “[c]ualquier signo o combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse estos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se apliquen frente a los de su misma especie o clase.”. Así, la definición de marca comercial es el nombre claramente identificado, referente a los productos suministrados o a los servicios brindados, por una persona comerciante específica.

El Registro Nacional de Costa Rica es el encargado de regular las marcas en el país y señala que existen marcas por la función del signo (de fábrica, comercio, servicio, colectiva y de certificación) y por la forma del signo (denominativa, figurativa, mixta, tridimensional y sonora)⁷. Para proteger legalmente a la marca o al nombre comercial, los tribunales costarricenses han señalado que debe

darse una serie de características que haga a esas nociones jurídicas, merecedoras de tutela legal.

El voto 552-2008 del Tribunal Primero Civil hace referencia a estas características, dándole más relevancia a la figura de la marca:

la marca para ser considerada usada debe tener presencia física en el mercado. Se debe evitar un uso aparente de la marca que carezca de relevancia económica. Lo determinante será juzgar en el caso concreto si del acto de uso se desprende que la marca está sirviendo efectivamente para distinguir los productos o servicios de su titular de los de sus competidores. Por ello se requiere que la marca haya sido usada en función marcaria (y no como nombre comercial o razón social) y que exista cierta proximidad física entre la marca y el producto marcado. El uso de la marca tiene que ser público y externo, es decir que la marca tenga presencia en el mercado, para que el consumidor pueda conocer la marca y asociarla como una oferta de productos y servicios en el mercado... Para acreditar el uso, en consecuencia, no se deberá probar en el instante en el cual tiene lugar, sino la continuidad del mismo en el tiempo. No bastan para su acreditación los hechos preparatorios o el mero uso publicitario. La marca debe haber sido impuesta en el producto o en el envase del mismo y el producto debe haber sido comercializado entre los consumidores. No bastaría entonces una intensa campaña publicitaria que permita que la marca sea conocida inmediatamente por el público. En síntesis, factor de protección de la marca o nombre comercial requiere de penetración del mercado y persistencia durante un período prolongado a través de un uso que ha de ser realizado "en función marcaria", esto es, haciendo saber al consumidor que mediante ese signo se distinguen en el comercio productos o servicios de una empresa de las demás oferentes en el

mercado. Quedarían entonces fuera del uso requerido el utilizado para identificar una razón social, una designación y el uso meramente descriptivo de una actividad.

Nombre comercial

Corresponde al establecimiento mercantil donde se lleva a cabo la actividad comercial. La doctrina costarricense explica cómo una persona física, puede usar su propio nombre, como uno comercial:

"... un comerciante llamado "Juan Fernández" puede usar este nombre, como nombre comercial, en las siguientes diversas operaciones:

- a) Obtención de una patente, municipal para abrir y operar un negocio bajo el nombre de "Almacén Juan Fernández" el cual aparecerá ostensiblemente como rótulo en el establecimiento y en la papelería impresa.*
- b) Formación subsiguiente de una sociedad en nombre colectivo como su hermano Julio Fernández, bajo la razón social "Juan Fernández y Cía."*
- c) Suscripción de los documentos relativos al giro del negocio, tales como facturas, cheques, pedido, recibos, etc., bajo la firma "Juan Fernández", utilizada personalmente, o "Juan Fernández y Cía.", a nombre de la sociedad.*
- d) Venta de productos con la marca "Juan Fernández". Por ejemplo, café molido vendido al público en envases especiales distinguidos con esa marca⁸.*

La función del nombre comercial es atraer clientela a la persona comerciante, dar seguridad jurídica a terceras personas y garantizarse estabilidad para la misma persona mercante; puede influir fuertemente en las relaciones con la clientela ya que un buen servicio genera buena fama y se podría a formar un derecho a la clientela o derecho de llave⁹, parte esencial del establecimiento.

Asimismo, el nombre comercial le facilita obtener crédito con los bancos y los y las proveedores. Al igual que la marca y la denominación social, se encuentra regulado en la legislación costarricense y tal regulación se hace porque la persona titular del nombre comercial, debe ser protegida de la competencia desleal, evitando que otra persona lo use perjudicando a la titular legítima, respecto de sus compradores. A su vez, esa regulación controla su transmisión para que la nueva persona titular pueda, conforme a la ley, beneficiarse del nombre comercial que ha adquirido.

La expresión “nombre comercial” la podemos encontrar definida en la Ley de Marcas y otros signos distintivos, en el artículo 2, como el: “*signo denominativo o mixto que identifica y distingue una empresa o un establecimiento comercial determinado.*” El Título VII, de la Ley N.º 7978, sobre nombres comerciales y emblemas, indica en su Capítulo I, que tales nombres comerciales serán considerados como inadmisibles, cuando vayan en contra de la moral, del orden público o que puedan causar confusión, tanto en los medios comerciales, como en el público sobre la actividad, identidad, naturaleza y giro comercial referente a la empresa o establecimiento identificado con ese nombre comercial.

Para proteger al nombre comercial se debe recurrir al Registro de Propiedad Intelectual y no al Registro de Personas Jurídicas, como se hace con la razón y la denominación social. El Código de Comercio regula el nombre comercial, de forma principal, en su numeral 242: “[a]rtículo 242: *Todo comerciante ejercerá el comercio y suscribirá los documentos relativos a su giro, con un nombre que constituirá su distintivo comercial. Ningún comerciante podrá, individualmente, usar como razón comercial nombre distinto del suyo.*”

No se encuentra aquí la misma “libertad” que en la denominación social a la hora de nombrar el establecimiento, ya que las y los Legisladores excluyeron expresamente la posibilidad de usar un nombre distinto del o la comerciante como distintivo comercial, si va a llevar a cabo actividades

mercantiles de forma individual. La falencia del Código se encuentra en que no da razón de porqué el o la comerciante debe usar su nombre para el nombre comercial, ya que de igual manera la persona mercante debe responder legalmente ante cualquier responsabilidad que genere su actividad, sea ante personas físicas o jurídicas.

Probablemente la idea de los legisladores fue la de equiparar el nombre comercial con la razón social, cuando solo una persona sea quien realice la actividad mercantil, logrando de esta manera certeza y seguridad jurídica ante sus clientes, proveedores, etc., como sucede con las sociedades de personas, que indican quién lleva a cabo la actividad y la respectiva responsabilidad legal, que es precisamente, quien aparece con su nombre en la razón social y, en este caso, en el nombre comercial.

De igual manera la Ley de Marcas y otros signos distintivos, define y protege al nombre comercial, de una forma más específica, esto en el Título VII sobre Nombres comerciales y emblemas, Capítulo I sobre Nombre Comerciales, que en su artículo 64 expresa: “[a]rtículo 64. – *Adquisición del derecho sobre el nombre comercial. El derecho exclusivo sobre un nombre comercial se adquiere por su primer uso en el comercio y termina con la extinción de la empresa o el establecimiento que lo usa.*”. A su vez, esta ley especial señala de forma explícita la protección legal que cobija al nombre comercial, esto en su artículo 66:

Artículo 66. – Protección del nombre comercial. El titular de un nombre comercial tendrá el derecho de actuar contra cualquier tercero que, sin el consentimiento de aquel, use en el comercio un signo distintivo idéntico al nombre comercial protegido o un signo distintivo semejante, cuando esto sea susceptible de causar confusión o riesgo de asociación con la empresa del titular o sus productos o servicios.

Será aplicable al nombre comercial lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la presente ley, en cuanto corresponda.

Así, se busca evitar la competencia desleal entre los mercaderes, por eso el numeral 65 de la Ley N.º 7978 indica que los nombres inadmisibles serán aquellos que vayan en contra de la moral o el orden público y por supuesto, si es susceptible de causar confusión con otros distintivos comerciales.

El artículo 243¹⁰ del mismo cuerpo normativo también brinda protección legal al nombre comercial, pudiendo inscribirse en el Registro de Marcas de Comercio. Asimismo, los tribunales costarricenses protegen esta figura jurídica para evitar su confusión entre los diversos comercios y con la clientela, por haber similitud entre los nombres y los logos de los nombres comerciales.

A continuación, se presenta un extracto de la resolución 44-2010 del Tribunal Primero Civil:

según el artículo 64 de la Ley de Marcas y otros signos distintivos, la utilización de un nombre comercial, empleado en el comercio como signo distintivo, le confiere el derecho de titularidad sobre éste, a aquella persona que lo utilizó de primero, aparejando con ello derechos de exclusividad sobre ese nombre comercial y la posibilidad de actuar en contra de cualquier persona que lo utilice sin su consentimiento, dado el riesgo de confusión o asociación que esa utilización conlleva, con la empresa titular del mismo. Véase que de acuerdo con el texto normativo, no se requiere la inscripción en el Registro de Marcas y Signos Distintivos del nombre comercial, para que la ley prevea un régimen de protección a quien lo ha utilizado, pues basta, para obtener la titularidad sobre el mismo, el simple uso, advirtiendo que ese derecho de prioridad, se le otorga a la persona -física o jurídica- que lo emplea primero y con mayor razón, cuando ese primer uso coincide, como en este caso, con la empresa que lo registró a su nombre.

...

Concuerdan estos juzgadores con la opinión vertida por el a-quo, que la utilización de ese nombre comercial por la demandada,

con un diseño similar al empleado por la parte actora desde hace más de una década y que actualmente aparece registrado a su nombre, constituyen actuaciones constitutivas de competencia desleal, que vulneran las disposiciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico para la tutela de la propiedad industrial, porque evidentemente son susceptibles de causar confusión a nivel mercado y de los posibles clientes."

De igual manera, desde los años sesenta del siglo pasado, se regulaban en el país el tema de los signos distintivos y su confusión, con repercusiones en cuanto a competencia desleal, esto, en la sentencia n.º 594 de las 14:30 horas, del 5 de septiembre de 1969, del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, que se refiere a la protección legal otorgada al nombre comercial inscrito en el Registro de Marcas, frente al nombre de una sociedad que se pretendía inscribir en el Registro Mercantil.

El asunto trata sobre el nombre comercial "Llanteca" vs. "Llantica, S.A.". En esta oportunidad, se habla del conflicto que se puede presentar cuando un nombre comercial y la denominación social, tienen escritura y pronunciación similar:

CONSIDERANDO

...la gestión que motiva este recurso, tendiente a que no se inscriba el documento de constitución de la sobredicha sociedad "Llantica Sociedad Anónima"... ha sido bien denegada en la resolución recurrida por lo que debe confirmarse, toda vez que ni las disposiciones legales en que se apoya la ocursoante, ni ninguna otra, imponen el Registro Público la obligación de negarse a inscribir aquellas sociedades mercantiles en las que su nombre o razón social tenga parecido fonético u ortográfico con el nombre comercial de un negocio debidamente registrado en el Registro de Marcas y Comercio perteneciente a una

sociedad a su vez debidamente inscrita en el Registro Mercantil, como lo pretende la ocurrente por la sola circunstancia de que el nombre social de la entidad que se pretende inscribir, "Llantica Sociedad Anónima", es similar fonética u ortográficamente al nombre comercial "Llanteca" reducido a propiedad particular de la ocurrente mediante el registro correspondiente, toda vez que la misión del Registrador en el caso de sociedades mercantiles se limita a confrontar el nombre o razón social de las ya inscritas con el de las nuevas sociedades que se van a inscribir a fin de denegar la inscripción de éstas si su nombre o razón social tiene parecido fonético con aquellas, ya que el Registro Público no tiene una regla igual o parecida a la del artículo 35 de la Ley de Marcas que dispone que las razones sociales o denominaciones ya inscritas en el Registro Mercantil o de Personas, serán protegidas de pleno derecho que tutelara en igual forma en el Registro Público los nombres comerciales debidamente inscritos,

POR TANTO:

Se confirma la resolución recurrida¹¹.

Con el pronunciamiento anterior, se entiende que no se presentaba conflicto entre los nombres comerciales y los nombres de las personas jurídicas, al menos en su inscripción, en caso de que sus nombres fueran parecidos, lo anterior, porque según el Tribunal, no existía en la ley de marcas de aquel entonces, protección legal para los nombres comerciales. Hoy rige la Ley de Marcas y otros signos distintivos, que sí tutela al nombre comercial.

Seguidamente, se brindan dos ejemplos para distinguir la denominación social, del nombre comercial. *Estos ejemplos son usados única y exclusivamente con fines académicos.* Primer ejemplo: "crbox.com", siendo este el nombre comercial y, su denominación social, "Logística Interoceánica S.A.", cuya cédula jurídica es 3-101-

361830; segundo ejemplo: "Doña Dona", siendo este el nombre comercial y, su denominación social, "Inversiones Oleajes de C.R. S.A.", con la cédula jurídica 3-101-353012 y sus logos, son los siguientes, respectivamente:

12

13



En el caso de "crbox.cr", su nombre comercial es, además, su nombre de dominio. En el caso de "Doña Dona", apreciamos que no se incluye la frase "[...] te lo merecés!" como parte de su nombre comercial, sino como su eslogan¹⁴, que también podría considerarse como una marca, específicamente a los signos visuales.

Asimismo, podría incluirse como marca el mismo nombre, dado que en los productos de "Inversiones Oleajes S.A.", se incluye en las envolturas la expresión "Doña Dona", pudiendo interpretarse que se usa como nombre comercial y como marca. Se sabrá cuándo se trata de la denominación social y no del nombre comercial, porque se incluye el aditamento pertinente, tal y como lo exige la ley.

Para aclarar en qué consiste un nombre de dominio, podemos hacer una breve referencia a lo explicado por la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, ICANN:

Para facilitar la búsqueda de una ubicación determinada en Internet, se creó el Sistema de nombres de dominio o DNS. El DNS traduce la dirección IP en una dirección alfanumérica única llamada nombre de dominio, que es más fácil de recordar. Si, por ejemplo, desea visitar el sitio web de ICANN, ¿preferiría recordar la dirección IP 192.0.34.163 o ingresar "www.icann."

org”? Al asociar una cadena de letras conocida (el nombre de dominio) con una dirección IP, el DNS hace que sea mucho más fácil para el usuario de Internet recordar sitios web y direcciones de correo electrónico. En el ejemplo anterior, la sección “icann.org” de la dirección es el nombre de dominio. La sección “www.” le indica al navegador que está buscando ese nombre de dominio en la interfaz de Internet[...]¹⁵.

La sentencia 1189-2007 del Tribunal Primero Civil explica la diferencia entre estas tres figuras jurídicas de “denominación social”, “marca” y “nombre comercial”, pertenecientes al ámbito comercial, tendientes a ser confundidas, incluso con la razón social:

III.- Entre la denominación social, nombre comercial y marca comercial en materia comercial se suele apreciar sutiles diferencias. Se bien los tres institutos representan elementos de identificación, sus campos de acción son muy distintos. Básicamente el objeto de distinción radica entre personas jurídicas respecto a cosas o servicios, estos último como parte integrante del patrimonio inmaterial de aquellas... Particularmente en materia mercantil los elementos de identificación revisten mayor significación. La denominación social es el nombre que identifica a la persona jurídica referida a las sociedades anónimas –artículo 103 Código de Comercio- y eventualmente a las sociedades de responsabilidad limitada – ordinal 77 ejúsdem-, como sujetos de relaciones jurídicas y, por tanto, susceptibles de derechos y obligaciones. El nombre comercial es la denominación con que opera la organización (empresario individual o sociedad comercial) con la que se conoce en el mercado y puede ser objeto de registración facultativa sin que sea preciso que coincida con la denominación social y puede elegirse un

nombre comercial diferente. En un símil con la persona física la denominación social sería el “nombre civil” de la persona física y el nombre comercial sería “el nombre artístico” con que dicha persona se presenta a sus clientes en el mercado. Por su parte la marca distingue los productos o servicios de un empresario. Una marca es un título inscrito o por el uso que concede el derecho exclusivo a la utilización de un signo para la identificación de un producto o un servicio en el mercado y que permite identificar a esos productos o servicios elaborados o proporcionados por una persona o empresa determinada.

Decreto Ejecutivo 33171-J

Este decreto del 29 de mayo de 2006 indica que las sociedades anónimas pueden usar su cédula jurídica como denominación social, así, crea el “Reglamento para la inscripción de la constitución de empresas comerciales, utilizando únicamente el número de cédula de persona jurídica como Denominación Social”.

Al crearlo se indicó que la cédula jurídica es la mejor forma para identificar a las personas morales, ya que en la base de datos del Registro es mediante la cédula jurídica como llegan a identificarse idóneamente.

Actualmente, como la actividad mercantil se encuentra bien posicionada a nivel mundial y sigue creciendo el número de personas jurídicas, empiezan a existir nombres parecidos o iguales entre las mismas, situación que debe ser controlada por el Registro Nacional, lo que podría complicar y atrasar la celeridad registral y por ende, la inscripción de las personas jurídicas en tal Registro.

Este decreto no sustituye, ni deroga, ni contradice, al artículo 103 del Código de Comercio, sino que lo complementa, con el fin de que dicha norma se adecue a la actualidad económica, cuyo avance es sumamente célere. Dicho decreto fue publicado

en la Gaceta N° 114 del 14 de junio de 2006 y señala:

**“Decreto N° 33171-J
Reglamento para la Inscripción
de la Constitución de Empresas
Comerciales, Utilizando Únicamente
El Número de Cédula de Persona
Jurídica como Denominación Social**

...

Artículo 2° – Los socios que soliciten al Registro de Personas Jurídicas la inscripción de la constitución de una empresa comercial, podrán en ese documento facultar expresamente a dicho Registro, para que como denominación social se le indique el número de cédula de persona jurídica que dicho Registro de oficio le asigne al momento de su inscripción, así como el respectivo aditamento de acuerdo a la clase de sociedad.”¹⁶

Con el fin de cumplir con los requisitos de constitución de las sociedades anónimas, indicado en el Código de Comercio, el decreto señala:

Artículo 3° – Para efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Comercio, en la publicación en el Diario Oficial La Gaceta se hará constar que la denominación social de la empresa que se constituye, se hace de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de este Decreto¹⁷.

El uso de la cédula jurídica como denominación social, con este nuevo reglamento, es completamente facultativo, no es obligatorio. Al momento de la inscripción se puede indicar en el Registro de Personas Jurídicas que como denominación social se establezca el número de cédula jurídica, más el aditamento respectivo (artículo 5 Decreto 33171-J). La distribución de la cédula de persona jurídica está conformada por el número que indica que es persona jurídica, el segmento que indica el tipo de persona jurídica que en este caso sería “101” por tratarse de una

sociedad anónima y el número consecutivo que el Registro les asigna a todas las personas jurídicas conforme se van constituyendo. No se indica ninguna otra cifra de seguridad o comprobación interna.

Si se prefiere esta forma de denominación social, debería incluirse un nombre comercial que sea atractivo para la clientela y para las potenciales personas socias, ya que, evidentemente, un número de cédula jurídica como denominación social, no resulta atractivo comercialmente, por lo que sería conveniente otorgarle un nombre comercial útil, que caracterice a la sociedad. Utilizar la cédula jurídica como denominación sería lo mismo que tener que memorizar todos los números para buscar un sitio en internet, en lugar de usar un nombre de dominio.

Posterior a este decreto, el Registro Nacional emitió una directriz, la D.R.P.J. 006-2011 del 3 de agosto de 2011, llamada “Eliminación de publicación de edicto para las constituciones de entidades mercantiles que utilicen el número de cédula jurídica como denominación” y, textualmente, indica lo siguiente:

De conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 33171-J, publicado en el Diario Oficial La Gaceta del día 14 de junio del 2006, procede la constitución de entidades mercantiles cuya denominación se conforma con el número de cédula jurídica más el respectivo aditamento.

En virtud de que el número de cédula de persona jurídica es único e irrepetible, no existe la posibilidad de que dicha denominación tenga similitud con otra entidad o marca comercial previamente inscritas, por lo que resulta innecesaria la publicación del edicto que establece el artículo 19 del Código de Comercio, pues dicha publicación se realiza con la intención de dar publicidad a la denominación de la nueva entidad, a efecto de que quienes consideren que dicha denominación es

similar con otra o con una marca comercial previamente inscrita, se apersonen ante el Registro a hacer valer sus derechos, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 del Código de Cita y 29 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos (Ley N° 7978 de 1 de febrero del 2000).

En razón de lo anterior, esta Dirección los instruye para que a partir de la fecha de publicación de esta Directriz, no se considere como requisito para la inscripción de una entidad jurídica constituida conforme las disposiciones del Decreto Ejecutivo N° 33171-J, la publicación del edicto que establece el artículo 19 antes citado¹⁸.

De lo anterior se desprende que, como la denominación social ya no consiste solo en el nombre de fantasía, el objeto de la sociedad o el nombre de alguna persona socia, etc., sino que se puede utilizar su cédula jurídica y que por su naturaleza se vuelve irrepetible, indica la directriz, entonces ya no es necesario hacer publicación mediante edicto, como sí pasaba con los casos anteriores, para evitar repeticiones en las denominaciones.

Sin embargo, se presenta un choque en la jerarquía de normas. Recordando la pirámide normativa del Derecho, las leyes son superiores a las directrices y esta jerarquía se ve vulnerada por esta decisión del Registro, al indicar con la directriz que el requisito solicitado en el numeral 19 del Código de Comercio sobre la publicación del edicto, ahora es innecesaria.

Según la pirámide jerárquica, la directriz, al tener menor rango que la ley, no puede pasar por encima de esta, como aquí de hecho sucede. El artículo 19 del Código de Comercio señala: **[a]rtículo 19:** *La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil.*

El Código Civil, en su Título Preliminar, Capítulo I sobre Fuentes del Derecho, en su artículo 1, establece el orden jerárquico que debe seguirse en Costa Rica:

[a]RTÍCULO 1º- Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

Esta jerarquía regirá para el ámbito privado del Derecho, sin embargo, en el público, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley General de Administración Pública, regirá la siguiente jerarquía: 1) La Constitución Política; 2) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana; 3) Las leyes y los demás actos con valor de ley; 4) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia; 5) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y 6) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas. Esto de manera principal. No obstante, en una segunda categoría se encuentran los reglamentos del Poder Ejecutivo y los de entes descentralizados, estando subordinados entre sí, de conformidad con la respectiva vigencia. Una tercera categoría indica que los reglamentos estarán sujetos a los principios que regulan los actos administrativos, cuando no haya disposición expresa.

En el ámbito del Derecho Público, se maneja una jerarquía parecida a la del sector privado. Tratándose de un tema puramente comercial como lo es el Derecho de Sociedades, que implica

temas de Derecho Privado y además incluye contenidos de Propiedad Intelectual, se registrá por la primera de las jerarquías expuestas.

Aunado a lo anterior, el mismo Código Civil señala qué pasa en el caso de que una norma inferior contradiga a una de mayor rango: “[a]rtículo 2º- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.”, por lo que la directriz D.R.P.J. 006-2011, del 3 de agosto de 2011, carecería de validez por contradecir al numeral 19 del Código de Comercio que establece la publicación por edicto cuando se dé la constitución, modificación, disolución, fusión o cualquier otro acto que modifique la estructura de la persona jurídica. Esto aplica como norma general para las sociedades reguladas por el Código de Comercio, donde se incluyen desde luego, a las sociedades anónimas.

Conclusiones

La marca comercial y el nombre comercial no deben confundirse con la denominación social. El Gobierno español lo explica, distinguiendo estas nociones:

¿En qué se diferencia la marca del nombre comercial y de la Denominación o Razón Social?

La marca distingue los productos o servicios de un empresario.

El nombre comercial es el signo o denominación que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares.

La denominación social es el nombre que identifica a una persona jurídica como sujeto de relaciones jurídicas y, por tanto, susceptible de derechos y obligaciones¹⁹.

A la hora de crear la normativa, debe hacerse un examen previo que evite un choque normativo como el que aquí se ha tratado (directriz versus ley), donde lo único que se genera es la confusión de muchas personas legas en derecho y la vulneración del ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Araya, Joshelyn y Jiménez, Hazel. (2009). *Aviamento o derecho de llave: conceptualización y análisis práctico en el sistema costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
2. Código Civil de Costa Rica. Ley N.º 63, del 28 de setiembre de 1887.
3. Código de Comercio de Costa Rica. Ley N.º 3284, del 24 de abril de 1964.
4. *costarica.eregulations.org*, 30, mayo, 2017, <https://costarica.eregulations.org/media/decreto%20ejecutivo%2033171-j.pdf>
5. Courts and Tribunals Judiciary. "Société des Produits Nestlé SA vs Cadbury UK Ltd", www.judiciary.gov.uk, 02, julio, 2017, <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/05/nestle-v-cadbury-20170517.pdf>
6. ICANN. "Guía para principiantes para Nombres de Dominio", www.icann.org, 6, abril, 2015, <https://www.icann.org/en/system/files/files/domain-names-beginners-guide-06dec10-es.pdf>
7. Imágenes de Google. www.google.com, 2, mayo, 2013, http://www.google.co.cr/imgres?um=1&sa=N&hl=en&biw=1366&bih=667&tbm=isch&tbnid=2r-mxWpjpOPbK_M:&imgrefurl=http://crbox.sapiens.co.cr/Home/Tarifas-Mar&docid=iUMQq4IGWZNDfM&imgurl=http://crbox.sapiens.co.cr/img/logo.png&w=159&h=55&ei=sxCDUYb-dONKx4AOg84GoDQ&zoom=1
8. Imágenes de Google. www.google.com, 2, mayo, 2013, <http://www.google.co.cr/imgres?um=1&sa=G&hl=en&biw=1366&bih=667&tbm=isch&tbnid=-mIRstHuBcF7-7M:&imgrefurl=http://www.antaescr.com/dona-dona.php&docid=W5e-n1DvtewBCM&imgurl=http://www.antaescr.com/img/locales/dona-dona/donadona.jpg&w=123&h=135&ei=bxK-DUcKVEIfm8gTT6IH4Dw&zoom=1>
9. Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio. *Curso de Derecho Mercantil*. San José, Costa Rica: Juritexto. 1997.
10. Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de Costa Rica. Ley N.º 7978 del 6 de enero de 2000.
11. Ley General de la Administración Pública. Ley N.º 6227 del 2 de mayo de 1978.
12. Miranda Serrano, Luis M. *Denominación social y nombre comercial*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. 1997.
13. Oficina española de patentes y marcas. "Cuestiones Básicas acerca de Marcas y Nombres Comerciales"., www.oepm.es, 13, abril, 2013, http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Folletos/cuestiones_basicas_Marcas_y_NombComer.pdf
14. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "Nuevos tipos de marcas"., www.wipo.int, 7, abril, 2015, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.doc
15. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. "Olfato, oído, gusto - Los sentidos de las marcas no tradicionales"., www.wipo.int, 2, julio, 2017, http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html
16. Real Academia Española. "Eslogan.", dle.rae.es, 16, julio, 2016, <http://dle.rae.es/?id=GR97ipV>

17. Registro Nacional de la República de Costa Rica. "Propiedad Industrial: Marcas comerciales.", www.registronacional.go.cr, 7, abril, 2015, [http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/fasciculos%20propiedad%20industrial/RN-4%20Marcas%20Comerciales%20\(Propiedad%20Industrial\).pdf](http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/fasciculos%20propiedad%20industrial/RN-4%20Marcas%20Comerciales%20(Propiedad%20Industrial).pdf)
18. Registro Nacional de la República de Costa Rica. "Personas Jurídicas". www.rnpdigital.com, 13, abril, 2013. http://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/Documentos/PJ_Normativa/PJ_Circulares_Criterios/Directrices%202011.pdf
19. Resolución n.º 44-2010. Tribunal Primero Civil. Quince de enero de dos mil diez.
20. Resolución n.º 552-2008. Tribunal Primero Civil. Dieciocho de junio de dos mil ocho.
21. Resolución n.º 1189-2007. Tribunal Primero Civil. Veintitrés de noviembre de dos mil siete.

Notas al pie

- 1 Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Especialista en derecho comercial, SEP-UCR. Investigadora académica en derecho: Telecomunicaciones, comercial y desarrollo sostenible. Abogada y consultora independiente. Proponente de la iniciativa Popular No. 2288, (2016) y Anexo I, (2017)
- 2 Luis, Miranda. (1997). *Denominación social y nombre comercial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., , pp.. 35 y 36.
- 3 Boris, Kozolchyk y Octavio, Torrealba. (1997). *Curso de Derecho Mercantil*. (San José: Juritexto., p. 200.
- 4 7, abril, 2015, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.doc
- 5 Boris, Kozolchyk y Octavio, Torrealba. (1997). *Curso de Derecho Mercantil*. (San José: Juritexto., p. 201.
- 6 7, abril, 2015, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_16/sct_16_2.doc
- 7 7, abril, 2015, [http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/fasciculos%20propiedad%20industrial/RN-4%20Marcas%20Comerciales%20\(Propiedad%20Industrial\).pdf](http://www.registronacional.go.cr/propiedad_industrial/documentos/fasciculos%20propiedad%20industrial/RN-4%20Marcas%20Comerciales%20(Propiedad%20Industrial).pdf)
- 8 Boris, Kozolchyk y Octavio, Torrealba. (1997). *Curso de Derecho Mercantil*. (San José: Juritexto., p. 180.
- 9 La tesis de grado titulada “ Aviamiento o derecho de llave: conceptualización y análisis práctico en el sistema costarricense.”, elaborada por las licenciadas Joshelyn Araya y Hazel Jiménez, en su página 22 define ese derecho a la clientela de la siguiente manera:
En Costa Rica el Aviamiento equivale a lo que se conoce como “Derecho de Llave”, siendo el término aviamiento de origen italiano, se puede caracterizar como un valor, autónomo y particularmente ligado con la labor organizadora que lleva acabo el empresario.
- 10 ARTÍCULO 243.- El comerciante podrá inscribir en el Registro de Marcas de Comercio, su firma o nombre comercial. En ese caso, gozará de la protección que la ley respectiva otorga a todas las inscripciones que se practican en ese Registro.
- 11 Boris, Kozolchyk y Octavio, Torrealba. (1997). *Curso de Derecho Mercantil*. (San José: Juritexto., pp. 245 y ss.
- 12 2, mayo, 2013, http://www.google.co.cr/imgres?um=1&sa=N&hl=en&biw=1366&bih=667&tbm=isch&tbid=2rmxWpjpOPbK_M:&imgrefurl=http://crbox.sapiens.co.cr/Home/TarifasMar&docid=iUM-Qq4IGWZNdM&imgurl=http://crbox.sapiens.co.cr/img/logo.png&w=159&h=55&ei=sxCDUYbdONKx4AOg84GoDQ&zoom=1 **EL USO DE ESTA IMAGEN ES ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CON FINES ACADÉMICOS.**
- 13 2, mayo, 2013, <http://www.google.co.cr/imgres?um=1&sa=G&hl=en&biw=1366&bih=667&tbm=isch&tbid=mIRstHuBcF7-7M:&imgrefurl=http://www.antaescr.com/dona-dona.php&docid=W5e-n1DvtewBCM&imgurl=http://www.antaescr.com/img/locales/dona-dona/donadona.jpg&w=123&h=135&ei=bxKDUcKVEIfm8gTT6IH4Dw&zoom=1> **EL USO DE ESTA IMAGEN ES ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CON FINES ACADÉMICOS.**
- 14 El DRAE define “eslogan” de la siguiente manera: “1. m. *Fórmula breve y original, utilizada para publicidad, propaganda política, etc.*”. 16, julio, 2016, <http://dle.rae.es/?id=GR97ipV>
De acuerdo con la Ley de Marcas y otros signos distintivos el equivalente al eslogan se define así:
Artículo 2º- Definiciones. Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

...

Expresión o señal de publicidad comercial: Toda leyenda, anuncio, lema, frase, combinación de palabras, diseño, grabado o cualquier otro medio similar, siempre que sea original, característico y se emplee para atraer la atención de los consumidores o usuarios sobre determinado producto, servicio, empresa, establecimiento o local comercial.

- 15 6, abril, 2015, <https://www.icann.org/en/system/files/files/domain-names-beginners-guide-06dec10-es.pdf>
- 16 30, mayo, 2017, <https://costarica.eregulations.org/media/decreto%20ejecutivo%2033171-j.pdf>
- 17 30, mayo, 2017, <https://costarica.eregulations.org/media/decreto%20ejecutivo%2033171-j.pdf>
- 18 13, abril, 2013, http://www.rnpdigital.com/personas_juridicas/Documentos/PJ_Normativa/PJ_Circulares_Criterios/Directrices%202011.pdf
- 19 13, abril, 2013, http://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Publicaciones/Folletos/cuestiones_basicas_Marcas_y_NombComer.pdf

DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR PARTE DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE VIOLACIÓN

Especial referencia al derecho penal costarricense

LLM. Luis Alonso Salazar Rodríguez¹
luis.salazar@ucr.ac.cr²

Recibido 2/3/2017 Aceptado 14/12/2017

Inteligencia es lo que usas cuando no sabes qué hacer.

Piaget, J.

La norma jurídica o el concepto de acción pueden ser el presupuesto teórico fundamental sobre el que se estructura la teoría jurídica del delito en una época determinada. Pero estas mismas instituciones aparecen, en diferente contexto histórico, ya no como piedra angular del edificio sistemático, sino como consecuencia de una estructura teórica previamente elaborada
Borja (2001:68)

El tema del castigo o no de lo repudiable se resuelve, por lo general, en los foros encargados de hacer y administrar la política criminal de una comunidad.

Salas, M.E. (en Llobet y Durán 2010: 350)

¡que cada cual tenga sus dioses, cada cual decida cuál es el sentido de su vida a sabiendas que ahí no hay ninguna racionalidad por medio!

Max Weber³

[...] el derecho es un instrumento de estabilización social que sirve para orientar las acciones de los asociados e institucionalizar las expectativas [...]

Velásquez V, F. (2013:161)

Una sociedad sin normas es una contracción en sí misma.
Torrente. (2001:54)

RESUMEN

En el presente artículo, se aborda la problemática del denominado derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima de un delito de violación. Se presenta un estudio del delito de violación en el derecho penal costarricense hasta llegar a la descripción típica actual y su problemática, en especial cuando la víctima del delito es un hombre.

Palabras clave: *Derecho penal, delito de violación, víctima, interrupción del embarazo, aborto.*

ABSTRACT

This article is concerned with the issue of the so-called right to pregnancy termination by the victim of a crime of rape. Under study is the crime of rape into Costa Rican criminal law up to the current typical description and its problematic, especially when the victim of the crime is a man.

Keywords: *Criminal law, crime of rape, victim, pregnancy termination, abortion.*

Sumario

1) Planteamiento del problema. 2) Historia del delito de violación en el derecho penal costarricense. a) Código General del Estado de Costa Rica de 1841. b) Código Penal de 1880. c) Código Penal de 1924. d) Código Penal de 1941. e) Código Penal de 1970. e.1) Redacción original. e.2) Redacción actual del delito de violación. 3) El tipo penal del delito de violación. 3.a) El bien jurídico tutelado. 3.b) a acción punible. 3.b.1) Violación como delito especial propio y de propia mano. 3.b.2) Violación como delito común. 3.b.3) Formas de comisión. 3.b.3.1) Acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. 3.b.3.2) Introducción de dedos u objetos. 3.b.3.3) Animales. 4) El concepto de víctima en el delito de violación actual. 5) Sobre el derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima. 5.a) Caso de la persona menor de 13 años o el o la incapaz. 5.b) Caso de la víctima del delito. 6) Conclusiones.

1) *Planteamiento del problema*

Sobre el así denominado “derecho a la interrupción del embarazo” o más simplemente denominado “derecho al aborto” se han dicho muchas cosas.

Existen grupos, a los que podríamos llamar progresistas, sobre todo de mujeres –aunque cuentan con apoyo de diversos sectores sociales, incluso de hombres, que luchan por el reconocimiento del derecho a interrumpir el embarazo cuando la mujer así lo desee.

Existen otros grupos que podríamos denominar “conservadores”, que proponen, por el contrario, una negación a ultranza de tal reconocimiento, v. gr. la Iglesia católica.

El tema en sí mismo es de alto voltaje y, por no ser este un artículo que se ocupa sobre la naturaleza jurídica del aborto –si es que se me permite el empleo del término- y sobre su aceptación o no, omitiré entrar en el núcleo de tal discusión.

Esta contribución se centrará sobre uno solo de los aspectos que vienen a la discusión cuando se habla de “derecho a abortar” y es el relacionado con el origen del embarazo en un ilícito penal, a saber, el delito de violación.

Quienes defienden el “derecho al aborto” suelen esgrimir como bandera en defensa de su posición, entre otras, la de que la víctima de un delito de violación debe tener derecho a interrumpir el embarazo y que no se le puede obligar a continuar con un proceso de gestación que se ha originado en un delito de tal ralea.

Planteada de esta forma, la cuestión no parece encontrar mayor oposición, incluso entre los grupos más conservadores –que si bien no la aceptan– suelen enfrentar serios problemas argumentativos ante un planteamiento en dichos términos.

El problema aquí es entonces, si resulta posible y pacífica o no la aceptación de una tal posición que

reconozca el derecho de la víctima de un delito de violación a interrumpir el embarazo, cuando se trate ya no de una mujer, sino de un hombre.

En otro sitio me he referido antes a la existencia de cierta candidez en torno a conceptos de uso frecuente en el derecho penal y que muchas veces incluso se dan por sentado⁴, y esta es una hipótesis que en primera instancia suele ser rechazada por «absurda».

Aquí debemos tener presente lo señalado por Arzt (Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, K. 1999:118), cuando apunta:

A pesar de las variaciones en la estructura y composición de los tipos penales y de sus marcos punitivos con fundamento en las circunstancias de atenuación o de agravación, la descripción legal de todos los delitos sólo resulta posible mediante conceptos abstractos y generales. Por esta razón el derecho corre siempre detrás de los cambios sociales.

En este punto, debe realizarse un primer acotamiento de importancia básica y con la firme intención de llamar la atención de la persona lectora, la hipótesis planteada es del todo desconocida y, mejor dicho, prácticamente impensada. Esta característica no es una exclusividad del delito de violación, sino que es una característica del derecho penal. Al respecto, con García-Borés Espí (2006: 204-205), podemos afirmar:

Uno de los primeros aspectos que afloran al profundizar en el imaginario social en torno a la delincuencia, en el significado del crimen, es que éste se encuentra asociado a un número muy reducido de delitos. Así, y a pesar de la amplia gama de actos delictivos tipificados, cuando se piensa improvisadamente en delitos aparecen el asesinato, la violación y el robo, con una amplísima distancia en frecuencia respecto del resto. Como contraste, es interesante

conocer que de la actualidad delictiva [el autor se refiere a España] detectada por la policía, el asesinato y la violación viene a representar juntos en torno al 0,2%. El protagonismo de este tipo de delitos se debe, más allá de su obvia gravedad, a la creación y difusión de alarmas sociales, las cuales a su vez remiten a los medios de comunicación y los responsables políticos sobre estos temas.

En este mismo sentido, de por sí el tema planteado (si se me permite el empleo del término, solo en procura de alcanzar un mejor entendimiento) a saber, el delito de violación de una mujer que, para efectos de este supuesto, denominaré la especie, que es la hipótesis en la que el embarazo como producto de una violación resulta en principio posible, no es tan común, me refiero a la consecuencia de embarazo no al delito en sí. Más bien diría yo es infrecuente, pero (y aquí de nuevo una licencia nuevamente con fines explicativos) el género; es decir, cuando la víctima del delito es un hombre, y la autora de este delito resulta como consecuencia embarazada, es más infrecuente aún, diría yo, impensada o inimaginable *prima facie*.

En este punto, se impone la necesidad metodológica de aclarar a la persona lectora, que el presente es un estudio de carácter dogmático, no casuístico. Al respecto debe considerarse con José Cerezo Mir (T.I. 2003:62), su conceptualización de lo que debemos entender por dogmática jurídico-penal:

La Dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término «interpretación» es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema. El término «dogmática» se deriva de la palabra «dogma» porque para

el intérprete de los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente

Hemos dicho que la dogmática del Derecho penal ha de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos. La interpretación habrá de ser entendida, por ello, como una captación del sentido, como una comprensión. Sólo así será posible incluir a la dogmática del Derecho en general y a la dogmática del Derecho penal en particular, dentro del marco de las ciencias del espíritu. Ver Mir, J.C. con referencias adicionales (T.I. 2003:62).

En el contexto antes descrito, coincidiendo con Llobet (2002: 35), quien parafraseando a Roxin señala: “[...] la dogmática penal como «la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal»” que pretende desarrollarse en el presente artículo. Ya sea que se logre el objetivo trazado o no, que se alcance la claridad deseable en la exposición o no y, más aún, que el análisis sea acertado o no, queda librado al criterio de la persona lectora.

Adelanto desde ya una crítica que, en forma apriorística, vislumbro, por parte de quienes no se encuentran dispuestos a aceptar una hipótesis de estudio como la que aquí planteo, a saber, que un hombre pueda ser violado accediendo carnalmente a una mujer y, peor aún, que siendo víctima de violación (claro está, no pudiendo este biológicamente embarazarse) se le pueda a alguien ocurrir divagar en forma teórica sobre la posibilidad de otorgarle a este el derecho de decidir sobre la interrupción del embarazo (discusión, obviamente hoy y, dado el estado actual de la discusión, reservada para las mujeres en forma exclusiva)

Al respecto, coincido con Salas (2012:112) cuando señala que “[...] la investigación de los hechos sociales es un trabajo para el cual los juristas no

suelen estar preparados y demanda, además, unos conocimientos interdisciplinarios y unas técnicas que trascienden por mucho el mero normativismo y formalismo dominantes en el *corpus* de los saberes jurídico-dogmáticos”.

2) ***Historia del delito de violación en el derecho penal costarricense***

Con el propósito de ilustrar un poco la problemática actual en torno al delito de violación y, en especial, a la por mi denominada “instrumentalización” en torno a la legalización del aborto, es importante saber cómo hemos concebido el delito de violación a lo largo de nuestra historia.

a) ***Código General del Estado de Costa Rica de 1841***

En el Código General del Estado del Costa Rica de 1841, conocido como Código de Carrillo, en referencia al entonces jefe de Estado, Braulio Carrillo Colina, si bien es cierto, regulaba algunos delitos sexuales, no conoció el delito de violación como tal. Se regulaba el abuso sexual en el artículo 420:

Artículo 420. El que abusare del mismo modo de una mujer honesta, aunque sea mayor de diez y siete años, sufrirá la pena de reclusión o multa del artículo anterior. Si la violentada fuere mujer pública, conocida por tal, será castigado el reo solamente con dos meses de arresto, o veinte pesos de multa, por la violencia. El que sedujere a una mujer honesta mayor de la edad de la pubertad, y menor de diez y siete años, y tuviere con ella cópula carnal, será desterrado por un año, o pagará cien pesos de multa. (Ver también arts. 419, 421 y 422)⁵.

b) ***Código Penal de 1880***

En el Código Penal de 1880, se reguló el delito de violación en el artículo 382, el cual disponía:

Artículo 382. La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio interior menor en su grado máximo a presidio interior mayor en su grado medio. Se comete violación yaciendo con mujer en alguno de los casos siguientes:

- 1 *Cuando se use fuerza o intimidación.*
- 2 *Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido, por cualquier causa.*
- 3 *Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.*

En relación con la regulación previa, se expande el criterio de “Mujer honesta” a cualquier mujer, definiendo el tipo objetivo como *yacer con fuerza, intimidación o cuando esta se encuentre privada de razón*. No se tipifica la violación de mujer a hombre, sea este menor o mayor de edad.

c) ***Código Penal de 1924***

En el Código Penal de 1924, se introdujo el concepto de acceso carnal que fue lo que por mucho tiempo determinó la caracterización del delito de violación como un delito de propia mano y de los denominados delitos especiales propios (*ver infra*), pues este solo podía ser cometido por hombres y por medio de la introducción del pene (Cfr. Eser y Burkhardt 1995: 75). En el artículo 300, se indica:

Artículo 300. Concepto de violación.

Se califica de violación el acceso carnal habido con persona de uno u otro sexo, cuando ésta no hubiere llegado a la edad de quince años, o cuando se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier impedimento suficiente, fuere incapaz de resistencia, o cuando para efectuar el concubito se haya usado de fuerza o de intimidación.

La violación en cualquiera de las indicadas formas se tendrá por consumada, desde que haya principio de ejecución.

Desde el punto de vista *victimológico*, es decir, con relación al sujeto pasivo, se abre la posibilidad de que la víctima lo sea de uno u otro sexo. Sin embargo, esto no era así para todos los delitos sexuales, por ejemplo, en el tipo de estupro (ver arts. 302 y 303), se limita el sujeto pasivo a una doncella “[...] *toda mujer honesta de buena fama y soltera, que no hubiere sido madre*”.

d) Código Penal de 1941

En el Código Penal de 1941, el delito de violación fue regulado en el artículo 216, a saber:

Artículo 216.-Comete violación el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) *Cuando la víctima fuere menor de doce años.*
- 2) *Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir.*
- 3) *Cuando se usare de la fuerza o intimidación.*

En el caso del inciso 1), se impondrá a los responsables del delito una pena de diez a veinte años, y en los casos de los incisos 2) y 3), se impondrá una pena de seis a doce años.

Además, cuando se trate del delito de violación contra menores de doce años, no se podrá otorgar a los responsables el beneficio del indulto.

Se emplea una mezcla de las definiciones típicas de los códigos anteriores, manteniendo el tipo objetivo como “*acceso carnal*” y utilizando como elementos modales los descritos en el Código Penal de 1880. Resulta destacable eso sí, el hecho de establecer una pena diferenciada entre los supuestos del inciso 1), más o menos algo así como una especie de violación calificada.

Por otra parte y de igual forma, llama la atención el hecho de que en tales supuestos, se elimina la posibilidad del otorgamiento del indulto.

e) Código Penal de 1970

Por tratarse del Código Penal vigente, debemos considerar que existen dos redacciones destacables del delito de violación. La primera es la redacción del Código Penal de 1970 original y la segunda introducida mediante el artículo 1º de la Ley N.º 8590 del 18 de julio de 2007, la cual es la redacción actualmente vigente de dicho tipo penal. Así tenemos:

e.1) Redacción original

En cuanto al tipo básico:

Artículo 156.- Será reprimido con prisión de cinco a diez años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos:

- 1) *Cuando la víctima fuere menor de doce años;*
- 2) *Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o estuviere incapacitada para resistir;*
- 3) *Cuando se usare de violencia corporal o intimidación.*

Violación calificada:

Artículo 157.- La prisión será de ocho a quince años cuando el autor fuere un ascendiente, descendiente, consanguíneo o hermano o se produjere la muerte de la ofendida.

Violación Agravada:

Artículo 158.- La pena será de seis a doce años cuando con motivo de la violación resultare un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito fuere realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquélla o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaren los ministros religiosos prevaliéndose de su condición.

e.2) Redacción actual del delito de violación.

Artículo 156.- Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea menor de trece años.
- 2) Cuando se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima o esta se encuentre incapacitada para resistir.
- 3) Cuando se use la violencia corporal o intimidación.

La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducirle a la víctima uno o varios dedos, objetos o animales, por la vía vaginal o anal, o en obligarla a que se los introduzca ella misma.

Violación calificada:

Artículo 157.- La prisión será de doce a dieciocho años, cuando:

- 1) El autor sea cónyuge de la víctima o una persona ligada a ella en relación análoga de convivencia.
- 2) El autor sea ascendiente, descendiente, hermana o hermano de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 3) El autor sea tío, tía, sobrina, sobrino, prima o primo de la víctima, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- 4) El autor sea tutor o el encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima.
- 5) Se produzca un grave daño en la salud de la víctima.
- 6) Se produzca un embarazo.
- 7) La conducta se cometa con el concurso de una o más personas.
- 8) El autor realice la conducta prevaleciéndose de una relación de poder resultante del ejercicio de su cargo, y esta sea realizada por ministros religiosos, guías espirituales, miembros

de la Fuerza Pública o miembros de los Supremos Poderes.

En cuanto a la violación agravada, en la redacción actual la misma se derogó.

3) El tipo penal del delito de violación

Una vez revisada la historia del tipo penal, para los efectos del presente artículo, se impone la necesidad de realizar un análisis del tipo penal. Con respecto a la violación calificada, al ser un tipo penal en blanco, ya que no define la conducta, para efectos de este análisis resulta de interés únicamente la hipótesis prevista en el inciso 6) del artículo 157, la cual regula el supuesto de violación con resultado de embarazo.

3.a) El bien jurídico tutelado

El bien jurídico tutelado es definido por Cobo y Vives (1999: 318-320) como todo valor de la vida humana protegido por el derecho [...] lo que fundamenta “*prima facie*” el castigo [...] y constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad, de la cual desprenden sus funciones exegéticas, sistemáticas y como garantía de sometimiento del poder punitivo del Estado, respectivamente.

De acuerdo a Zaffaroni (2005:367-368), los bienes jurídicos están tutelados por otras ramas del derecho [...], son bienes jurídicos conforme al derecho constitucional, internacional, civil, administrativo, etc. La ley penal se limita a seleccionar algunas conductas que los lesionan y a tipificarlas [ya que] en modo alguno con ello los protege o tutela.

En relación con el bien jurídico “tutelado”, lo primero que se debe tener presente es que la violación protege la libertad sexual (Cfr. igualmente sentencia 2001-00977 de las nueve horas treinta y cinco minutos del cinco de octubre de dos mil uno). Así la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia lo ha reafirmado:

La violación es un delito que lesiona prioritariamente la libertad sexual, la

autodeterminación sexual, aunque en forma concomitante también la integridad física, moral y la reserva sexual. Sin embargo, el bien jurídico más relevante es precisamente la libertad sexual, como reflejo del principio general de libertad, en el sentido de que se reconoce a la persona el derecho a decidir sobre sus contactos sexuales, sobre con quién, cómo y cuántas veces y en qué forma decide tener encuentros íntimos, en una esfera que sólo ella –y con quien lo desee– tiene derecho a decidir. (Sentencia 935-04 de las quince horas con cincuenta minutos del seis de agosto de dos mil cuatro).

En nuestro derecho, este bien jurídico se encuentra limitado bajo ciertas condiciones.

Una primera interpretación al respecto es que entre personas adultas, siempre y cuando medie el consentimiento, la libertad sexual es absoluta y, al respecto, interesa que, desde el punto de vista constitucional, nos encontremos dentro de las denominadas acciones privadas sin afectación de moral ni buenas costumbres. (Ver en la Constitución Política de Costa Rica, artículos 24: el derecho a la intimidad, y el artículo 28: las acciones privadas quedan fuera del alcance de la ley).

Ahora bien, el Código Penal limita de manera absoluta el bien jurídico “libertad sexual” a toda persona menor de 13 años, ya que en tal supuesto, independientemente de que preste su consentimiento o no, la conducta es delictiva.

En el mismo sentido, le está vedado el ejercicio de tal libertad, a quien se encuentre incapacitado para resistir, esto es, a quien no pueda manifestar libremente su consentimiento válidamente por la razón que sea, física o psicológica.

No obstante, debe tenerse presente que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

[...] esta Sala está consciente de que hay ocasiones en las que personas con algunos niveles de discapacidad están en condición de determinar libremente su conducta sexual, por lo que en estos casos el consentimiento que expresen excluirá el carácter delictivo del acto. (Ver sentencias 2000-00128 de las nueve y cuarenta y cinco horas del cuatro de febrero de 2000 y 2000-00568 de las nueve y quince horas del dos de junio de 2000).

3.b) En cuanto a la acción punible

Para Arboleda y Ruíz (s. f.:101), la conducta punible es la infracción de la ley penal, en nuestro derecho actual, el tipo penal admite tres direcciones diferentes de comisión del hecho punible. A diferencia de las anteriores regulaciones del delito de violación, la redacción actual del tipo penal señala como acción punible tanto la conducta pasiva como la activa e, incluso, el tipo penal de violación está conceptualizado como una conducta reflexiva.

Con base en el tipo penal actual, hay delito de violación en el supuesto de que la víctima (de cualquier sexo) lo sea de la acción penal de un tercero de cualquier sexo (sujeto pasivo).

De la misma manera, habrá violación si la víctima es obligada a la realización de la acción penal que le deba ejecutar a un tercero o al mismo agente activo del delito (conducta activa).

Al mismo tiempo, hay violación cuando se compele a la víctima que se realice la acción penal contra sí misma (reflexiva).

En principio –y no es algo que me resulta ajeno– tengo presente que lo dicho hasta este punto es de difícil comprensión; pero espero poder aclararlo a continuación.

3.b.1) Violación como delito especial propio y de propia mano

En primer lugar, es importante distinguir entre los delitos de propia mano y los delitos especiales propios. “Los primeros son aquellos cuyo comportamiento sólo está en condiciones de ejecutar personal y materialmente el propio agente, sin que otra persona en su lugar y para él pueda realizarlo”. (Arboleda y Ruiz, s.f.:172).

Son aquellos delitos en que se requiere una condición especial en el sujeto activo y que, por lo tanto, no pueden ser cometidos por cualquier persona (Cfr. Mendoza, 2002: 152)⁷. Se entienden los segundos como aquellos en los que la conducta descrita solo es punible a título de autor, si esta es realizada por ciertos sujetos, de tal forma que cualquier otro sujeto que la ejecute no puede ser autor ni de este ni de ningún otro delito común que castigue esa misma conducta.

Cuando se trata de un verdadero delito especial (denominado propio), si no concurre la condición descrita, la conducta deviene en atípica, y en el supuesto de los falsos delitos especiales (denominados especiales impropios), la conducta deviene en atípica por ausencia de la condición. Pero existe un delito común que contiene la conducta y resultaría típica por esta categoría residual, mas nunca por la especial.

Históricamente (ver historia del delito de violación, *ut infra*), se estructuró el tipo penal sobre una base ontológica, a saber, que se cometía el delito de violación mediante el acceso carnal, es decir, por medio de la introducción del pene en la víctima en contra de su voluntad (o sin que la víctima tuviera disponibilidad del bien jurídico en razón de la edad o incapacidad) y no se especificaba claramente la vía.

Lo anterior suponía que desde el punto de vista activo, el delito de violación era un delito de propia mano, por cuanto la calidad de autor del delito de violación suponía la necesidad de contar con un miembro viril con capacidad de

erección, lo cual era concordante con la posición doctrinaria de Cobo y Vives (1999: 357), dado que este sería el elemento que “por la propia naturaleza del acontecimiento externo descrito por la Ley, restringe su posible realización a un círculo limitado de personas”.

La Sala Tercera ha hecho hincapié en que, debido a la naturaleza del delito de violación, este correspondía a un delito de propia mano, ya que el dominio del hecho “solo puede tenerlo el sujeto que realice personalmente la conducta descrita en el tipo (en la especie, quien ejecuta el acceso carnal)”. (Sentencia 2000-1427 de las diez horas del quince de diciembre de dos mil).

Hoy me parece insostenible esta posición en todos los supuestos del delito de violación, y se limitaría únicamente al caso de autor hombre y mediante la hipótesis del acceso carnal, mas no sería válida para el resto de supuestos del tipo penal.

Dicha característica se encuentra presente en la actualidad en el tipo penal en el párrafo primero del artículo 156, por lo que puede afirmarse que, en relación con el supuesto allí regulado, estamos en presencia de un delito especial propio, pues para su comisión, se debe ser hombre y, además, es un delito de propia mano, porque se debe contar con un pene con capacidad de erección, y dicho pene y no otro debe ser introducido por alguna de las vías indicadas en el tipo penal en contra de la voluntad de la víctima o sin que ella pueda disponer válidamente del bien jurídico libertad sexual.

En resumen, estamos frente al supuesto de que la comisión del hecho punible solo un hombre la puede cometer y por medio de la introducción de su pene por vía oral, anal o vaginal. En consecuencia, tal hipótesis no admite la comisión del delito por parte de una mujer a título de autora, lo puede hacer a título de coautora (artículo 45 del Código Penal), o por medio de la autoría mediata, empleando para tales efectos un instrumento hombre (nunca otra mujer).

Tómese en cuenta, eso sí, que, en tal caso, al admitirse la hipótesis de la conducta pasiva, es decir, al permitirse que el autor del delito lo sea por obligar a la víctima a accederla, esta puede ser un hombre, pero igualmente, no lo puede ser una mujer (por ausencia de pene).

3.b.2) Violación como delito común

Por otra parte, el delito de violación actualmente ha abandonado por completo las dos características *ut supra* indicadas; es decir; como delito especial propio y de propia mano, salvo lo ya apuntado *ut supra*, Al admitirse la posibilidad de que el delito sea cometido por medio de la introducción a la víctima de uno o varios dedos, objetos o animales (esta última hipótesis será analizada *infra*) o, incluso, la hipótesis de la conducta reflexiva, esto es, obligar a la víctima a introducirse a sí misma.

Los delitos comunes son aquellos cuyo sujeto activo es indeterminado, es decir, cualquier individuo está en condiciones de ejecutar la conducta típica, sin que para ello sea indispensable ninguna condición especial referible a su persona, distinta de su calidad de ser humano con aptitud para desarrollar a la que se refiere el respectivo tipo (Cfr. Arboleda y Ruiz, s.f.: 170).

De tal suerte que hoy en día el delito de violación es un delito común, tanto un hombre como una mujer lo puede cometer y por vía anal. Cualquier persona sin importar el sexo puede ser víctima. Evidentemente por vía vaginal, únicamente una mujer puede ser víctima; eso sí, un transexual con una neovagina también lo podría ser, en cuyo caso debería afirmarse su condición de víctima más allá de que se trate de una persona a quien se le ha sometido a una operación de cambio de sexo.

Esto último se conforma a partir de la afirmación de que el bien jurídico "tutelado" por excelencia lo es la libertad sexual; aunque existen bienes jurídicos protegidos de manera accesoria como lo son la integridad física, psicológica, moral, entre otros.

En tal supuesto, se admite el delito de violación a todas las formas de participación (complicidad, instigación y, además, se trata de un delito de participación necesaria). La participación necesaria es:

[...] la colaboración con carácter de autoría de varios sujetos necesaria para la integración de algunos tipos penales y que no depende de la arbitrariedad de los que actúan. [...] el término resulta de su contraposición a la participación "facultativa" [...]. Con ello se indica que en la llamada "participación necesaria" el concurso de varios sujetos es necesario porque es exigido por la ley, mientras que en la "participación facultativa", el concurso de varios sujetos no es exigido por la ley, sino que él depende de la voluntad de los participantes. (Castillo, 2010: 558).

En cuanto a la primera de estas formas de participación mencionadas, según Castillo (2010: 528), la complicidad se trata de:

[...] una contribución causal subordinada al dominio del hecho del autor principal, que no implica, autoría ni instigación. Esta contribución causal hace posible, refuerza, facilita o hace segura la comisión del hecho punible y, mediante ella, el cómplice lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por el respectivo tipo penal realizado por el autor.

Por otro lado, el mismo autor indica que la figura de la instigación:

se limita a causar o hacer nacer en el autor, mediante influencia psíquica, la resolución de cometer el hecho punible. El instigador no tiene ni quiere tener el dominio del hecho, que lo tiene el autor." Castillo agrega que esta última característica es de especial importancia porque "diferencia al instigador del coautor o del autor mediato, que sí tienen el dominio del hecho. (Castillo 2010: 498).

Ambas formas de participación son ampliamente posibles considerando el análisis realizado al tipo penal, en el que se descarta que este sea tanto un delito especial propio como uno de propia mano, cuando se contemplan las demás hipótesis del tipo penal.

De igual forma, la hipótesis concursal (curso ideal) con un autor n, existen tres distintos supuestos que deben ser analizados.

Medio de la introducción anterior, al admitirse la posibilidad e único admite el delito de violación, en el supuesto de introducción simultánea por vía distinta sea de dedos u objetos y/o el acceso carnal o bien el curso material, cuando esta sea ejecutada por multiplicidad de autores en forma simultánea o alterna por distintas vías.

3.b.3) Formas de comisión

En cuanto a las formas de comisión del delito de violación, existen tres distintos supuestos que deben ser analizados.

3.b.3.1) Acceso carnal por vía oral, anal o vaginal

Se trata de la hipótesis “natural”⁸ del delito de violación. Es decir, el supuesto “natural” del delito consiste en que una persona (de cualquier sexo) sea accedido carnalmente por un victimario (hombre), quien para satisfacer sus más bajos instintos sexuales, ha abusado del cuerpo de la víctima.

Sin embargo, a pesar de que para consumir el delito de violación en este supuesto, se requiere el acceso carnal, es decir, la penetración. La jurisprudencia más reciente de la Sala Tercera ha interpretado extensivamente el tipo penal, aceptando que este se configura cuando se da una suerte de “penetración vulvar”. Lo anterior ha sido expresado por la Sala en los siguientes términos:

[...] la penetración vestibular o vulvar, sí afecta la intimidad de la mujer, infringiendo el tipo penal de violación, admitiéndose de esa manera, la posibilidad de que dicho delito se consume, mediante un acceso carnal parcial (no necesariamente íntegro) y sin ruptura del himen. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01581 de las nueve horas con dieciséis minutos del diez de diciembre de dos mil quince).

Como desde el punto de vista antropológico, el pene cumple con una función reproductiva introduciéndolo en la cavidad vaginal hasta la eyaculación, parece que más allá de cualquier cuestionamiento que válidamente podría hacerse al respecto y sobre lo que por innecesario omitiré referirme, aparte de la hipótesis de introducción del pene por vía vaginal, las vías oral y anal se presentan como formas sustitutivas de aquella que alguna similitud guardan con ella, de allí surge el empleo del término.

Dentro de esta hipótesis, la denominada felación⁹ está claramente contemplada en caso de introducción del pene en la boca, no así la estimulación bucal exterior, mas no está prevista la hipótesis del *cunnilingus*¹⁰, por lo que la posibilidad de comisión de esta hipótesis delictiva está excluida en caso de que se practique la conducta sobre una mujer, independientemente de quien compele a quien practica el acto sea hombre o mujer.

Lo anterior también ha sido contemplado por la jurisprudencia de la Sala Tercera en los siguientes términos:

De todos modos, volviendo a la declaración que dio la perjudicada y que consta en la sentencia de primera instancia, nótese que la dinámica a la que hace alusión es la propia de un acto de sexo oral con penetración (“[...] me hizo hacerle sexo oral, él me succionó los pechos, me decía que lo mamara [...]”). Ese segmento de la

declaración [...], amerita ser enmarcado en el contexto lingüístico costarricense. En este, como es de conocimiento general, una expresión como la mencionada, aduce no simplemente al acto de lamer el órgano sexual (en cuyo caso la jerga común utiliza el verbo "chupar"), sino a succionar mediante la introducción del pene en la cavidad bucal. (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 01432 de las diez horas del trece de noviembre de dos mil quince).

3.b.3.2) Introducción de dedos u objetos

El empleo de dedos u objetos con fines sexuales, si bien es cierto, se trata de "formas anormales"¹¹⁷ de actos sexuales, está previsto por el legislador como forma de comisión del hecho punible.

Únicamente se contempla la posibilidad de cometer el hecho punible por dos vías: la anal y/o vaginal.

Al respecto resultan válidos los apostillamientos expuestos en relación con la participación y concursos hechos *ut supra*.

La introducción de dedos y/o objetos por vía oral queda fuera de esta hipótesis delictiva, así se trate de una conducta realizada con fines sexuales (efectos psicológicos en la persona victimaria) y/o bien, con objetos diseñados o utilizados con tales fines v. gr. dildos, consoladores, vibradores, entre otros.

Asimismo, respecto a la configuración del delito de violación por la introducción de dedos, la jurisprudencia ha establecido que no es necesario que dicha introducción sea completa o que se cause la ruptura del himen para que el delito sea consumado. Esto ha sido indicado por la Sala Tercera en los siguientes términos:

Lo que tuvo por demostrado el Tribunal [...] como constitutivo del delito de violación calificada, fue que el encartado

introdujo uno de sus dedos en la vagina a la menor [...]. Si bien es cierto el dictamen [...] es claro al señalar que dicha ofendida presenta "himen anular íntegro, no dilatado ni dilatado", ello no implica que no se haya dado la violación. Esto porque el delito se configura, entre otros supuestos, con la introducción del dedo por vía vaginal. Y esta introducción no tiene por qué ser completa ni tampoco tiene que implicar la ruptura del himen. (Sentencia 000605 de las cuatro horas con cincuenta minutos del treinta y uno de mayo del dos mil siete).

3.b.3.3) Animales

El supuesto del empleo de animales con fines sexuales como víctimas pasivas del acto (**bestialismo activo**) no encaja dentro de la hipótesis prevista como violación, por cuanto el tipo penal exige que se "introduzcan" animales por vía vaginal o anal.

Tampoco resulta posible hablar de violación en el caso de que se comete a la víctima del delito a acceder de cualquier manera a un animal, en cuyo caso, se estaría ante una hipótesis de coacción. Esto resulta especialmente difícil de aceptar, cuando debe entenderse dicho acceso como la introducción del pene por cualquier vía en un animal, macho o hembra, lo cual deviene en intrascendente para efectos del delito de violación.

El legislador comete un yerro al enunciar el tipo penal de la forma que lo hace, puesto que es claro que no pudo por necesidad racional, pensar en introducir un animal por ninguna de esas vías, hipótesis ontológicamente posible únicamente tratándose de animales de poco tamaño puesto que de lo contrario resulta prácticamente imposible dada la capacidad física y elástica de la cavidad vaginal y el ano (v. gr. mamíferos pequeños, aves, peces, insectos).

Parece entonces que la hipótesis que el legislador contempló consiste más bien en el empleo de

animales para que accedan por vía vaginal y/o anal a la víctima, en cuyo caso se requiere que se trate de un macho con posibilidad de introducir su miembro por alguna de esas vías. La víctima del delito puede ser de cualquier sexo.

El problema que se presenta en esta hipótesis va más allá del simple análisis objetivo de la conducta, puesto que el animal bajo la perspectiva jurídica “no es equiparable al ser humano”, por lo que no estamos en presencia de la hipótesis prevista en el artículo 45 del Código Penal, ya que no se puede considerar como “otro y otros”, sino más bien, desde el punto de vista jurídico, los animales son equiparables con los objetos y de allí el empleo de animales en caso de la inexistencia del supuesto específico, caería en la hipótesis *ut supra* indicada (la del empleo de objetos).

Lo más complejo de aceptar es el hecho de que el animal, en cuanto tal, estimulado y de manera instintiva, podría verse suficientemente atraído para realizar por sí mismo la acción (téngase presente la hipótesis del ganado mular por ejemplo en donde mamíferos de especies distintas se aparean de forma “natural”, es el caso del burro yegüero que es entrenado para acceder a la yegua y esta lo recibe como pareja).

Con base en lo anterior, se estaría trasladando la responsabilidad penal por el acto cometido por un objeto hacia una persona. Aplicando un razonamiento apagógico, sería algo así como hacer responsable de homicidio a título de dolo “porque el árbol quiso caerse”, al dueño del inmueble en el cual estaba plantado.

Tómese en consideración que estamos en presencia de “*partes de animal*” y no de un animal entero, pues como se indicó, resulta materialmente imposible, así se trataría v. gr. un miembro del animal, una pata de este (perro, gato, conejo, gallina, etc.). Pero estas partes de animales deben estar formando junto con el animal, una unidad viva, por cuanto la amputación y/o el desprendimiento de dichas partes las convierte

de inmediato en objetos y, en tal caso, caerían en tal hipótesis (introducción de objetos) y no en la que estamos analizando.

4) ***El concepto de víctima en el delito de violación actual***

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la víctima del delito de violación puede ser tanto hombre como mujer.

En el caso particular de la mujer, por razones obvias, es la única que puede ser víctima de violación por la vía vaginal. Aunque, *ut supra*, hemos dejado ya claro que en el caso de un transexual, no vemos problema alguno de afirmar la hipótesis de violación si es accedido por su neovagina, como tampoco lo vemos en el supuesto de que un pene trasplantado o construido quirúrgicamente sea introducido por vía oral, anal y/o vaginal, sea que este se encuentre en el cuerpo de un hombre que haya sufrido algún tipo de lesión previa, o bien, en el cuerpo de una mujer biológicamente determinada y que haya sido operada para un cambio de sexo.

Volviendo sobre el tema ya expuesto, podría cuestionarse aquí, si en el supuesto de que una persona biológicamente definida como hombre pero transexual puede ser víctima del delito, y si es posible considerar la neovagina como “vagina” en términos jurídicos.

Al respecto, no veo mayor problema, pues no me cabe la menor duda de que tratándose de una mujer biológicamente determinada y a quien, en virtud de cualquier causa, haya sido necesaria la realización de una cirugía para la construcción de una neovagina, no sea posible afirmar la hipótesis de violación cuando concurren los elementos constitutivos de la infracción.

Por tanto, si se le ha negado *ut supra*, la posibilidad de ser víctima de violación al hombre, en caso de la vía vaginal, lo es por inexistencia de ella. Pero siendo el bien jurídico tutelado la libertad sexual y no la integridad vaginal, no encuentro razón alguna para negarlo en tales supuestos.

5) *Sobre el derecho a la interrupción del embarazo por parte de la víctima*

Tal como se indicó líneas atrás, al inicio de este artículo, la cuestión medular bajo estudio es si debe reconocerse como un derecho de la víctima de violación, la interrupción del embarazo cuando este es producto del delito.

En primera instancia, entiendo “derecho” no como una categoría ontológica en sí misma; es decir, con existencia propia e independiente, tal y como parecen entenderlo sobre todo quienes defienden el discurso de los derechos humanos y que los derivan del principio de dignidad de la persona, es decir, con carácter de inherencia, sino que más bien, concibo el derecho de una manera más simple, esto es, como una necesidad humana que encuentra en el ordenamiento jurídico un correlativo de reconocimiento, más simple, cuando el Estado reconoce al individuo lo que este considera que es una necesidad en el plano subjetivo.

Entendido así el derecho, me parece relativamente simple y hago una profunda pausa aquí e insisto que me parece muy simple considerar la necesidad de una víctima de violación, acerca de si se le reconoce como derecho, la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando este ha sido producto del delito.

Explico que me resulta simple considerar necesaria la discusión, pero lo que desde ningún punto de vista resulta simple es si se reconoce como derecho tal cosa, o si se acepta que la vida humana comienza con la unión de los gametos o, por el contrario, con la anidación en la pared de la matriz del óvulo fecundado o la implantación de este cuando median técnicas de fecundación asistida o, si en cambio, se reconoce la vida en un momento posterior.

Las discusiones acerca de si el “producto” tiene derechos en sí mismo son más complejas, en cuyo caso, si el aborto es un acto en su contra y, por

lo tanto, la madre puede “atentar en su contra” y, en tal supuesto, en ¿qué se fundamenta ese “derecho”?

Claro está que, al otro lado de la discusión, encontramos a quienes señalan –no sin razón– que no existe “derecho” a obligar a la madre a soportar un embarazo no deseado.

No menos importante es la discusión de si resulta ética y moralmente aceptable exigirle a la mujer que continúe con el embarazo hasta el final y luego “expropiarle el producto”.

En síntesis, sobre esos y otros aspectos que escapan por mucho los fines de este artículo, se debaten quienes por un lado apoyan el aborto y, por el otro, quienes lo rechazan.

Este artículo busca únicamente poner el dedo en la llaga en relación con un único aspecto, a saber, si el hombre tiene derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo no deseado con absoluta independencia del criterio de la madre.

No se trata de un “pseudoderecho” o de una “discriminación más hacia las mujeres”, mucho menos de un acto de machismo, nada de eso, se trata de una realidad en términos jurídicos que NUNCA he visto sobre el foro de discusión y que me parece que es de la más absoluta importancia.

Hemos visto que en Costa Rica una víctima del delito de violación puede ser un hombre, lo puede ser como víctima de otro hombre, pero también como víctima de una mujer, puesto que el delito admite distintas formas de comisión y distintas vías, de tal suerte que al respecto estamos frente a un delito común.

En cambio, la hipótesis contemplada en el artículo 157, inciso 6) del Código Penal es conceptualizada como supuesto en que la víctima del delito es una mujer, pues por razones biológicas, es la única en la especie humana que puede concebir, al menos en el estado actual de la evolución y el desarrollo de la ciencia.

Lo que en definitiva el legislador no ha previsto y que han soslayado por completo quienes discuten acerca del “derecho a la interrupción del embarazo” en caso de violación es la hipótesis de que la víctima del delito es un hombre y que la autora del delito es la mujer, sea como autora directa del delito o que actúe como una tercera con dominio funcional del hecho o como *interposita persona*.

Efectivamente, la mujer puede ser autora del delito de violación y, al mismo tiempo, podría quedar embarazada. Piénsese en supuestos de relaciones sexuales con personas quienes en razón de la edad no disponen del bien jurídico libertad sexual. Existe también la hipótesis del incapaz mental que por lo tanto no puede consentir en el acto sexual y es víctima de violación.

Adicionalmente está el caso del hombre que es compelido a tener relaciones sexuales con la victimaria o con otra mujer, y de tal relación se produce un embarazo.

En todos esos casos, estamos frente a distintos supuestos:

5.a) Caso de la *persona* menor de 13 años o el o la incapaz

En tales supuestos, el derecho de interrupción del embarazo estaría acordado a favor, ya no de la víctima del delito, sino de sus representantes legales, pues precisamente la persona menor de 13 años no tiene capacidad jurídica (en nuestro derecho no se adquiere hasta los 18 años) y el o la incapaz por razones obvias tampoco, así que se estaría reconociendo el derecho a un tercero, sobre la suerte de la vida de otro tercero (producto), por encima de sus progenitores (padre y madre).

5.b) Caso de la víctima del delito

En este supuesto, resulta un poco “más aceptable” –si es que cabe el término–, ya que quien decidiría acerca de la suerte del “producto” es uno de sus progenitores, quienes por ley y en el ejercicio de

la patria potestad, de por sí deciden por los y las menores (aunque desde luego no resulta aplicable al derecho a la vida del producto), y que dada la existencia del artículo 21 de la Constitución Política, necesariamente debemos aceptar que no es viable jurídicamente reconocer el derecho a abortar en nuestro derecho y, mucho menos, decidir por la madre, obligándola a soportar un aborto que ella no desea.

6) Conclusiones

Una vez analizados los elementos del tipo de violación y los distintos supuestos, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) En Costa Rica no existe un derecho al aborto. Constitucionalmente existe una protección absoluta del derecho a la vida, y su inviolabilidad implica que, para hablar de aborto, se requiera de un cambio de la Carta Magna.
- b) Cuando se habla del derecho de la víctima de la violación a la interrupción del embarazo, suele invisibilizarse el hecho de que si bien es cierto los hombres no pueden embarazarse, no necesariamente, en caso de violación, quien se embaraza es siempre la víctima.
- c) Cuando quien se embaraza es la autora del delito, la situación de otorgar el derecho de abortar a la víctima supone que, en relación con un derecho al aborto, de este último serían afectados tanto la autora del delito y el “producto”.
- d) Los movimientos feministas que propugnan el derecho a la interrupción del embarazo en caso de violación ignoran por completo la situación de la mujer que, siendo autora del delito de violación, podría verse compelida a la interrupción del proceso de gestación por disposición de los padres de la víctima, del curador del incapaz o, incluso, del progenitor del producto, quien no desea la paternidad por ser víctima del delito.

- e) Reconocer el derecho a decidir sobre la continuación del embarazo en caso de violación, no necesariamente es una situación que reconozca y mejore la situación de la mujer en cuanto a la autodeterminación; más bien, crea una situación jurídica de riesgo, expropiando a la mujer la decisión en torno al embarazo y abre la posibilidad de realizar imposiciones sobre la maternidad en proceso, las cuales podrían resultar odiosas e inaceptables.
- f) Faltan análisis y estudio sobre los supuestos aquí analizados, los cuales hacen que la toma de posición al respecto resulte en este momento prematura, dado el estado actual de la discusión.

7) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arboleda, M; Ruiz, J. (s.f.) *Manual de derecho penal*. (4ta edición). Colombia, Bogotá: Editorial Leyer.

Borja, E. (2001). *Ensayos de derecho penal y política criminal*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo, G. F. (2010). (Vol. 3). *Derecho penal: Parte general*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Cerezo M., J. (2003). *Curso de derecho penal español*. Tres tomos. España, Madrid: Editorial Tecnos.

Chirino, A., González, L., Tiffer, C. Compiladores. (2007). *Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Cobo, R. M., y Vives, A., T. S. (1999). *Derecho penal: parte general*. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

Eser, A., Burkhardt, B. (1995). *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. España, Madrid: Editorial COLEX.

Forero, A., Rivera, I., Silveira, H. C. Editores. (2012). *Filosofía del mal y memoria*. España, Barcelona: Anthropos.

García-Borés Espí, J. *Castigar: La única ocurrencia en Rivera, I., Silveira H. C., Bodelón, E., Recasens, A. Coordinadores. (2006). Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*. España, Barcelona: Anthropos. pp. 203-209.

Jensen G. D. (2012). *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA.

León M., V. (2001). *Derecho penal general*. 4ª ed. Colombia, Cartagena: Editorial Leyer.

Llobet R., J. (2002). *La teoría del delito en la dogmática penal costarricense*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Llobet R., J. (2007). *Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Salas M., E. (2010). *La acción en el derecho penal: crítica de un dogma y sus vicios argumentativos en Llobet R., J y Durán Ch., D. Compiladores. Política criminal en el Estado social de derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental.

Mendoza, V. L. (2002). *Derecho penal general*. 4ª ed., Colombia, Bogotá: Editorial Leyer.

Montenegro R., W. (2011). *Código Penal*. Dos tomos. Costa Rica, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Muñoz C, F., García A. M. (2012). *Derecho penal. Parte general*. 5ª ed. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

Reyes Mate Rupérez, M. (2012). *Teoría crítica: La "Escuela de Frankfurt"*. *Walter Benjamin: Tesis sobre el concepto de historia en Forero, A., Rivera, I., Silveira, H. C. Editores, Filosofía del mal*

y memoria. España, Barcelona: Anthropos, pp. 61-98.

Rivera, I., Silveira H. C., Bodelón, E., Recasens, A. Coordinadores. (2006). *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*. España, Barcelona: Anthropos.

Roxin, C., Arzt, G., Tiedemann, K. (1999). *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*. España, Barcelona: Editorial Ariel S. A.

Salas, M. E. (2012). *Los rostros de la justicia penal*. Costa Rica, San José: Editorial Isolma.

Salazar, A. (2012). *Cinco problemas por resolver. Un análisis comparado de derecho penal costarricense-español*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA.

Salazar, A. Compilador. (2013). *Las garantías en la ejecución de la pena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en derecho penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Principios fundamentales del derecho penal reconocidos por la Corte IDH*. Costa Rica, San José: Editorial ISOLMA, pp. 157-195.

Torrente, D. (2001). *Desviación y delito*. España, Madrid: Alianza Editorial.

Zaffaroni, E. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. (1ra. edición). Argentina, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Velázquez V., F. *El funcionalismo jakobsiano: Una perspectiva latinoamericana*. En Chirino, A., González, L., Tiffer, C. Compiladores. (2007). *Humanismo y derecho penal. Al profesor Henry Issa El Khoury Jacob. In memoriam*. Costa Rica, San José: Editorial Jurídica Continental, pp. 159-189.

Jurisprudencia

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Sentencia 01581 de las nueve horas con dieciséis minutos del diez de diciembre de dos mil quince.

Sentencia 01432 de las diez horas del trece de noviembre de dos mil quince.

Sentencia 935-04 de las quince horas con cincuenta minutos del seis de agosto de dos mil cuatro.

Sentencia 2000-1427 de las diez horas del quince de diciembre de dos mil.

Sentencia 000605 de las cuatro horas con cincuenta minutos del treinta y uno de mayo de dos mil siete.

Sentencia 2001-00977 de las nueve horas treinta y cinco minutos del cinco de octubre de dos mil uno.

Sentencia 2000-00128 de las nueve y cuarenta y cinco horas del cuatro de febrero de 2000.

Sentencia 2000-00568 de las nueve y quince horas del dos de junio de 2000.

Notas al pie

- 1 Profesor Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Costa Rica. Bachiller, Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica. LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania. Máster en Sociología Jurídico-penal por la Universidad de Barcelona Especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona
- 2 En la elaboración de este artículo, mis asistentes científicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica han tenido una participación importante: en relación con la recopilación y análisis de la jurisprudencia, Milagro Valverde Jiménez; con respecto a los antecedentes históricos del delito de violación, Paolo Cirotti García. Ambos han contribuido de manera significativa en cuanto a la recopilación e inserción de referencias bibliográficas. Al mismo tiempo, la máster Elizabeth Guerrero Barrantes colaboró en relación con la revisión final y la revisión de estilo
- 3 Cfr. Reyes Mate Rupérez, M. (2012: 69), quien así lo cita al explicar el concepto de Weber en torno al “politeísmo de los valores” y lo presenta como la prueba de la máxima irracionalidad de la Ilustración.
- 4 Para ampliar sobre este punto, puede consultarse a Salazar, A. (2013: 158).
- 5 Artículo 419. El que usare deshonestamente de niña que no haya cumplido la edad de doce años, sufrirá la pena de uno a cuatro años de presidio, o multa de dos a ochocientos pesos, sin perjuicio de la pena que mereciere por el daño causado. El que usare deshonestamente y violentamente de una mujer mayor de doce años, y menor de diez y siete, será castigado con uno a dos años de reclusión, o multa de uno a doscientos pesos. Artículo 421. Las disposiciones de los artículos anteriores, comprenden también a las mujeres, relativamente al uso o abuso que hagan de los hombres, mayores o menores de la pubertad.

Artículo 422. El que usare deshonestamente de niño o varón, o de niña o mujer por modos contrarios a la generación, o por vasos extraños, sufrirá la pena de cuatro a ocho años de presidio.
- 6 Por razones metodológicas, se evidencia la necesidad de destacar del tipo penal únicamente aquellos aspectos que interesan y no un estudio completo de todas sus variables, pues no debe perderse de vista que el interés de esta investigación se centra en un único aspecto del delito y es el relacionado con el “derecho de la víctima del delito de violación” a interrumpir el embarazo, con especial referencia al supuesto en que dicha víctima sea un hombre.
- 7 Debe distinguirse, eso sí, entre los denominados delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. En los segundos, básicamente la diferencia con respecto a los primeros radica en que en ausencia de la característica constitutiva de la infracción que lo hace especial, existe un correlativo de delito sin ella, de manera tal que la tipicidad residual de la conducta se mantiene, algo que no sucede con los primeros. La noción resulta más potable, si en lugar de la forma lingüística propio/impropio, se emplea, la forma castellana verdadero/falso. Al respecto puede ampliarse sobre el tema en Salazar, 2012: 34-37.
- 8 Pido aquí a la persona lectora una licencia literaria para utilizar el término como definición de tipo “estipulativa” únicamente para efectos explicativos. De ninguna forma, pretendo considerar una acción de tan baja ralea como “natural”, mucho menos normal y nada está más lejos de mi manera de pensar que una apología de esta.
- 9 Del lat. mod. *fellatio*, der. de *fellāre* ‘mamar’. Estimulación bucal del pene, según el *Diccionario de la Real Academia Española*.
- 10 Del lat. *cunnilingus* ‘que lame la vulva’. Práctica sexual consistente en aplicar la boca a la vulva. *Diccionario de la Real Academia Española*.

- 11 De nuevo aquí pido que se me permita el empleo del término como licencia literaria y como definición de tipo “estipulativo” para fines única y exclusivamente explicativos. Tal y como ya indiqué, porque se trata de prácticas sexuales antinaturales pero comunes y frecuentes entre parejas de cualquier sexo y, por tal motivo, hablar de “formas anormales” podría herir toda suerte de susceptibilidades, lo cual no me es extraño porque no encuentro una mejor manera de presentarlo a la persona lectora.

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL PARA PERSONAS ASPIRANTES A LA JUDICATURA GENERACIONES DEL 2011 AL 2015

MSc. Catalina Espinoza Sáenz¹
cespinozasa@poder-judicial.go.cr

Recibido 12/4/2018 aceptado 14/4/2018

RESUMEN:

Este artículo ofrece un análisis complementario a los realizados en el informe de la evaluación de resultados del FIAJ, esto con el fin de abordarlos desde otra perspectiva y analizar de forma individualizada el programa en sí. Antes de dicho análisis se hace un breve recorrido por el marco conceptual y metodológico de la evaluación realizada, esto con el fin de situar a la persona lectora. Ambas secciones vienen a aportar sobre los procedimientos que se llevan a cabo para realizar una evaluación de resultados. Como queda en evidencia, el Programa FIAJ, logra obtener resultados que oscilan entre un 3,15 y un 4,08 de promedio sobre 5, lo que asegura que las promociones del 2011 al 2015 del FIAJ, contaron con una sólida formación para ejercer la judicatura.

Palabras clave: *Evaluación de resultados; FIAJ; teoría del programa; constructo, escala.*

ABSTRACT

This article offers a complementary analysis to the ones made in the report of the assessment of the FIAJ results, in order to approach them from another perspective and to analyze the program itself in an individualized way. Before this analysis, a brief overview of the conceptual and methodological framework of the evaluation is made, in order to assist the reader. Both sections provide information on the procedures that are followed to carry out an evaluation of results.

As is evident, the FIAJ Program achieves results ranging from an average of 3.15 to 4.08 out of 5, which ensures that FIAJ graduations from 2011 to 2015 have a sound training to exercise the judiciary duties.

Keywords: *Assessment of results, FIAJ, Program Theory, complex variables, scale.*

Introducción

El presente artículo analiza los principales hallazgos, con respecto a la Valoración de la Prueba, obtenidos en la evaluación de resultados de la formación judicial en el desempeño laboral, que se realizó al Programa de Formación Inicial para Personas Aspirantes a la Judicatura (FIAJ), de la Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta, Poder Judicial-Costa Rica, la cual finalizó en agosto del 2017.

“La evaluación se define como una herramienta para la toma de decisiones” (p1 Eiliana Montero, 2004) por su parte, las evaluaciones de resultados buscan determinar el efecto del programa, en el desempeño de las personas juzgadoras, según Rossi et al, el efecto del programa se refiere a la proporción del cambio generado, que puede ser atribuido directamente al programa en sí y no a otras variables. (Peter Rossi et al, 2004)

Uno de los objetivos específicos de la mencionada evaluación, fue medir el desempeño del grupo de personas graduadas del FIAJ, con respecto a la valoración de la prueba que se lleva a cabo, para dictar una sentencia. En este artículo se hace un análisis complementario, al realizado en el informe de la evaluación, ya que este se centra solamente en el grupo del FIAJ

Breve reseña del Programa FIAJ

El programa de Formación Inicial para aspirantes a la judicatura (FIAJ), tiene una duración de un año. La primera parte consta de tres bimestres y se desarrolla de forma presencial. Está conformada por doce módulos donde se trabajan las competencias requeridas para el adecuado, desempeño de juezas y jueces. La parte presencial se complementa, con cinco talleres de enfoque instrumental y especializado.

En los siguientes seis meses se desarrolla la práctica tutelada, que es una pasantía que realizan las personas participantes del Programa FIAJ en juzgados mixtos, especializados y de apelación,

así como visitas a instancias públicas que se relacionan con la labor de la jueza o del juez. Una vez completadas estas dos etapas, la persona aspirante a la Judicatura presenta un proyecto de graduación con el fin de resolver un problema concreto, o bien, realizar la preparación y la ejecución de una actividad específica, inherente al perfil de salida (Escuela Judicial, 2009).

La tabla 1 presenta el plan de estudios del Programa FIAJ.

Tabla 1
Programa de estudios del FIAJ

Función jurisdiccional	Gestión de talento humano	Manejo de audiencias
Taller. Implicaciones éticas de la función judicial.	Valoración de la prueba.	Toma y emisión de decisiones
Razonamiento y argumentación	Dirección de proceso.	Organización y planificación del despacho.
Tutela de los derechos humanos	Soluciones alternas.	Ejecución de Resoluciones
Taller: Comunicación oral y escrita en la función judicial	Taller: Cultura de servicio y transparencia.	Taller. Elaboración del cuadro fáctico.
Taller: Manejo de los medios tecnológicos de uso institucional	Guía para la realización del Proyecto Final de Graduación	Tutoría de consulta para el Proyecto Final de Graduación.

Fuente: Calendario Académico 2010-2011, FIAJ

El enfoque pedagógico que adopta este programa es el de competencias, el cual se

conceptualiza bajo el paradigma constructivista. Su diseño fue concebido de forma integrada, por lo que el desarrollo de las competencias se logra a lo largo de todo el programa, y cada módulo conjuga competencias de otros módulos. (Escuela Judicial, 2009)

Con respecto a la Teoría del Programa

La Teoría del Programa es un concepto clave en las evaluaciones de resultados, esta busca evidenciar la lógica del programa y cómo se producen los resultados. Se compone tanto de la teoría del proceso, como de la teoría de impacto. La Teoría del Proceso “es una descripción global de los supuestos y expectativas de cómo se supone que el programa opera”. Mientras que la Teoría de Impacto “describe la secuencia de causa-efecto en la cual, las actividades del programa son las causas y los beneficios sociales son los efectos que se producen al final” (Andrea Collado, 2012).

Dado que la evaluación busca determinar el resultado en el desempeño laboral que genera el FIAJ, y no las mejoras en la calidad de vida de las personas intervenidas por el programa; lo cual confiere a la evaluación de impacto, la teoría a la que se le dio énfasis en la evaluación fue la de proceso.

En el caso de las evaluaciones de resultados en el ámbito de la formación judicial, la Teoría del Proceso viene siendo el conjunto de competencias o conocimientos que se desarrollan en la capacitación, los cuales modifican o inciden en el desempeño laboral de la persona capacitada, así como las estrategias didácticas que se han llevado a cabo en la actividad académica, para desarrollar estas competencias o alcanzar los objetivos establecidos.

A través de la Teoría del Programa, se pretenden evidenciar las relaciones causales entre lo que el Programa proporciona y el resultado que se espera de éste. Por dicha razón, se representa en diagramas, ya que esta forma permite ver con más claridad la lógica, sobre la cual se basan las mediciones que se realizan en la evaluación.

A continuación se presenta un extracto de la teoría de programa, a fin de ejemplificar las estrategias

llevadas a cabo en el FIAJ, para desarrollar los procedimientos que componen la valoración probatoria.

Figura 1

Extracto de Diagrama 4. Teoría del Programa- Teoría del proceso

En el módulo se busca que las personas participantes logren: Determinar con objetividad y transparencia la licitud, utilidad y pertinencia de los elementos probatorios propuestos por los sujetos procesales u ordenados para mejor resolver; cuya reproducción y evaluación individual e integral, permita o no la demostración de los hechos relevantes y controvertidos sobre los que versará la decisión.



Para lograr esto el grupo debe delimitar los hechos objeto de la actividad probatoria en el caso asignado, discutir los temas planteados en la hoja de trabajo y completar los puntos allí indicados. Una vez delimitados los hechos objeto de la actividad probatoria, cada grupo conoce el material probatorio ofrecido y decide cuál debe ser admitido y cuál no.



A través de la actividad anterior se determina la licitud, utilidad y pertinencia de los elementos probatorios.



En otra actividad didáctica que se realiza, se determina la regulación por materia de cada fase de la actividad probatoria. Se inicia la fase de admisibilidad. Por ello, se plantean dos preguntas, para delimitar los criterios de pertinencia y utilidad. Después, se forman 4 subgrupos y se entrega a cada uno un juego de votos seleccionados. Cada subgrupo estudia los votos asignados, designa a una persona relatora y responde el cuestionario. Cada persona relatora expondrá oralmente las respuestas y se propiciará la discusión. Finalmente, se delimitan los criterios que permiten identificar la prueba ilícita y su tratamiento.



El resultado logrado en estos procesos de formación, se pueden evidenciar en las resoluciones sobre la admisibilidad de la prueba, en las resoluciones de gestiones posteriores de los sujetos procesales (por ejemplo de prueba para mejor resolver). Y en las resoluciones que ponen fin al proceso.

Fuente: Informe de la evaluación de resultados del FIAJ, 2017

El constructo

Una vez que se verifica, por medio de la Teoría del Programa, que el FIAJ cuenta con un sustento teórico-metodológico para generar resultados que se puedan evidenciar en el desempeño laboral, se delimita el constructo, que se refiere a las o la variable multidimensional que será medida en el proceso evaluativo.

Para este caso el constructo es el desempeño laboral, el cual se conceptualizó de la siguiente manera: “Serie de acciones que realiza la persona juzgadora uno, para cumplir con las tareas relacionadas a su puesto” (Escuela Judicial, Lic. Édgar Cervantes Villalta, 2017). La jueza o juez uno conoce las materias de: Pensiones Alimentarias, Violencia Doméstica, Tránsito, Contravencional, Laboral y Civil. Para efectos de la evaluación se delimitó el desempeño laboral en dos dimensiones; la jurisdiccional y la gerencial. Sin embargo en el presente artículo, solamente haremos referencia a la jurisdiccional, que se entiende como: “la tarea por excelencia de una persona juzgadora de emitir resoluciones judiciales” (Escuela Judicial, Lic. Édgar Cervantes Villalta, 2017).

Para llevar a cabo la medición respectiva se seleccionaron sentencias o resoluciones judiciales, que permitieran verificar la valoración que se dio de la prueba presentada por las partes en el litigio en marras. Los tipos seleccionados son los siguientes, los cuales se detallan por orden descendente y por materia.

VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. Sentencia (Medidas definitivas)
2. Resolución inicial (se dictan las medidas provisionalmente)
3. Ejecución (Seguimiento, o se modifican las medidas)

PENSIONES ALIMENTARIAS

1. Sentencia (Pensión definitiva)
2. Sentencia de procesos de modificación de la cuota alimentaria (procesos de rebaja, modificación o exención de pensión)
3. Resolución inicial (Pensión provisional)

PROCESOS DE PROTECCIÓN DE PERSONAS ADULTAS MAYORES

1. Sentencia (Medidas definitivas)
2. Resolución inicial (se dictan las medidas provisionalmente)
3. Ejecución (Seguimiento, o se modifican las medidas)

CIVIL

1. Sentencia Abreviados
2. Intimatoria y Monitorios Cobratorio y Arrendamientos con oposición
3. Arrendamientos
4. Sentencia Interdictal
5. Ejecuciones de Sentencia

LABORAL

1. Ordinarios Laborales
2. Infracción a las leyes de trabajo

CONTRAVENCIONAL

1. Sentencia contravencional
2. Auto que dicta medidas cautelares

TRÁNSITO

1. Auto que dicta medidas cautelares de bienes
2. Sentencias de tránsito.

La metodología utilizada

Para la evaluación, se utilizó un diseño de medición de comparación del grupo que se egresó del FIAJ (experimental) y de un grupo de personas juzgadoras que no llevó el FIAJ (control). No obstante, el presente artículo se centra en los resultados obtenidos por el grupo de personas egresadas del FIAJ solamente.

Para medir los indicadores de la función jurisdiccional se utilizó una escala del 1 al 5 en donde 1 es malo y 5 excelente, a través de este instrumento se valoraron las sentencias recabadas para tal fin, tanto del grupo experimental como del control. Esta escala fue validada tanto por los

especialistas internos de la Escuela Judicial, así como personas juzgadoras de diferentes juzgados (ver anexo 1). Cada sentencia fue calificada por tres personas juzgadoras 3, que en su puesto de trabajo, conocen de oficio, las apelaciones de las sentencias de las juezas y jueces 1.

La muestra que participó en la evaluación se seleccionó entre las personas que se graduaron del FIAJ entre el 2011 y el 2015, y que hubieran ejercido el puesto de jueza o juez 1 en los años 2015 y el 2016.

En la siguiente tabla se detallan los indicadores que se tomaron en cuenta, para evaluar la valoración de la prueba.

Tabla 2
Indicadores función jurisdiccional

Indicador	Definición	Estimación
Admisibilidad de la prueba	Es la determinación de la licitud, utilidad y pertinencia de la prueba, que hace la persona juzgadora.	En una sentencia, por medio de una escala: Excelente, Muy bueno, Bueno, Regular y Malo.
Valoración de la prueba	Se refiere al análisis de la prueba evidenciado en la sentencia, a partir de los métodos de interpretación jurídica y los sistemas de valoración.	
Presentación de la prueba	El uso del lenguaje comprensible, preciso a la hora de presentar la prueba en la sentencia, evitando el uso de elementos innecesarios.	
Fundamentación de la prueba	Se distinguen y señalan los hechos relevantes admitidos. Además, se determina cuáles hechos no fueron controvertidos.	

Fuente: Informe de la evaluación de resultados del FIAJ, 2017

Los resultados obtenidos por el grupo FIAJ, con respecto a la valoración de la prueba

Es importante mencionar que la escala utilizada alcanzó los parámetros técnicos establecidos a nivel psicométrico, por lo que se puede afirmar que los resultados arrojados cuentan con evidencias de validez y confiabilidad. El desarrollo de los mismos se omite en este artículo, por limitaciones de espacio y para centrar la atención en los resultados alcanzados en la valoración probatoria.

A continuación, se presentan los resultados obtenidos por el grupo de personas egresadas del FIAJ en lo que respecta a la valoración de la prueba. Estos se desglosan por ítem, la letra N indica el número de observaciones de cada ítem, que en este caso corresponden a las sentencias calificadas por cada ítem, este número varía ya que no todos los ítems aplicaban en todos los casos.

La Media se refiere al promedio alcanzado por el grupo FIAJ, en cada ítem en una escala del 1 al 5, en donde 1 se califica como malo, 2 regular, 3 bueno, 4 muy bueno y 5 excelente.

**Tabla 4
Resultados de la Valoración
de la Prueba
Grupo FIAJ (experimental)**

	Nº	Media
Item 1: Valora cada elemento individual	53	3.79
Item 2: Valora bajo el sistema de comunidad de la prueba	52	3.77
Item 3: Valora la prueba y fundamenta sus razones	53	3.55
Item 4: Presenta la prueba sin agregar elementos innecesarios	51	3.57
Item 5: Lenguaje comprensible	55	4.05
Item 6: Lenguaje preciso	54	3.96

Item 7: Determina la licitud de la prueba	40	3.15
Item 8: Determina la utilidad de la prueba	50	3.82
Item 9: Determina la prueba pertinente	51	3.73
Item 10: Principio de Unidad probatoria	52	3.90
Item 11: Principio de favor probatorio	29	3.93
Item 12: Principio de comunidad de la prueba	39	4.00
Item 13: Principio de la libertad de la prueba	41	4.00
Item 14: Principio de contradicción	44	3.86
Item 15: Indubio pro de acuerdo a cada materia	24	4.08
Item 16: La sana critica racional	53	3.94
Item 17: Íntima convicción	22	3.82
Item 18: Criterios de prueba tasada	10	3.50
Item 19: En la fundamentación valoración adecuada de las pruebas	51	3.78
Item 20: Determina cuáles hechos fueron admitidos expresamente	46	3.70
Item 21: Determina cuáles hechos no fueron controvertidos	46	3.52
Item 22: Distingue hechos relevantes	50	3.72
Item 23: Establece hechos controvertidos	44	3.55
Item 24: Identifica la existencia de presunciones legales	29	3.76

Fuente: Informe de la evaluación de resultados del FIAJ, 2017

Todos los promedios alcanzados por el grupo FIAJ se encuentran entre la categoría de bueno y muy bueno. El aspecto que logró el promedio más alto, asignado por las juezas y jueces calificadoros, fue el abordaje de los indubios en

las diferentes sentencias, de acuerdo a la norma de cada materia, este con un 4,08. Seguido por el uso de un lenguaje comprensible en las sentencias, que registra un promedio de 4,05. Y la aplicación de los principios de comunidad de la prueba y libertad de prueba, ambos con 4 puntos de promedio, sobre 5. Estos cuatro aspectos se sitúan en la categoría Muy bueno, lo que evidencia que hubo un acertado abordaje de estos puntos a través del Programa FIAJ.

Los ítems que registran los promedios más bajos, pero aun así se encuentran en la categoría de Bueno, son: el 7, referente a la determinación de la licitud de la prueba, con 3,15 puntos de promedio. El 18, referente a los criterios de prueba tasada, con un 3,50 de promedio y el 21, en el que se tenía que evidenciar en la sentencia los hechos no controvertidos y obtiene un promedio de 3,52 puntos.

En conclusión, se puede afirmar que el Programa de Formación Inicial para Personas Aspirantes a la Judicatura (FIAJ), está cumpliendo su misión de brindar una preparación de alta calidad para las futuras juezas y jueces de la República de Costa Rica, específicamente en el tema de valoración probatoria.

Como reto, está siempre presente la mejora continua que busca la excelencia en cada aspecto. Para esto es importante analizar las estrategias didácticas y de gestión utilizadas con las promociones que recibieron el FIAJ entre el 2011 y el 2015, con el fin de replicarlas y maximizar aquellos aspectos que presentan oportunidad de mejora, bajo la consigna de alcanzar resultados superiores, en las promociones subsiguientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Collado Ch., Andrea. (2012). Contenidos básicos para la formulación de una propuesta de evaluación de impacto. VIII Conferencia Internacional REDLACME, Costa Rica.

Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta. (2017). Evaluación de Resultados de la formación en el desempeño laboral, Programa FIAJ. Poder Judicial, Costa Rica.

Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta. (2016). Marco de Referencia para las Evaluaciones de Seguimiento. Poder Judicial, Costa Rica.

Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta. (2009). Macrodiseño Programa de Formación Inicial Para Aspirantes a la Judicatura. Poder Judicial, Costa Rica.

Montero Eiliana. (2004). Marco Conceptual para la evaluación de programas de salud. Revista Población y Salud en Mesoamérica- Volumen 1, número 2, artículo 6, ene-jun, 2004.

Rossi, et al (2004). Evaluation A systematic Approach. Seventh edition. Londres, Inglaterra. Sage Publications.

ANEXOS

Anexo 1

Instrumento de valoración de las resoluciones judiciales

En Valoración Probatoria

Instrucciones: Califique la sentencia presentada a partir de cada uno de los rubros que se mencionan. Tome en cuenta la definición de la escala y aquellas que se aportan en los ítems necesarios.

Puntaje	Escala	Definición
5	Excelente	Cumple a cabalidad con todos los criterios técnicos.
4	Muy bueno	Cumple a cabalidad con los criterios técnicos.
3	Bueno	Cumple parcialmente con los criterios técnicos.
2	Regular	Cumple con solo algunos criterios técnicos.
1	Malo	No cumple con los criterios técnicos.
0	No aplica	No corresponde a lo evaluado.

Código de la sentencia calificada:

A. Valorar cada elemento probatorio de manera individual con los restantes elementos de prueba, con el fin de determinar su fuerza probatoria.

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
1. Valora cada elemento probatorio de manera individual	1	2	3	4	5	0	
2. Valora cada elemento de prueba en conjunto con los demás elementos probatorios bajo el sistema de comunidad de la prueba.	1	2	3	4	5	0	
3. Le asigna un valor a la prueba y fundamenta sus razones.	1	2	3	4	5	0	

4. Presenta adecuadamente la prueba sin agregar elementos innecesarios.	1	2	3	4	5	0	
5. Lenguaje comprensible	1	2	3	4	5	0	
6. Lenguaje preciso	1	2	3	4	5	0	

B. Determinar la licitud, utilidad y pertinencia de los elementos probatorios.

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
7. Determina la licitud de la prueba	1	2	3	4	5	0	
8. Determina la utilidad de la prueba	1	2	3	4	5	0	
9. Determina la prueba pertinente.	1	2	3	4	5	0	

C. Aplicar métodos de interpretación jurídica en correspondencia con los principios democráticos.

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
10. Principio de Unidad probatoria	1	2	3	4	5	0	
11. Principio de "favor probatorio"	1	2	3	4	5	0	
12. Principio de comunidad de la prueba	1	2	3	4	5	0	
13. Principio de libertad de la prueba	1	2	3	4	5	0	
14. Principio de contradicción	1	2	3	4	5	0	
15. In dubio pro (de acuerdo a cada materia)	1	2	3	4	5	0	

D. Sistemas de valoración

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
16. La sana crítica racional	1	2	3	4	5	0	
17. Íntima convicción	1	2	3	4	5	0	
18. Criterios de prueba tasada	1	2	3	4	5	0	
19. En la fundamentación de la resolución se evidencia una valoración adecuada de las pruebas. .	1	2	3	4	5	0	

E. Distinguir, a partir de los hechos relevantes, aquellos que son controvertidos y objeto de prueba

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
20. Determina cuáles hechos fueron admitidos expresamente	1	2	3	4	5	0	
21. Determina cuáles hechos no fueron controvertidos	1	2	3	4	5	0	
22. Distingue hechos relevantes	1	2	3	4	5	0	
23. Establece hechos controvertidos	1	2	3	4	5	0	

F. Presunciones legales.

Rubros	Malo	Regular	Bueno	Muy bueno	Excelente	No aplica	Observaciones
24. Identifica la existencia de presunciones legales	1	2	3	4	5	0	

OBSERVACIONES.

Notas al pie

- 1 Master en Evaluación Educativa y Master en Administración Educativa ambas de la Universidad de Costa Rica. Bachillerato en la Enseñanza del Francés de la Universidad de Costa Rica. Evaluadora y facilitadora de programas de capacitación en la Escuela Judicial, se ha desempeñado como profesora universitaria.

EL PODER DE DISCRIMINAR Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS LGBTI

LLM Herman M. Duarte¹
Herman@hduarte-lex.com

Recibido 13/12/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

Delimitar el alcance del término “discriminación” es la piedra de inicio para determinar si existe o no la posibilidad legal de que el Estado pueda excluir –legalmente– a un grupo de su población de las instituciones civiles que ofrece para regular las relaciones afectivas de pareja. En este artículo, se exponen los conceptos fundamentales de la discriminación y se evidencia la realidad de las personas LGBTI para concluir si es fundamentada –o no– la exclusión que existe hacia estas minorías al acceso a las instituciones civiles que el Estado ofrece y que son centrales para la sociedad: el matrimonio y la unión no matrimonial.

Palabras clave: *discriminación por orientación sexual, responsabilidad estatal, sistema interamericano de derechos humanos, matrimonio civil igualitario, derecho de igualdad, principio de no discriminación, regulación jurídica de población LGBTI en Latinoamérica*

ABSTRACT

Delimiting the scope of the term “discrimination” is the starting point for determining whether or not there is a legal possibility for the State to exclude -legally- a group of its population from the civil institutions it offers to regulate intimate relationships in couples. This article sets out the fundamental concepts of discrimination and highlights the reality of LGBTI people in order to conclude whether or not the exclusion of these minorities from access to civil institutions offered by the state and central to society - marriage and non-marital union - is well founded.

Keywords: *Discrimination on the basis of sexual orientation, State responsibility, Inter-American human rights system, equal civil marriage, right to equality, principle of non-discrimination, legal regulation of the LGBTI population in Latin America, etc.*

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la que reafirmó el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”.

Costa Rica debe estar consciente de esta declaración a raíz de su participación en las Naciones Unidas. Además, merece ser objeto de reflexión para que fomente una pronta actuación para cumplir con lo indicado.

Por su parte, el Sistema Interamericano y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”), del cual El Salvador es parte, han aprobado, desde el 2008, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios².

Pero, ¿qué es exactamente la discriminación? El concepto de discriminación es complejo, ha adquirido diferentes matices y cubre diversos ámbitos. Pese a ello, es un concepto que, bien entendido, no tiene mayor problema en cuanto a su ámbito de aplicación. Puede ser definido como el rechazo, estigmatización y, en algunos casos, la cultivación de odio a determinados colectivos o a individuos por cualidades inherentes a su calidad de persona. Dichas cualidades, que no pueden cambiarse, pueden ser tan variados como: el género, la raza o la orientación sexual.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) respalda lo expresado en el párrafo anterior, al definir la discriminación como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de

otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas³.

Para saber distinguir qué es y qué no resulta ser discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”⁴. En mi opinión, no existe una justificación razonable ni objetiva para que una persona no pueda contraer matrimonio civil (no religioso) o vivir en una unión de hecho (civil de nuevo), con otra persona de su mismo sexo.

La Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos) dispone en el artículo 1.1 lo siguiente:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Esta obligación que el Estado tiene ha sido reconocida por la Sala Constitucional por medio del voto 18-2004 del nueve de diciembre de dos mil nueve.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado lo siguiente sobre dicha norma:

78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de

*carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma*⁵.

Contrastar estas normas con la realidad de la población LGBTI en el país deja como resultado una violación de tal compromiso adquirido por el Estado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica:

*Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional*⁶.

Es decir, entre sus diferentes y muy variadas atribuciones, el Estado tiene la obligación de establecer parámetros necesarios para la convivencia pacífica entre la diversidad que habita en una sociedad. Dentro de esto se encuentra la regulación igualitaria al acceso de las instituciones civiles que el Estado ofrece para regular las relaciones de pareja.

En este sentido, a diferencia de la facultad discriminatoria que el individuo⁷ sí posee (bajo los límites que la misma lógica y proporcionalidad delimitan), el Estado no tiene derecho a discriminar y tiene la obligación de velar y garantizar los derechos de todos sus

componentes. En este momento histórico, ha dejado en estado de desamparo a un sector tradicionalmente marginado.

La importancia de este principio de no discriminación ha llegado a tal punto que ha subido al olimpo de los principios y valores jurídicos, y se reconoce que forma parte de las normas de *jus cogens*⁸, tal y como: “El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”⁹.

Si existe este contexto internacional, ¿por qué razón la población LGBTI es discriminada al ser categorizada como de segunda clase?

¿Es justificable ese trato tan diferente? No. Se alcanza esta conclusión después de efectuar un juicio de igualdad donde el parámetro de comparación son las opciones que hombres y mujeres tienen para obtener un reconocimiento del Estado de su unión estable, en atención a su orientación sexual. Así, tenemos:

- (i) *personas con orientación sexual heterosexual y*
- (ii) *personas con orientación sexual dentro de la población LGBT.*

Con esto, lo que se compara será el contraste entre las:

- (a) *formas de unión para personas heterosexuales y*
- (b) *formas de unión para personas con orientación sexual diferente a la heterosexual.*

En primer punto, al hablar de orientación sexual, me refiero a una característica innata de la persona humana, por lo cual se abarcan todas las orientaciones sexuales:

Al hablar de orientación sexual – heterosexual o no–, es común referirse a ella como si solamente fuera una característica de un individuo, como el sexo biológico, la identidad de género o la edad. Esta perspectiva es incompleta porque la orientación sexual se define en

términos de las relaciones con los demás. Las personas expresan su orientación sexual mediante conductas con otros, incluidas acciones tan sencillas como tomarse de la mano o besarse. Por lo tanto, la orientación sexual está estrechamente ligada a las relaciones personales íntimas que satisfacen nuestra profunda necesidad de amor, apego e intimidad. Además de las conductas sexuales, estos vínculos incluyen la atracción física no sexual entre compañeros, metas y valores compartidos, apoyo mutuo y compromiso continuo. Por lo tanto, la orientación sexual no es solamente una característica personal de un individuo. Más bien, la orientación sexual ... grupo en el que una persona probablemente pueda establecer las relaciones románticas satisfactorias y plenas que son un componente esencial de la identidad personal para muchas persona¹⁰.

Esta aclaración transcrita, aplicable a heterosexuales y no heterosexuales, es muestra de la similitud¹¹ que existe entre estos dos grupos de personas. No es posible poner en tela de juicio la capacidad¹² de establecer vínculo afectuoso de amor, intimidad y complemento de dos personas –sin importar su género– al punto que tengan poder suficiente para decidir comprometerse para hacer vida en pareja. Las únicas diferencias entre la unión matrimonial/unión no matrimonial entre personas heterosexuales y aquella entre personas del mismo sexo son las siguientes:

1. La pareja está conformada por personas del mismo sexo.
2. La pareja no puede procrear sin asistencia especializada.

La segunda de las diferencias merece ser descartada, por cuanto supone una situación idéntica a la que enfrentan parejas heterosexuales que no pueden tener hijos porque uno o ambos contrayentes son estériles. Sin embargo, esa situación no se regula como un impedimento

para que dos personas heterosexuales puedan casarse o bien reconocer su unión no matrimonial, ya que el matrimonio no tiene como fin último la procreación, sino la base familiar que conforma los cimientos de la sociedad.

Esto explica que solamente existe, tras el juicio de igualdad, una única diferencia entre ambos tipos de pareja: el género de los contrayentes.

La exigencia de que el género de los contrayentes sea opuesto resulta en una regulación que es denigrante a la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente, por cuanto ello deviene en una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, al grado de que al menos 25 derechos fundamentales le son privados a este conjunto de la población:

1. DERECHO A CASARSE.
2. DERECHO AL DIVORCIO.
3. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL O DE LA CÓNYUGE.
4. DERECHO A LAS VISITAS HOSPITALARIAS.
5. DERECHO A TOMAR LA ÚLTIMA DECISIÓN EN ASPECTOS RELACIONADOS A LA SALUD DEL O DE LA CÓNYUGE.
6. DERECHOS DE ADOPCIÓN.
7. DERECHOS DE PATERNIDAD.
8. DERECHOS DE CUSTODIA DE MENORES.
9. DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL O DE LA CÓNYUGE Y DEL HIJO O DE LA HIJA.
10. DERECHOS DE PENSIÓN DE VEJEZ CON LOS HIJOS Y LAS HIJAS.
11. DERECHO A HEREDAR.
12. DERECHO A RECIBIR PROTECCIONES ANTE UN DIVORCIO.
13. DERECHOS MIGRATORIOS.
14. DERECHOS DE SEGURO DE ENFERMEDAD.
15. DERECHOS A VACACIONES POR MATERNIDAD, ENFERMEDAD DEL O DE LA CÓNYUGE.

16. DERECHO A RECIBIR PENSIONES DEL O DE LA CÓNYUGE EN DETERMINADOS CASOS.
17. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE GÉNERO.
18. DERECHO A PRESENTAR IMPUESTOS CONJUNTOS.
19. DERECHO A LA INMUNIDAD DE DECLARAR CONTRA EL O LA CÓNYUGE EN PROCESOS PENALES.
20. DERECHO A LA CONTINUACIÓN DE SEGURO DE SALUD DE COBERTURA.
21. LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE VIVIENDA.
22. DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN Y LA LIBRE ASOCIACIÓN.
23. DERECHO AL ACCESO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE LA FAMILIA.
24. DERECHO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.
25. DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA

¿Existe una justificante para permitir esta injusta discriminación? **NO.**

Como se ha indicado en otras jurisdicciones:

Desde las entrañas de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas. La centralidad del matrimonio a la condición humana hace que sea sorprendente que la institución ha existido durante miles de años y a través de las civilizaciones. Desde los albores de la historia, el matrimonio ha transformado a extraños en familiares, uniendo familias y sociedades [...] ¿Cómo continuar negando la realidad que el matrimonio civil -no religioso- debe ser un instituto accesible a todos, sin perjuicio de la orientación sexual? ¿Por qué limitar la vida de la población LGBT e impedirles alcanzar niveles de felicidad superiores?¹³

Negar el derecho al matrimonio civil a la población LGBT es un trato inhumano o degradante, en el entendido de que dichos actos:

“son aquellos que ocasionan sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación, degradación, quebrantamiento de la resistencia física y moral de las personas, anulando su personalidad o carácter, los cuales causan trastornos psicológicos y sufrimientos menos intensos que los producidos por la tortura y los tratos crueles”¹⁴.

El trato inhumano se debe a que, en lugar de crear las condiciones para que las personas puedan aceptar una parte crucial de su dignidad, el Estado, por medio de su pasividad, crea barreras¹⁵ adicionales que obstaculizan que sus habitantes puedan vivir en plenitud su orientación sexual:

Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás; también puede conllevar participar en la comunidad gay. Poder hablar sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico. Al igual que les sucede a los heterosexuales, a las lesbianas, hombres gay y personas bisexuales les hace bien poder compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos¹⁶.

Es decir, de alguna u otra forma, no reconocer a las parejas del mismo sexo como un matrimonio y/o una unión no matrimonial¹⁷ impone un estigma social que es prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Cada vez más países¹⁸ han ido reconociendo y eliminando esto de sus ordenamientos jurídicos, por la degradación al ser humano que ello supone:

Se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja por fuera de una institución central¹⁹ de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes de matrimonio y buscar su realización en su más alto significado. La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo puede haber parecido larga natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio ahora es manifiesto. Con ese conocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental²⁰.

La ciencia²¹ da un espaldarazo a la obligación – que no solamente es moral, sino también exigible por medio de una aplicación directa de la Constitución– que tiene el Estado de dotar a sus ciudadanos de las herramientas necesarias para lograr una vida digna.

Algunos argumentos en contra de la apertura de la institución del matrimonio civil

a. La mayoría está en contra

La discriminación de los negros está presente en cada momento de sus vidas para recordarles que la inferioridad es una mentira que solo acepta como verdadera la sociedad que los domina.

Marthin Luther King, Jr.

Un primer argumento para intentar justificar la discriminación en razón de la orientación sexual es hacer un llamado a las necesidades de las mayorías, aunque, conforme a recientes encuestas, esta tendencia está invirtiéndose²². Pero, aceptar un argumento por el clamor de las masas sería olvidar lo que la historia ha evidenciado, pues hemos visto ejemplos de cómo

grupos amparados en una verdad dogmática, absoluta y sin excepciones han cometido grandes injusticias con la bandera de la discriminación (e.g., el holocausto o la segregación racial sudafricana).

La Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”²³. Pero, sobre todo, sería desconocer elementos esenciales del Estado constitucional de derecho que Costa Rica establece que es una democracia (art. 1, 9, 95.8 CP).

Una de las cortes constitucionales con mayor experiencia en el mundo sobre el tema de discriminación es el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, el cual ha dicho lo siguiente sobre la particular naturaleza de la población LGBTI:

En el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Es la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es, lo que vulnera la dignidad y la autoestima de un grupo. Esta especial vulnerabilidad de los gays y lesbianas como grupo minoritario cuyo comportamiento se desvía de la norma oficial se deriva del hecho de que [...] los gays constituyen una parte distinta aunque invisible de la comunidad, que ha sido tratada no solamente con falta de respeto o condescendencia sino también con desaprobación y repulsa; son en general un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible, la característica que los identifica combina todas las ansiedades que

produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia; y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión²⁴.

En este intelecto, el máximo Tribunal de Sudáfrica deja palabras que crearán un eco hasta la eternidad, pues delimita perfectamente los contornos a los que cada niño, niña, adolescente, persona adulta y anciana se enfrentan que, en la rifa de la vida, resultan premiados con una orientación sexual diversa a la heterosexualidad. Esta situación de desventaja es algo que el Estado debe buscar remediar, dando la protección que las minorías se merecen frente a los abusos de las mayorías. La democracia constitucional se funda en la protección de toda la ciudadanía mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías²⁵.

Por estas razones, debe rechazarse cualquier argumento tendiente a justificar la discriminación de minorías²⁶ LBGT en aras de satisfacer el *status quo* al que las mayorías se encuentran acostumbradas.

b. Los homosexuales tienen otros mecanismos para regular sus relaciones.

Estoy cansada de ser tratada como una ciudadana de segunda categoría.

Rosa Parks

Un clásico argumento para rechazar el matrimonio igualitario es el de optar por otros instrumentos jurídicos para reconocer alguna protección legal a las relaciones entre el mismo sexo. Esta posición es parte del género del superado anticuado principio de “separados pero iguales”, en donde se busca regular de alguna forma a un grupo para solventar una desigualdad, pero en realidad lo único que logra es agravarla²⁷.

Aplicarle a la población LGBT otra regulación que no sea la que ya está contenida en las normas impugnadas del Código de Familia es un argumento de tipo “separados pero iguales”, el cual, lejos de contribuir en erradicar estigmas, los profundiza y genera divisiones aún mayores. La población LGBTI tiene el derecho de que le apliquen las mismas regulaciones que a los heterosexuales²⁸.

c. El supuesto riesgo de que la homosexualidad puede enfermar a la familia.

La ignorancia y el prejuicio son las sirvientas de la propaganda. Nuestra misión, por lo tanto, es confrontar la ignorancia con el conocimiento, la intolerancia con la tolerancia y el aislamiento con la mano extendida de la generosidad. El racismo puede, debe y debe ser derrotado.

Kofi Annan

Al respecto, uno de los intelectuales más importantes de nuestra época, Mario Vargas Llosa, se ha referido a este conglomerado de argumentos que buscan usar a la familia para combatir la igualdad de derechos:

Uno de los más utilizados ha sido el de que, con esta medida, se da un golpe de muerte a la familia. ¿Por qué? ¿De qué manera? ¿No podrán seguir casándose y teniendo hijos todas las parejas heterosexuales que quieran hacerlo? ¿Alguien, con motivo de esta nueva ley, va a forzar a alguien a no casarse o a casarse de manera distinta a la tradicional? Por el contrario, la ley, al permitir a las parejas gays contraer matrimonio y adoptar niños, va a inyectar una nueva vitalidad a una institución, la familia [...].²⁹

A lo anterior le sumaría un argumento adicional: el ser parte de la población LGBT no le quita el valor de persona al estar dentro de una

familia, puesto que los y las miembros de la población LGBT también son hijos(as), nietos(as), primos(as), hermanos(as) y hasta en algunos casos padres y madres. Ampliar esa categoría a estas minorías les permitiría equipararse -no superar- a la población heterosexual y poder llegar a ser cónyuge de alguien.

El segundo punto sobre estos argumentos parte del prejuicio de que la homosexualidad es una enfermedad contagiosa (o algo similar) y que puede propagarse. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas³⁰ hace un recuento³¹ de la evolución científica que se ha tenido con respecto al tema de la atracción de personas del mismo sexo. En él, demuestra el estigma que el tema ha cargado por décadas.

En este entender, cabe aclarar que, desde inicios de la década de los noventa, se conmemora la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales por parte de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto sucedió el 17 de mayo de 1990, por lo que este es el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia (en inglés, International Day Against Homophobia and Transphobia, IDAHOT³²). Al respecto se ha referido también otra institución objetiva y con gran prestigio mundial: la Asociación Americana de Psicología^{33 34}. En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que *“no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”*³⁵.

d. Supuesta violación a los derechos de las personas menores a tener un papá y una mamá.

Nací de padres heterosexuales. Me enseñaron los maestros heterosexuales en una sociedad ferozmente heterosexual. Los anuncios de televisión y anuncios en

periódicos - ferozmente heterosexual. Una sociedad que pone abajo la homosexualidad. Y ¿por qué estoy un homosexual si yo estoy afectado por los modelos de conducta? Debería haber sido un heterosexual. Y sin ánimo de ofender, pero si los maestros van a afectar a usted como modelos de conducta, que habría un montón de monjas corriendo por las calles hoy.

Harvey Milk

La frase del activista de derechos humanos, Harvey Milk, está nutrida de sabiduría popular que refleja lo evidente que es la respuesta en relación con los argumentos que aseguran que un niño podría terminar siendo influenciado en su orientación sexual a raíz de lo que sus padres experimenten.

En relación con la evidencia científica, Mónica Berrocal, la psicología experta en formación infantil graduada de la Escuela de Psicología de la Universidad de Harvard, indicó el 9 de noviembre en el Congreso de Matrimonio Civil Igualitario³⁶ que no existía evidencia científica que pudiera negar el derecho a personas del mismo sexo a criar hijos e hijas.

Con una sentencia vinculante para Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido expresamente a este asunto, rechazando todos esos argumentos al indicar:

*El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia*³⁷.

En esa misma sentencia de la CIDH, se rechazaron todos los argumentos que fueron planteados relativos a que esto podría conllevar la discriminación de los menores por tener padres diferentes³⁸.

En el Caso Obergerfel contra Hodges, como bien apuntó el magistrado Kennedy, lo que realmente daña los derechos de los niños es que la unión de sus padres del mismo sexo no tenga el mismo reconocimiento legal que el de parejas heterosexuales:

Como todas las partes están de acuerdo, muchas parejas del mismo sexo proporcionan amor y de consolidación casas a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. [...] Excluyendo las parejas del mismo sexo del matrimonio por lo tanto entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento [...], sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera menor. También sufren los costos de las materias significativas de que son criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su propia para una vida familiar más difícil e incierta. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de las parejas del mismo sexo³⁹.

Asimismo, no se puede perder de vista la ironía que existe en el argumento de “proteger los derechos del niño”, ya que, por medio de los ataques denigrantes hacia la orientación sexual de sus padres, de manera indirecta lo denigran al atacar su círculo familiar.

El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio. Es decir, no únicamente quienes contraen matrimonio forman parte de una familia. La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos amparan todo tipo de lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida común que no necesariamente se encuentra dentro de un matrimonio. Abrir la puerta a la justicia y permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio solo permitirá mejorar la situación de parejas que ya forman parte de una familia, por cuanto tienen lazos estables que deben ser protegidos por el derecho. Esto ya ha sido señalado por la Corte Interamericana al establecer que “en la Convención Americana no

se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma⁴⁰.

Negar el fundamental derecho a obtener un reconocimiento legal a una promesa de amor, justificada en su orientación sexual, es segregar a un sector de la población y convertir a sus integrantes en personas ciudadanas de segunda categoría, lo cual es contrario a derecho.

Nada más basta pensar en las épocas cuando los matrimonios *interraciales* eran prohibidos. Toda sociedad está obligada a evolucionar para facilitar que sus miembros puedan gozar o tener acceso a la posibilidad de ejercer sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 101 y *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek*

Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18, No. Discriminación, párr.6.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005, *Caso Yatama c. Nicaragua*, Serie C n.º 127.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, dictada el 24 de febrero de 2012.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, op. cit. (note 41)

Vargas Llosa, M. (2005). El matrimonio gay. El País. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html

Notas al pie

- 1 LLM en Arbitraje Internacional Comercial. Fundador de HDUARTE-LEX, boutique legal especializada en arbitraje y derechos, y de la Fundación Igualitos. Reconocimientos: OUT-Standing TOP 50 LGBT+ Future Leaders presented by the FINANCIAL TIMES; Guía global del año 2017 de Chambers & Partners como un experto en litigios complejos y arbitraje en la categoría de “Foreign Experts” en Costa Rica.; y “Alumni Extraordinario” ICAL Alumni Association (Universidad Estocolmo). Contacto: Herman@hduarte-lex.com.
- 2 AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011. (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia”), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08). Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (“LA ASAMBLEA GENERAL [...] RESUELVE: 1. Manifiestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género”).
- 3 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 18, No. Discriminación, párr.6.
- 4 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005, Caso Yatama c. Nicaragua, Serie C n.º 127, párrafo 185.
- 5 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, dictada el 24 de febrero de 2012.
- 6 Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, del 17 de septiembre de 2003, Serie A n.º 18, párrafo 85.
- 7 “La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin injerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad está en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre sí, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad”. Sentencia del Tribunal Constitucional Sudafricano del 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

- 8 La Corte Internacional de Justicia indicó lo siguiente sobre las normas de *jus cogens*: “Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado [...]. Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), op. cit. (note 41), p. 32, parr. 33.
- 9 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 101 y Caso comunidad indígena Xákmok Kásek, párr. 269.
- 10 American Psychological Association (2012), *idem*.
- 11 “Sr. Presidente, y distinguida Corte: Las relaciones íntimas y comprometidos de parejas del mismo sexo, al igual que los de las parejas heterosexuales, se dan apoyo mutuo y son el fundamento de la vida familiar en nuestra sociedad. Sin el compromiso legal, de responsabilidad y protección que es el matrimonio esta fuera del alcance de las personas homosexuales como si se tratase de una clase aparte, la mancha de indignidad que sigue en los individuos y familias contraviene el compromiso constitucional fundamental a la igualdad de dignidad. De hecho, el propósito permanente de la Decimocuarta Enmienda es impedir relegando clases de personas a la condición de segundo nivel”. Con tales palabras la abogada Mary L. Bonauto inició la intervención oral, el pasado 28 de abril de 2015 en el caso Obergefell v. Hodges, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sentenció a favor al matrimonio igualitario.
- 12 De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar lo que el matrimonio ayuda a las personas a alcanzar: “En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio. su motivo es que la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho”. Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges.
- 13 Decisión de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso de Obergerfel contra Hodges.
- 14 Sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, n.º 165-2005, dictada el cuatro de septiembre de 2007.
- 15 A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia mexicana ha indicado lo siguiente: “Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una condición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad”. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, n.º 2806/2012. Sin perjuicio de las críticas que la sentencia ha recibido, es sin duda un gran avance para borrar el estigma de la población LGBT.
- 16 American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Disponible en: <http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf>.

- 17 Así como hay parejas heterosexuales que no quieren casarse, también hay parejas del mismo sexo que tampoco quieren. Lo relevante, en todo caso, es que el Estado asegure a todos sus habitantes la opción y la posibilidad de ejercer el derecho de matrimonio o de unión no matrimonial, de tal manera que sea cada persona, como artífice de su destino, quien decida cuál camino tomar.
- 18 Dentro de los efectos inmediatos de esta sentencia, sería poner a El Salvador en la vanguardia junto a 24 países que han legalizado el matrimonio igualitario, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia.
- 19 Esta es una similitud entre el ordenamiento jurídico salvadoreño y el estadounidense, ya que en ambos, se reconoce a la familia como el centro de la sociedad.
- 20 Opinión de la mayoría expuesta por el magistrado Kennedy en el Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergerfel contra Hodges, en la que se decidió que el matrimonio debería ser una institución reconocida a todas las personas en los Estados Unidos de América.
- 21 En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad, así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. HAIDT, J. (2006). The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom. Kindle.
- 22 Tal y como La República reportó en septiembre del 2016 : <https://www.larepublica.net/noticia/matrimonio-gay-gana-aceptacion-en-sociedad-costarricense-segun-encuesta-de-ucr>
- 23 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párr. 92.
- 24 Tribunal Constitucional de Sudáfrica, sentencia del 9 de octubre de 1998, caso de National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others; caso CCT11/98, párrafos 127 y 128 (original en inglés, traducción libre).
- 25 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n.º SU214/16.
- 26 La Sala Constitucional de Costa Rica explica lo siguiente en relación con el derecho de las minorías: “VII.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad -real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas”. Sentencia n.º 13313-2010 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del diez de agosto de dos mil diez.

- 27 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- 28 Tal y como la Corte Constitucional de Colombia ha indicado: *“Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste”*. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n.º 214-16.
- 29 Vargas Llosa, M. (2005). *El matrimonio gay*. El País. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html
- 30 La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una ONG internacional con sede en Ginebra (Suiza).
- 31 Dicho recuento puede revisarse en las páginas 11-15 del reporte: Comisión Internacional de Juristas. (2009). *“Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesional no.4”*, disponible en: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos>
- 32 En el sitio web del IDAHOT DAY se puede encontrar más información: <http://dayagainsthomophobia.org/es/>
- 33 Corte Constitucional de Colombia, sentencia n.º C-481/98 del 9 de septiembre de 1998, párrafo 11.
- 34 Al respecto, la APA explica el reproche hacia las terapias de conversión: *“No, aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gays, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gays, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental. American Psychological Association (2009), *idem*.*
- 35 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párrafo 111.
- 36 La participación de la señora Mónica Berrocal puede ser visualizada en el siguiente enlace correspondiente a la página de facebook de la Fundación Igualitos: <https://www.facebook.com/igualitos.as/videos/554927891528021/>
- 37 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 110.
- 38 También sobre el tema, ver: Vargas Llosa, M. (2005). *El matrimonio gay*. El País. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html

- 39 La adopción de parejas homosexuales fue aprobada antes del matrimonio en los Estados Unidos de América. Por esta razón, Kennedy sostiene que la falta de reconocimiento al matrimonio de sus padres les hace daños a estos niños.
- 40 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párrafo 142.

EL PRINCIPIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO COSTARRICENSE

Lic. Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹
prof.jenniferarroyo@yahoo.com

Recibido 9/12/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

La rendición de cuentas es uno de los pilares del Estado democrático de cara al nuevo paradigma centrado en la persona ciudadana, por lo que este texto procura una definición de esta figura desde la perspectiva jurídica y administrativa.

En el ámbito jurídico, se define como principio constitucional, según la Constitución Política de Costa Rica; pero también como un deber de la Administración y un derecho de la ciudadanía, además del marco jurídico necesario para su adecuado desarrollo. Igualmente se vincula con otros institutos relevantes como el gobierno electrónico, el gobierno abierto, el derecho a la buena administración, la transparencia, la participación ciudadana y los sistemas contables públicos.

El documento procura realizar un abordaje integral de la rendición de cuentas más allá de lo que la norma jurídica dispone, dado que se trata de un paradigma de mayor alcance.

Palabras clave: rendición de cuentas, Estado democrático, gestión pública.

ABSTRACT

Accountability is one of the cornerstones of the democratic state in the face of the new paradigm centered on the citizen, and this text therefore seeks a definition of this concept from a legal and administrative perspective.

In the legal perspective, it is defined as a constitutional principle, according to the Political Constitution of Costa Rica; but also as a duty of the Administration and a right of citizenship, in addition to the legal framework necessary for its proper development. It also links with other relevant institutes such as e-government, open government, the right to good administration, transparency, citizen participation and public accounting systems.

The document seeks a comprehensive approach to accountability that goes beyond what the law provides, as it is a broader paradigm.

Keywords: accountability, democratic state, public administration.

SUMARIO Introducción. I. Concepto de rendición de cuentas. 1.1 Concepto de Accountability o Rendición de cuentas 1.2 Modelos de evaluación y rendición de cuentas II. La rendición de cuentas desde la perspectiva jurídica 2.1 Rendición de cuentas como principio constitucional 2.2 Rendición de cuentas y rango legal 2.3 Rendición de cuentas como parte del derecho a la buena administración 2. Rendición de cuentas en la lucha contra la corrupción III. Relación de la rendición de cuentas con otros institutos del estado democrático 3.1 Rendición de cuentas y gobierno electrónico 3.2 Rendición de cuentas y gobierno abierto 3.3 Rendición de cuentas y transparencia 3.4 Rendición de cuentas y participación ciudadana 3.5 Los sistemas contables y la rendición de cuentas. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

Introducción

Este documento aborda la rendición de cuentas como principio constitucional según la normativa costarricense; pero también desde la perspectiva de la gestión pública, en donde se define como una obligación del aparato estatal frente a la ciudadanía y, a su vez, un derecho de la ciudadanía, de exigirles cuentas a sus gobernantes y al funcionariado público.

Asimismo, el estudio se concentra en el instituto de rendición de cuentas, pero se vincula con otras figuras afines y relevantes, tales como el derecho a la buena administración, el gobierno electrónico, transparencia, rendición de cuentas, gobierno abierto, y otros que procuran dar una visión más integral, y no limitarse únicamente al campo jurídico, dado que la rendición de cuentas va mucho más allá que el mero campo normativo.

Se recurre al estudio de los criterios de la Sala Constitucional, la opinión doctrinaria de importantes estudios en la materia y a los códigos y cartas iberoamericanas que, si bien no constituyen normas jurídicas, corresponden a criterios técnicos y buenas prácticas administrativas que pretenden guiar a la Administración pública y el buen desempeño de la gestión gubernamental.

I. Concepto de rendición de cuentas

El cambio de paradigma tradicional que regía al aparato estatal se caracterizaba por ser cerrado, dueño de la información, con control absoluto de la toma de decisiones públicas. El actor predominante en la relación pública actualmente se emigra hacia un nuevo paradigma en donde la persona ciudadana es la protagonista y actora clave en la toma de decisiones, diseño, implementación y evaluación de políticas públicas. Esto ha generado que nuevos institutos sean puestos sobre la mesa para su discusión y análisis, entre ellos, la rendición de cuentas.

Definir esta figura resulta todo un reto, pues posee matices de principio constitucional, deber

y obligación del aparato estatal y de las personas funcionarias públicas, derecho de la ciudadanía, pilar para el real ejercicio de la democracia, entre otros aspectos. Asimismo, la rendición de cuentas actúa en forma articulada con otros institutos del nuevo sistema democrático que procuran darle un papel más activo y predominante al ciudadano y a la ciudadana, más allá del mero acto electoral.

En las siguientes líneas, se pretende estudiar la rendición de cuentas desde estas aristas legales y administrativas.

I.1 Concepto de *accountability* o rendición de cuentas

En América Latina, se ha traducido el concepto anglosajón *accountability* por rendición de cuentas. No obstante, algunos pensadores señalan que dicha traducción es incorrecta. Mark Bovens (2007) indica que el término anglosajón *accountability* se refería a la obligación de llevar las cuentas contables de la Administración pública. Pero conforme esta figura se separó de las ciencias contables y fue estudiada por las ciencias políticas, se revistió de un carácter más amplio hasta el alcance que ha adquirido actualmente.

Guillermo O'Donnell, Peruzzotti y otros estudiosos de las ciencias políticas desarrollaron el concepto de *accountability* dentro de sus estudios de la democracia y las poliarquías que, al adquirir tal relevancia, pasó de ser un instituto propio de las ciencias políticas a integrar los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Ahora bien, ¿qué significa *accountability*? Diversos politólogos han dado su respuesta. Peruzzotti y Smulovitz (2002) lo delimitan como la capacidad para asegurar que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus conductas; es decir, que están obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas, sanción que puede ser legal o política.

En igual sentido, Ríos Ramírez y otros lo definen más recientemente (2014):

El término accountability refiere la necesidad de controlar el poder público por medio de mecanismos que obligan a los funcionarios a informar y justificar sus acciones, y que pueden ser objeto de sanción. Este término, acuñado por la ciencia política, encuentra sus orígenes en las ideas modernas sobre control político, división, equilibrio y límites de los poderes públicos, a partir de las cuales puede ser entendido como rendición de cuentas. (Ríos Ramírez, Cortés Arbeláez, Suárez Valencia, & Fuentes Vélez, 2014, pp. 266-267).

A su vez, *accountability* está integrada por dos figuras esenciales: el *answerability* y el *enforcement*. *Answerability* se refiere al deber de informar y justificar las decisiones que toman, por lo cual se indica que posee dos dimensiones: informativa y justificativa. Ahora bien, esta mera labor de información y justificación no es suficiente para hablar de *accountability*, dado que se requiere el *enforcement* que se refiere a la posibilidad de que las personas funcionarias públicas sean objeto de sanción en caso de que incumplan sus deberes.

Ríos Ramírez y otros (2014) recalcan que la posibilidad de sanción es lo que hace la diferencia entre el hecho de que un funcionario público provea información de forma no vinculante y el hecho de rendir cuentas. La posibilidad de sanción no implica necesariamente la efectiva imposición de esta. Sin embargo, la sola posibilidad es suficiente para que haya *accountability*.

Schendler, Diamond y Plattner (1998), quienes estudiaron a profundidad la tesis de O'Donnell, plantearon estos dos componentes en su definición de *accountability*:

[...] the concept of accountability stands on two distinct pillars: answerability and enforcement. It denotes the obligations of

public officials and agencies to provide information about their actions and decisions and to justify them to the public and to specialized accounting bodies with the authority to monitor their conduct (the answerability dimension). It further describes the capacity of an accounting party to impose sanctions on the accountable party in cases of manifest misconduct in office (the enforcement dimension). Both aspects usually go together, but some exercises of accountability may involve just one of them. (Schendler, Diamond, & Plattner, 1998, p. 4).

Esta capacidad que las personas funcionarias públicas poseen de informar y justificar sus actuaciones posee varios tipos: *accountability* horizontal, *accountability* vertical y, más recientemente, se habla de *accountability* de control social.

Como se mencionó líneas atrás, Guillermo O'Donnell fue pionero en el estudio de la *accountability*, ya en 1994 se refería a la *accountability* horizontal y a la *accountability* vertical, definiéndolas de la siguiente manera:

Representation entails accountability: somehow representatives are held responsible for their actions by those they claim to be entitled to speak for. In institutionalized democracies, accountability runs not only vertically, making elected officials answerable to the ballot box, but also horizontally, across a network of relatively autonomous powers (i.e., other institutions) that can call into question, and eventually punish, improper ways of discharging the responsibilities of a given official. Representation and accountability entail the republican dimension of democracy: the existence and enforcement of a careful distinction between the public and the private interests of office holders. Vertical accountability, along with the freedom to form parties and to try

to influence public opinion, exists in both representative and delegative democracies. But the horizontal accountability characteristic of representative democracy is extremely weak or nonexistent in delegative democracies. Furthermore, since the institutions that make horizontal accountability effective are seen by delegative presidents as unnecessary encumbrances to their "missions", they make strenuous efforts to hamper the development of such institutions. (O'Donnell, Delegative Democracy, 1994, pp. 66-67).

Accountability horizontal se refiere a la relación de control entre agencias del mismo aparato público; es decir, el sistema de pesos y contrapesos y mecanismos de control instaurados por dependencias públicas hacia otras dependencias públicas, el control inherente de la Administración pública, por ejemplo, el control contra la corrupción. O'Donnell lo denomina como la institucionalización de la desconfianza política, al explicar que esa "desconfianza" conlleva a que el mismo andamiaje público cree sistemas de fiscalización mutuos.

Accountability vertical es el mecanismo de control que la ciudadanía ejerce hacia el Estado y, generalmente, se manifiesta en las elecciones. El aparato electoral es el medio por el cual la persona ciudadana responsabiliza a sus gobernantes por sus actos, excluyendo a aquellos que no responden a los intereses del electorado y reeligiendo a quienes sí lo hacen.

Peruzzotti y Smulovitz (2002) adicionan un nuevo tipo denominado *accountability* de control social, al indicar que las elecciones no son el único estadio en el cual la población puede exigir cuentas a sus gobernantes y a las personas funcionarias públicas, sino que existen otros medios que pueden ser activados durante el periodo de gobierno, y lo definen como un mecanismo de control vertical de naturaleza no electoral que puede usar tanto vías institucionales

o legales, como vías informales, por ejemplo, manifestaciones e, incluso, redes sociales:

La accountability social es un mecanismo de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas basado en las acciones de un amplio espectro de asociaciones y movimientos ciudadanos, así como en acciones mediáticas. Las acciones de estos actores tienen por objeto monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos, exponer y denunciar actos ilegales de los mismos, y activar la operación de agencias horizontales de control. La accountability social puede canalizarse tanto por vías institucionales y como no institucionales. Mientras que las acciones legales o los reclamos ante los organismos de supervisión son ejemplos de las primeras, las movilizaciones sociales y las denuncias mediáticas, orientadas usualmente a imponer sanciones simbólicas, son representativas de las segundas. (Peruzzotti & Smulovitz, 2002, p. 10)

La *accountability* social puede ejercerse entre elecciones y no depende de calendarios fijos, se emplea como control de temas, políticas o personas funcionarias particulares, a criterio de la ciudadanía, pudiendo emplear mecanismos legales, políticos, electorales o simple presión social.

Finalmente, se debe retomar lo señalado por Hernández y Arciniegas (2011) cuando indican que la traducción "rendición de cuentas" da la impresión de que quien rinde cuentas lo hace de manera voluntaria, mientras que el concepto anglosajón *accountability* implica que quien informa y justifica su proceder no lo hace simplemente por voluntad propia, sino que está sometido a la obligatoriedad de rendir cuentas.

No obstante, teniendo clara esta salvedad y una vez estudiados los diferentes tipos de *accountability*, para efectos de este texto, se

equipará con rendición de cuentas y, por lo tanto, rendición de cuentas horizontal, vertical y de control social, la cual debe ir acompañada de sistemas que permitan exigir responsabilidades y consecuencias derivadas de esta.

I.2 Modelos de evaluación y rendición de cuentas

La evaluación es pilar fundamental para realizar una adecuada rendición de cuentas, de lo contrario, se volvería un mero ejercicio discursivo sin datos que fundamenten los resultados expuestos, dándole margen a la persona funcionaria pública de omitir o minimizar aquellas actuaciones negativas que podrían acarrearle responsabilidad.

La evaluación permite determinar el grado de cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economía en el uso y disposición de los fondos públicos: “La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligada a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas”.

En este sentido, la Sala Constitucional lo ha reconocido en el voto 13570-14, cuando al referirse a la evaluación de resultados y rendición de cuentas enlista los diferentes tipos de controles que se ejercen sobre el accionar público, al respecto indica:

[...] el principio general que la Administración debe estar sometida, de forma permanente, a procedimientos de evaluación de resultados y rendición de cuentas. Sin embargo, del texto Constitucional se desprenden muchos tipos de controles, por ejemplo, el control de constitucionalidad (artículo 10), el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información (artículo

30), el establecimiento de una jurisdicción contencioso-administrativa con el objetivo de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado (artículo 49), el control político por parte de las Comisiones de la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 23) y el control sobre la Hacienda Pública por parte de la Contraloría General de la República (artículos 176-184); no obstante, debe indicarse que, en términos generales, la forma en que la evaluación de resultados y rendición de cuentas ha de realizarse no está constitucionalizada, sino que el propio texto constitucional admite que debe ser una ley la que regule y detalle “los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”. Consecuentemente, ¿el establecimiento del tipo o modalidad de control en esta materia es una cuestión que está librada a la libertad de conformación del legislador” (13570-2014, 2014).

Dada su importancia, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno establece como un deber del Poder Ejecutivo el promover la evaluación permanente de toda la gestión pública que brinde resultados que generen insumos para la rendición de cuentas. Al respecto dispone: “36. Promoverán la evaluación permanente de sus políticas y programas para asegurar el rendimiento y la eficacia. También propiciarán una regulación que considere los impactos de las normas y la rendición de cuentas de acuerdo con la normativa de cada país”. (Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo (CLAD, 2006).

La evaluación es un deber de la Administración y un derecho de la persona ciudadana, así lo plasma la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2006), al consagrar el principio de evaluación permanente de la Administración pública que permite medir de

forma objetiva el desempeño del aparato público. Textualmente señala:

10. De acuerdo con el principio de evaluación permanente de la Administración Pública, ésta tenderá a adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública establece que toda Administración pública debe poseer mecanismos de acceso al empleo público y objetivos que permitan garantizarle la selección de la persona candidata más idónea; pero que, una vez que esta se integra a la función pública, deberá ser evaluada periódicamente, y la evaluación del rendimiento debe ser parte de la política pública de empleo público de los países en la región.

La evaluación del rendimiento debe cubrir a todas las personas funcionarias públicas y debe dar resultados, inicialmente para crear programas de capacitación, detectar áreas de mejora, definir adecuadamente los perfiles de puestos, definir una política equitativa de salarios y demás elementos que redunden en una mejora de su desempeño. Pero en última instancia, también deben permitir instaurar las responsabilidades y sanciones contra la persona funcionaria que posea un desempeño insuficiente.

La evaluación de rendimiento requiere como punto de partida una adecuada planificación nacional, institucional, departamental e individual, elemento que se carece en la mayoría de las ocasiones.

Antes de la evaluación, es necesario definir los objetivos, metas e indicadores que la persona funcionaria o el equipo de trabajo deberá alcanzar durante el periodo a evaluar. De esta manera, la planificación es la base para una

adecuada evaluación del rendimiento. Así el tratadista Jinesta lo señala (2009): “La evaluación presupone, consecuentemente, un proceso de planificación a nivel global o general y particular, puesto que, aquélla consiste en determinar el grado en que fueron alcanzados y obtenidos los objetivos, metas y fines prefijados”.

Asimismo, debe realizarse esta evaluación por medio de mecanismos objetivos, con la participación de personal técnicamente capacitado para realizarlo, con instancias de apelación y manifestación de disconformidades de parte de la persona funcionaria evaluada y un debido proceso que garantice que realmente la evaluación del rendimiento responde a los objetivos, metas e indicadores planteados y que disminuya el riesgo de utilizarse con fines políticos, formas de acoso laboral o ajenos a los planteados.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública y los y las especialistas en la materia de gestión del recurso humano en el sector público han realizado estudios profundos en el campo y han logrado diseñar los mecanismos más idóneos para lograrlo, lo cual escapa al objetivo del presente ensayo.

No obstante, para la temática que se desarrolla resulta relevante destacar que la evaluación del rendimiento de la persona funcionaria es un elemento esencial para realizar una adecuada rendición de cuentas, dado que brinda los insumos necesarios para informar, justificar y responder por las actuaciones desempeñadas en el ejercicio del cargo público.

En consecuencia, la evaluación permanente de la gestión pública y la evaluación del rendimiento de la persona funcionaria son pilares para realizar una verdadera rendición de cuentas. Sin embargo, para poder implementar estos procesos de evaluación, es necesario cambiar el paradigma de la gestión pública.

La Administración pública debe enfocarse en una gestión por resultados, con objetivos, metas,

indicadores, impactos, procesos, procedimientos de control previos, concomitantes y posteriores que impliquen asignación de responsables, plazos, evaluaciones posteriores y, por supuesto, rendición de cuentas.

La Carta Iberoamericana de la Calidad en la Gestión Pública (2008) establece la gestión para resultados como una aspiración que toda la Administración pública de la región debe alcanzar en su propósito de generar valor público. Al respecto indica:

Hacia una gestión pública para resultados
26. Todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones.

Para la objetiva determinación de resultados, se requiere analizar la evolución del desempeño y el nivel de alcance de las metas, trazadas con sistemas de información para el seguimiento, evaluación y control rigurosos y oportunos, que fundamenten la toma de decisiones y medidas correctivas. La gestión pública para resultados requiere la implementación de sistemas de monitoreo, medición y control que permitan un adecuado control, y la toma de decisiones.

La gestión por resultados implica un cambio de visión tomando a la persona ciudadana como eje fundamental de la intervención pública, lo cual requiere adoptar enfoques y diseñar los procesos de prestación del servicio desde la perspectiva de la persona ciudadana, usuaria o beneficiaria, y no desde la perspectiva de la Administración pública. Además, necesita orientar sus actividades al desarrollo de una estrategia en términos de procesos, basada en datos y evidencias, definiendo objetivos, metas y compromisos a alcanzar.

La adopción de una gestión por procesos permite la mejora de las actividades institucionales,

orientada al servicio público y resultados que redundará en un incremento en sus niveles de calidad, un adecuado proceso de evaluación institucional e individual y una fidedigna rendición de cuentas.

Según el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, del cual Costa Rica es parte, la gestión por procesos implica el desarrollo de las siguientes actuaciones:

- a. *La identificación de los requerimientos, necesidades y expectativas, de los diferentes destinatarios de las prestaciones y servicios públicos, así como de otros posibles grupos de interés.*
- b. *La identificación de todos los procesos necesarios para la prestación del servicio público y la adecuada gestión de la organización: procesos clave u operativos, de apoyo a la gestión y estratégicos, lo que se denomina mapa de procesos.*
- c. *La definición del objetivo de cada uno de los procesos, así como de los beneficios que aporta a los grupos de interés a los que va dirigido.*
- d. *La definición secuencial detallada y precisa de las diferentes actividades que componen el proceso o procedimiento concreto, para el cumplimiento de los diferentes requerimientos y, en su caso, su diagrama.*
- e. *La definición de las obligaciones, así como de las autoridades y directivos encargados.*
- f. *La definición de indicadores que permitan la medición y control del desarrollo de la marcha adecuada del proceso.*
- g. *La definición y desarrollo de un sistema de gestión que permita el seguimiento, evaluación y mejora continua de la calidad de los procesos, y la prestación del servicio.*
- h. *La implantación de sistemas de gestión normalizados o estandarizados.*

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública consagra como derecho de toda persona ciudadana el conocer los resultados de las evaluaciones que el aparato estatal realice y si es considerada en estas, como un mecanismo que le proveerá de información que le permita exigir cuentas de parte de sus gobernantes y de las personas funcionarias públicas:

37. Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

Los ciudadanos podrán ser consultados periódicamente sobre su grado de satisfacción con los servicios que reciben de la Administración Pública, a través de encuestas, sondeos y demás instrumentos apropiados para ello. (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), 2013).

Todo ello redundará en la creación de un valor público, la prestación de servicios públicos a la persona ciudadana con mayores niveles de calidad y una adecuada evaluación permanente institucional, una evaluación por rendimiento grupal o individual de la persona funcionaria pública y una rendición de cuentas objetiva y real que permita verdaderamente exigir responsabilidades a las funcionarias y los funcionarios públicos. Pese a ello, las Administraciones públicas iberoamericanas, incluida la costarricense, carecen de muchos de estos instrumentos o los han implementado de manera parcial. No obstante, el objetivo debe ser lograr a cabalidad una adecuada gestión pública por resultados.

II. La Rendición de cuentas desde la perspectiva jurídica

I.1. Rendición de cuentas como principio constitucional

La Constitución Política costarricense, norma suprema del ordenamiento jurídico de dicho país, consagra la rendición de cuentas como un principio de derecho constitucional. Vincula la evaluación de resultados, la rendición de cuentas y la consiguiente responsabilidad para la persona funcionaria pública en caso de que incumpla con sus deberes. Además demanda que, por la vía legislativa, a través de una ley especial, se desarrolle el sistema de evaluación que dará los insumos necesarios para la rendición de cuentas.

Como se señaló previamente, la gestión por resultados y su correspondiente evaluación, así como la dinámica de la rendición de cuentas corresponde a un nuevo paradigma sobre la Administración pública. Por lo tanto, fue necesaria una reforma constitucional en el 2010 para incluirla, adicionando un segundo párrafo al artículo 11 de la Constitución Política que indica en lo que interesa:

Artículo 11.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas. (Asamblea Constituyente, 1949).

Nótese que el numeral transcrito hace referencia a la Administración pública. El tratadista Ernesto Jinesta (2000) señala que, en este numeral, debe interpretarse a la Administración pública en sentido amplio, por ende, cubre los poderes del Estado y todas las distintas figuras jurídicas que lo componen; es decir, una cobertura total del deber de adoptar y abrirse a la mejor técnica de organización administrativa con la finalidad de obtener altos estándares de calidad en la atención de las personas usuarias.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la rendición de cuentas es una labor propia del sistema democrático y que implica la sumisión de los funcionarios públicos al ordenamiento jurídico y a la fiscalización que se pueda realizar sobre su gestión. Concluye que es un deber inherente a todo servidor público y que forma parte de la cultura democrática que cubre todos los niveles del sector público: nacional y local. Al respecto la sentencia 1155-2009 señala:

Las objeciones formuladas sitúan al Tribunal en la temática propia de la rendición de cuentas a nivel local, así como de la forma normal en que ésta debe llevarse a cabo.- Por lo anterior, se estima necesario recordar que la democracia, como sistema político, implica ante todo y sobre todo, la sumisión de los detentadores del poder -tanto como la de sus destinatarios-, al ordenamiento jurídico, principio que se materializa en la práctica, mediante delicados mecanismos de pesos y contrapesos, cuya finalidad última es que en su funcionamiento normal, todos los entes, órganos y funcionarios públicos, ejerzan sus atribuciones en aras de satisfacer los intereses públicos, con pleno respeto de los derechos y garantías del ser humano.- Esas autoridades públicas, por virtud del principio de legalidad, están vinculadas a ese ordenamiento, que es el que habilita su actuación y que a la vez prevé los límites para el ejercicio de sus potestades, al tiempo que les somete en

su actividad normal, al escrutinio por parte de los diversos órganos de control -internos o externos- que ese mismo orden establece, así como al de la propia ciudadanía, que tiene no sólo el derecho, sino también el deber ineludible de velar porque en su actuación, dichos servidores cumplan enteramente con sus deberes.- La rendición de cuentas es pues, un deber inherente a todo servidor público y forma parte de la cultura democrática de nuestro pueblo, tal y como lo establece el artículo 11 constitucional, [...] Ahora bien, indudablemente ese deber de rendir cuentas se extiende a toda la Administración Pública, central o descentralizada y de él no escapan las administraciones territoriales, en particular las municipalidades y sus funcionarios: ellas están sometidas al sistema implantado por el legislador, concretamente a la Ley General de Control Interno y a la vez, a una serie de reglas que el propio Código Municipal instituye, en aras de la transparencia de su función.

Se puede concluir que la rendición de cuentas es un principio constitucional propio del sistema democrático, el cual demanda la sumisión de las personas funcionarias públicas al ordenamiento jurídico y al escrutinio público, lo cual cubre a todas las personas integrantes del aparato estatal independientemente del nivel o naturaleza jurídica de la institución pública en la cual desempeñan su cargo.

I.3 Rendición de cuentas y rango legal

Para lograr la implementación de un sistema de rendición de cuentas eficiente y que permita responsabilizar a las personas funcionarias públicas por sus actuaciones, se requieren un marco legal robusto e instrumentos administrativos eficientes.

La CEPAL (2017) ha seguido esta línea de pensamiento al establecer, como requerimientos de la rendición de cuentas, las normas,

reglamentos y mecanismos jurídicos y administrativos necesarios para desempeñar adecuadamente esta labor:

La rendición de cuentas consiste en que existan normas, reglamentos y mecanismos que orienten el comportamiento de las autoridades electas y funcionarios en el ejercicio del poder público y el gasto de los recursos fiscales. Estas normas deben incluir los requisitos sobre que las decisiones sean plenamente motivadas y justificadas con toda la información puesta a disposición del público. Que exista protección para los denunciantes y mecanismos que permitan reaccionar a las revelaciones de fechorías e irregularidades.

Peruzzotti y Smulovitz (2002) se refieren al *accountability* legal como el conjunto de normas constitucionales, códigos legales, procedimientos administrativos y derechos fundamentales que constituyen el marco legal-constitucional que limita las acciones de los funcionarios públicos elegidos o designados, y que conforman el andamiaje jurídico de la rendición de cuentas.

Para estos autores, el constitucionalismo moderno establece un escenario institucional caracterizado por lo que Schluchter denomina: “discrecionalidad regulada dentro de la esfera de normas abstractas”; es decir, un escenario definido por competencias y jurisdicciones: entre la norma legal y una decisión particular, con un limitado espacio de discrecionalidad política.

Por ende, un gobierno será legalmente responsable (*accountable*), si es posible controlar que las acciones gubernamentales no infrinjan la ley y que se ajusten al debido proceso. De tal manera, para que el sistema de rendición de cuentas cumpla a cabalidad con sus objetivos, resulta indispensable la existencia de un sistema legal con capacidad para imponer la ley y para hacer que los gobernantes la obedezcan. Sin este prerrequisito, el *accountability* legal no puede implementarse.

La base jurídica es el prerrequisito indispensable para que se desarrolle el sistema de rendición de cuentas que incluye no solo la obligación de rendir cuentas, sino también establece límites a la actuación pública, genera procesos de evaluación del rendimiento público, acceso a dicha información de parte de la ciudadanía y establece las consecuentes sanciones por el incumplimiento de los deberes públicos, con una potestad real de exigir su cumplimiento. La Sala Constitucional ha señalado este aspecto:

El artículo 11 constitucional, indudablemente, extiende el principio de responsabilidad a los funcionarios, independientemente de su carácter -puede ser imperativo, representativo, remunerado, permanente, o público, según lo preceptuado en el artículo 111 LGAP-. Esto al establecer que ejercen sus funciones como depositarios de la autoridad y, por tanto, sometidos al control de resultados y rendición de cuentas.

Por lo tanto, para lograr implementar un sistema de rendición de cuentas efectivo, se requiere de un andamiaje jurídico robusto para fundamentarse y que le permita su consolidación y crecimiento.

En el inciso e), artículo del 2, la Ley de Planificación Urbana señala expresamente la tarea de evaluar de modo sistemático y permanente las políticas públicas del Sistema Nacional de Planificación “e) Evaluar de modo sistemático y permanente los resultados que se obtengan de la ejecución de planes y política, lo mismo que de los programas respectivos”. El numeral 11 establece la obligación del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de evaluar los programas que integran el Plan Nacional de Desarrollo.

Mediante Decreto Ejecutivo 35755-PLAN del 22 de febrero de 2010, se fortalece la evaluación por medio del Sistema Nacional de Evaluación (SINE), en cuyo artículo primero, se crea este sistema con la función de monitorear y evaluar los resultados de las metas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo.

Artículo 1º – Créase el Sistema Nacional de Evaluación (SINE) para la evaluación de la gestión gubernamental en relación con el desempeño institucional, el desarrollo del país y el bienestar ciudadano, por medio de un procedimiento de análisis, monitoreo y evaluación de los resultados de las metas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) y en otros instrumentos de planificación.

Este sistema busca contribuir con información importante en la evaluación de políticas públicas:

- a) La medición, la promoción de la calidad y la oportunidad en los resultados de la gestión gubernamental.*
- b) La generación de información de calidad, fidedigna y oportuna que permita utilizar los recursos mediante una prestación eficaz y eficiente del servicio público para garantizar un desarrollo sostenible en lo económico, lo social y lo ambiental, en el corto, mediano y largo plazos.*
- c) La disponibilidad de información sobre el monitoreo y la evaluación de políticas públicas y sobre la ejecución de planes, programas y proyectos gubernamentales asociados.*
- d) La emisión de estrategias, lineamientos y metodologías de evaluación al sector público, así como el asesoramiento respectivo.*

El SINE posee su ámbito de actuación a nivel de Poder Ejecutivo, al darle seguimiento a la ejecución de los planes del Plan Nacional de Desarrollo. No obstante, hay servicios públicos que escapan a la cobertura de este sistema, lo cual genera vacíos jurídicos al respecto.

Si bien, algunas instituciones cuentan con sistemas de evaluación institucionales para medir el logro de sus objetivos y pocas cuentas con sistemas de evaluación del rendimiento de sus funcionarios y funcionarias –aunque debería ser una regla- la realidad es que solo una minoría de

las instituciones públicas emplean mecanismos objetivos de evaluación del rendimiento de la persona funcionaria pública, y esto no resulta suficiente.

La reforma constitucional del 2000 demandaba que el legislador, vía ley, creara mecanismos de evaluación y rendición de cuentas aplicables a todo el sector público, para así reforzar el andamiaje legal que sustentaba la rendición de cuentas, *accountability* legal. Sin embargo, a la fecha, -17 años después- se continúa con ese vacío legal.

Se concluye, por ende, que aun cuando el ordenamiento jurídico costarricense cuenta con normas que establecen la obligación de evaluar los logros institucionales y el rendimiento de la persona funcionaria pública en particular, y establece la responsabilidad de esta por sus acciones y la posibilidad de la ciudadanía de exigir esa responsabilidad, la verdad es que el marco legal resulta insuficiente, no se cuenta con el adecuado *accountability* legal que permite un pleno desarrollo de la rendición de cuentas, y resulta urgente la emisión de normas que procuren dicho objetivo.

I.4 Rendición de cuentas como parte del derecho a la buena administración

En un acápite anterior, se definió la rendición de cuentas como un principio constitucional y como un deber de la Administración pública y obligación de la persona funcionaria pública. No obstante, también puede ser definido como un derecho de la ciudadanía que forma parte del derecho a la buena administración.

Este derecho se refiere a la obligación -que es inherente a todo el aparato estatal- de promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable. De

esta manera, “la buena Administración pública” es reconocida como principio, obligación y derecho fundamental. Al respecto el tratadista Jinesta (2014) se refiere en estos términos:

En efecto, cuando se habla de una “buena administración” se evoca una aspiración común y universal, compartida por todos los regímenes políticos democráticos y respetuosos de las libertades, de que los poderes públicos se comporten, frente a las personas que son destinatarias de sus potestades, prerrogativas, competencias, atribuciones, servicios y regulaciones, de manera correcta, regular y conforme con el bloque de legalidad y, sobre todo, con el estatuto constitucional e internacional de los derechos fundamentales y humanos en cabeza de los administrados. La antípoda de una “buena administración” es una “mala administración”, de ahí que, además de asumir los contornos y la condición propia de un derecho administrativo de nueva generación, podemos afirmar que constituye un postulado o canon axiológico que deben observar las administraciones públicas en el marco del Estado Constitucional de Derecho. (Jinesta, 2014, p. 20).

La expresión derecho a la buena administración no se encuentra expresa en la Constitución Política costarricense; pero se deriva de frases como “buena marcha del Gobierno” (artículo 139, inciso 4°) y “buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas” (artículo 140, inciso 8°), así como la jurisprudencia de la Sala Constitucional que lo desarrolla como el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos:

**DERECHO FUNDAMENTAL
AL BUEN FUNCIONAMIENTO
DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.**
Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos,

esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, celer, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”. Esa garantía individual atípica o innominada se acentúa en tratándose de servicios públicos esenciales de carácter asistencial como los de la seguridad social y, en especial, cuando tenemos pacientes que por la patología o síndrome clínico presentado requieren de una atención inmediata sin ningún tipo de dilación indebida para garantizarles sus derechos a la vida y a la salud. (07235-2014, 2014).

Este derecho implica que tanto el aparato estatal como la propia funcionaria pública deberán responsabilizarse por sus actuaciones. Así se deriva del artículo 11 constitucional y la jurisprudencia de la Sala Constitucional:

El principio constitucional de legalidad, establecido en el numeral 11 de la Constitución Política, es una piedra angular del régimen jurídico público y del Estado de Derecho. La norma implica el sometimiento de la Administración Pública al mandato de la ley, representando así una garantía para el administrado, al generar previsibilidad en el actuar administrativo y brindar con ello seguridad jurídica. Sin embargo, las derivaciones del principio no acaban ahí. En lo que interesa a este proceso, resalta que los funcionarios públicos: deberán acatar con la ley y la

Constitución, rendirán cuentas y serán responsables por el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes. Cada uno de estos postulados se relaciona a su vez con otros principios vinculados al ejercicio de la función pública, como se verá a continuación. (7123-2016, 2016).

Dicho deber se encuentra consagrado en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006) como un deber del Poder Ejecutivo, pero que se hace extensivo a los demás órganos del aparato estatal:

22. Se responsabilizarán políticamente en todo momento por las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente; y asumirán las responsabilidades ante los superiores y no las derivarán hacia los subordinados sin causa objetiva.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008) define el principio de “responsabilización” que corresponde al elemento de *enforcement* de la rendición de cuentas, pues el mero elemento informativo resulta insuficiente para hablar de rendición de cuentas. Se requiere que exista la posibilidad de instaurar responsabilidades contra la persona funcionaria que incumple con sus deberes, de tal manera que esta Carta demanda la posibilidad de la responsabilidad por el inadecuado desempeño de los gobernantes y las personas funcionarias públicas:

Principio de responsabilización

16 Una gestión pública de calidad es aquella en la que existe responsabilización, esto es, en la que hay rendición de cuentas por el desempeño de las autoridades, directivos y funcionarios públicos frente a los ciudadanos, y control social sobre la gestión pública.

Este principio está basado en la evaluación permanente que genere insumos para la

materialización de esta rendición de cuentas, elemento desarrollado unas líneas previas:

Principio de evaluación permanente y mejora continua:

17 Una gestión pública de calidad es aquella que contempla la evaluación permanente, interna y externa, orientada a la identificación de oportunidades para la mejora continua de los procesos, servicios y prestaciones públicas centrados en el servicio al ciudadano y para resultados, proporcionando insumos para la adecuada rendición de cuentas.

De esta manera, la rendición de cuentas es un derecho de la ciudadanía que integra su derecho a la buena administración, ya que toda persona ciudadana tiene derecho de exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las funcionarias y los funcionarios públicos o, incluso, particulares que ejerzan una función pública, cuando incurran en actuaciones que se desvíen de sus deberes públicos, así señalado en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013):

46. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

El *enforcement* o capacidad de exigir “responsabilización” de la persona funcionaria es el elemento que reviste de mayor relevancia en la rendición de cuentas, pues de lo contrario, se quedaría como una mera función informativa *-answerability-* sin una consecuencia de interés para quien rinde cuentas y sin una garantía para la ciudadanía que las exige.

De lo expuesto se puede sintetizar que la rendición de cuentas posee un carácter tripartito: principio constitucional, deber de la administración y

derecho de la persona ciudadana a ser informada sobre la toma de decisiones públicas:

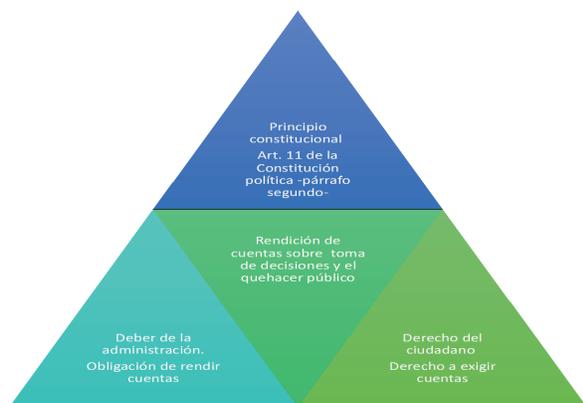


Figura n.º 1. Concepto de rendición de cuentas
Fuente: Elaboración propia

I.5 Rendición de cuentas en la lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción es una temática que toca todas las aristas de la gestión pública, y precisamente la rendición de cuentas es un mecanismo que procura prevenirla, detectarla y exigir su sanción.

Al respecto O'Donnell (2004) arguye que la necesidad de la rendición de cuentas o *accountability* horizontal surge de lo que denomina "desconfianza institucionalizada", la conciencia, incluso dentro del mismo aparato estatal del riesgo de corrupción de parte de una persona funcionaria pública. Para el autor, los entes de control y fiscalización son precisamente muestras de este tipo de *accountability* con la misión de controlar actos de corrupción dentro del mismo aparato estatal. Sobre el particular:

La verificación de estas limitaciones para la efectividad de la AH condujo, prácticamente en todas partes, aunque en diferentes períodos y con diferentes características, a la creación de agencias de accountability horizontal asignada. Éstas son las varias agencias (Ombudsmen,

auditorías, controladores, conseils d'Etat, fiscalías, contralorías y similares) encargadas de supervisar, prevenir, disuadir, promover la sanción y/o sancionar acciones u omisiones presuntamente ilegales de otras instituciones estatales, nacionales o subnacionales. Estas agencias no fueron creadas intentando, como las anteriores, balances generales de poder, sino confrontar riesgos más específicos de trasgresión y/o de corrupción. (O'Donnell, 2004, p. 22).

O'Donnell reconoce el papel que desempeña la *accountability* horizontal –rendición de cuentas horizontal– como una herramienta para prevenir la corrupción pública, para evitar que estas actuaciones se materializan, lo que él denomina "no-eventos" por su potencialidad de disuadir al corruptor de la comisión de la falta.

Un comentario final sobre la AH nos aleja de sus interacciones y nos inserta en el misterioso pero relevante mundo de los no-eventos. Presumiblemente (pero, creo, con alta verosimilitud) una parte nada menor de la importancia de la AH, en la medida en que es efectiva y es percibida como tal, consiste en las transgresiones y corrupciones que disuade. No tenemos información empírica en esta materia, pero es razonable creer que la función decisoria de un potencial transgresor o corrupto será fuertemente influenciada por la probabilidad que atribuye a ser detectado y sancionado. Bien puede ser que la efectividad de la AH, tanto de balance como de asignación, sea curvilínea. Esto es, la AH funciona correctamente cuando hay pocas transgresiones y corrupción, y también funciona correctamente cuando algunas agencias ponen al frente de la agenda pública, y sancionan, importantes o frecuentes transgresiones o corrupciones perpetradas por otras instituciones estatales. (O'Donnell, Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política, 2004, p. 27).

Este carácter disuasorio de la corrupción que posee la rendición de cuentas es retomado por la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción pública cuando en su preámbulo señala que la rendición de cuentas es un mecanismo idóneo para prevenir la materialización de dichas prácticas: “Y reiterará la importancia de valores fundamentales como la honestidad, el respeto del estado de derecho, la obligación de rendir cuentas y la transparencia para fomentar el desarrollo y hacer que nuestro mundo sea un lugar mejor para todos”.

Incluso, desarrolla en el artículo 5: Medidas preventivas, la necesidad de que cada Estado parte desarrolle la rendición de cuentas a través de políticas públicas:

Medidas preventivas

Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003).

Las opiniones de organismos internacionales y estudiosos preocupados en la lucha contra la corrupción son coincidentes al indicar que la rendición de cuentas constituye un elemento esencial en la prevención de este tipo de prácticas.

III. Relación de la rendición de cuentas con otros institutos del estado democrático

La rendición de cuentas como figura que responde a un cambio de paradigma de la gestión pública y que fortalece el sistema democrático, se relaciona íntimamente con otras figuras que han surgido

en este mismo proceso de cambio, de allí surge la necesidad de vincularlo con otros institutos relevantes:

3.1 Rendición de cuentas y gobierno electrónico

El gobierno electrónico se define como el uso de las tecnologías de la información y la comunicación de parte de los órganos que integran la Administración pública para mejorar la información y los servicios ofrecidos a la ciudadanía, orientar la eficacia y la eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de la ciudadanía.

El gobierno electrónico posee un carácter instrumental, es decir, es un medio que utiliza la Administración pública para alcanzar los fines y los objetivos propuestos que procura aproximar a los gobiernos y sus respectivas administraciones a la ciudadanía al facilitar la comunicación y la relación con esta por medios electrónicos.

El Código Iberoamericano de Buen Gobierno señala que es un deber del Poder Ejecutivo –y demás esferas del aparato estatal- promover la creación, la mejora de la calidad y el uso compartido de estadísticas, bases de datos, portales de gobierno en línea y, en general, todo aquello que facilite la labor interna de sus empleados y el mejor acceso de la ciudadanía a la información y los servicios públicos.

El uso de las tecnologías para facilitar el acceso de la información pública a la ciudadanía permite una rendición de cuentas más efectiva, clara y empodera a la ciudadanía para que logre exigir cuentas y compruebe la veracidad de los datos suministrados por las autoridades, de manera que al encontrar inconsistencia pueda solicitar ampliaciones, aclaraciones y desempeñar la rendición de cuentas de control social.

Lo expuesto se materializa en los principios de transparencia y accesibilidad y principio de

responsabilidad que fundamentan el gobierno electrónico, según la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007), al indicar:

Principios del Gobierno Electrónico

6 *El Gobierno Electrónico se inspira en los principios siguientes:*

- d. *Principio de transparencia y accesibilidad: garantiza que la información de las Administraciones Públicas y el conocimiento de los servicios por medios electrónicos se haga en un lenguaje comprensible según el perfil del destinatario.*
- f. *Principio de responsabilidad: de forma que la Administración y el Gobierno respondan por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que de los realizados por medios tradicionales. De acuerdo con dicho principio, las informaciones oficiales que se faciliten por medios electrónicos no pueden beneficiarse de una cláusula general de irresponsabilidad, ni incorporar una cláusula especial de esta naturaleza. En caso contrario, se dejará constancia con caracteres muy visibles y reiterados de que se trata de una página o portal electrónico no oficial y que no forma parte del sistema de Gobierno Electrónico.*

El principio de transparencia y accesibilidad le facilita a la ciudadanía la información para exigir cuentas y comprobar la veracidad de estas, mientras que el principio de responsabilidad se refiere a la capacidad de exigir que las personas funcionarias sean responsabilizadas por sus actuaciones por medios electrónicos como si fueran realizadas por medios tradicionales, ambos elementos fundamentales para un real ejercicio de la rendición de cuentas.

Se puede concluir que el gobierno electrónico es un instrumento que facilita y permite una

adecuada rendición de cuentas y un mayor control social al respecto.

3.2 Rendición de cuentas y gobierno abierto

El gobierno abierto es un nuevo paradigma que rompe los esquemas tradicionales de secretismo en las esferas públicas y propone una Administración pública transparente, participativa, colaborativa; es decir, abierta a la ciudadanía. Ramírez-Alujas, destacado estudioso chileno de la materia, lo define de la siguiente manera:

El Gobierno Abierto surge como un nuevo paradigma y modelo de relación entre los gobernantes, las administraciones y la sociedad: transparente, multidireccional, colaborativo y orientado a la participación de los ciudadanos tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas, a partir de cuya plataforma o espacio de acción es posible catalizar, articular y crear valor público desde y más allá de las fronteras de las burocracias estatales. (Ramírez-Alujas, 2011).

El gobierno abierto se basa en cuatro pilares: transparencia y acceso a la información pública, participación ciudadana, colaboración e innovación y, finalmente, la rendición de cuentas, dado que, a través de ella, las personas funcionarias públicas le informan y justifican a la ciudadanía sobre las decisiones que tomaron y asumen las consecuencias de dichas acciones.

Así surge el principio de responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía, el cual establece el deber de toda persona funcionaria pública y gobernante de estar abierta al escrutinio público, de responder los cuestionamientos de la ciudadanía y de colocarlo como el eje primordial de la gestión:

- h) *Principio de responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía:*

los gobiernos y las administraciones públicas tienen que responder por su gestión, estar abiertos al escrutinio público, ser receptivos a la crítica y permeables a las propuestas de mejora continua y de cambio e innovación provenientes desde la ciudadanía. Asimismo, se promoverá la creación de espacios de trabajo conjunto con los actores de la sociedad para generar valor público. (Centro Latinoamericano de administración para el Desarrollo (CLAD), 2016).

La recién aprobada Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (julio, 2016) define la rendición de cuentas como un deber ético y legal que obliga a las personas funcionarias públicas y a gobernantes a informar y fundamentar sus acciones, y consecuentemente, a asumir las responsabilidades derivadas de sus actos. La carta citada desarrolla esta figura ampliamente:

2. Rendición de Cuentas Públicas

En un sentido amplio, este pilar se basa en las normas, procedimientos y mecanismos institucionales -como deber legal y ético- que obligan a las autoridades gubernamentales a fundamentar sus acciones y asumir la responsabilidad sobre sus decisiones, responder oportunamente e informar por el manejo y los rendimientos de fondos, bienes o recursos públicos asignados, y por los resultados obtenidos en el cumplimiento del mandato conferido.

Los gobiernos iberoamericanos deberán propender al perfeccionamiento de mecanismos (sistemas) de rendición de cuentas que desarrollen no solo su dimensión horizontal, entendida como las relaciones de control y vigilancia que establecen entre sí las agencias gubernamentales, sino además, a sus dimensiones vertical, que supone

el desarrollo y fortalecimiento de mecanismos para que la sociedad pueda exigir cuentas a sus representantes, y diagonal, que alude a la activa participación de los ciudadanos en actividades de control social de las instituciones públicas con miras a materializar su incidencia en la toma de decisiones y en la provisión de bienes y servicios públicos.

Los sistemas de rendición de cuentas estarán vinculados a la idea de la responsabilidad pública, que supone la capacidad de dar respuesta y dar cumplimiento del mandato público conferido en cualquier sistema democrático, empoderando con herramientas de seguimiento y fiscalización a la sociedad civil y a la ciudadanía en su conjunto. (Centro Latinoamericano de administración para el Desarrollo (CLAD), 2016).

Para la construcción de Administraciones públicas abiertas, transparentes, en donde la persona ciudadana deja de ser una mera espectadora y se constituye en una actora relevante, la rendición de cuentas con sus componentes de answerability y enforcement y en todos sus tipos -horizontal, vertical y de control social- resulta indispensable.

3.3 Rendición de cuentas y transparencia

La transparencia, además de ser uno de los pilares del gobierno abierto, es también un principio constitucional, un deber de la persona funcionaria pública y un derecho de la ciudadanía, según el numeral constitucional 30 que indica en lo que interesa: "Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público". Así la Sala Constitucional lo ha señalado en reiterada jurisprudencia; por ejemplo, en el voto 10810-2007, cuando señala:

El artículo 30 de la Constitución Política garantiza el derecho de toda persona, a tener acceso a las oficinas públicas, sea personalmente o por medio de solicitud escrita, para obtener información sobre asuntos de interés público, siempre que no se trata de un secreto de Estado. Este derecho de información tiene como fundamento el interés de la comunidad de conocer la actividad del funcionario, así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo, y las informaciones que siendo de interés público se hallen en las oficinas o departamentos administrativos. De esta manera, del referido artículo 30 dimanar tanto el derecho que ejercita cualquier persona cuando acude a una dependencia pública en procura de informes sobre asuntos de interés público, como el deber que tienen esos despachos de brindárselos.

La rendición de cuentas procura generar transparencia en la gestión pública, pues obliga a la persona funcionaria pública a indicar cuáles son los proyectos en los que se está trabajando, cómo se está trabajando en ello, los objetivos planteados, las metas alcanzadas, los inconvenientes y lo que queda pendiente. Para Schendler y otros (1998), la rendición de cuentas promueve la transparencia.

Accountability as answerability aims at creating transparency. By demanding information as we as justification, it wants to shed light into the black box of politics. In this it is similar to notions such as oversight, supervision, and monitoring. But again its project is less ambitious. Agents of accountability do not pretend to supervise everything. In fact, they assume that nothing close to close oversight is taking place and accept that their genuine field of competence consists of unobserved and often unobservable actions. In this sense, accountability (as answerability) presupposes imperfect information. If the

exercise of power were transparent, there would be no need for holding anybody accountable. (Schedler, Diamond & Plattner, 1998, p. 21).

Por su parte, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006) establece como un deber de la Administración pública, garantizar el libre ejercicio de acceso a la información pública de parte de la ciudadanía: “28. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos y de los pueblos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las especificaciones que establezcan las leyes”.

Ahora bien, brindar la información por sí sola no constituye el cumplimiento de este deber, sino que se requiere que la información facilitada cumpla con las cualidades de comprensión, calidad, accesibilidad, utilizando un lenguaje administrativo claro y comprensible, lejos de tecnicismos que devienen en incomprensibles los datos públicos y demás, con el fin de que le permitan a la persona usuaria comprender y utilizar dicha información.

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008) señala como un derecho de la ciudadanía solicitar la información en torno al desempeño de los órganos y las personas funcionarias públicas en forma completa, veraz, actualizada y comprensible para él:

Contenidos del derecho a una gestión pública de calidad. b. Solicitar y obtener información pública de interés general, en especial aquella referida a los resultados de la gestión pública y al desempeño de los órganos y entes de la Administración Pública, que sea completa, veraz y actualizada. Con dicho objetivo, se podrá acceder a aquella información contenida en archivos y registros, con las excepciones contempladas en la ley.

3.4 Rendición de cuentas y participación ciudadana

Se define la participación ciudadana en la gestión pública como el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y los pueblos indígenas.

Se deriva del artículo 9 constitucional: “El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí”. Es obligación de las Administraciones públicas crear canales de participación ciudadana, y es un derecho de la persona administrada participar en la toma de decisiones públicas, según lo reconocido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional:

Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado,

tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación–, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa. (015445-2015, 2015).

En igual sentido, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno lo define (2006): “35. Fomentarán la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas, en condiciones de igualdad y razonabilidad”.

La rendición de cuentas incentiva la participación de la ciudadanía en la esfera pública; pero a su vez la requiere. Para que la rendición de cuentas sea efectiva, se necesita una persona ciudadana interesada en la cosa pública, para que reciba la información, la verifique y demande aclaraciones, ampliaciones y responsabilidades originadas en esta.

Al respecto, el tratadista Jinesta lo resume (2000) en las siguientes líneas:

En efecto, es de suponer que los mecanismos y sistemas de evaluación del rendimiento o desempeño administrativo y de rendición de cuentas arrojen información valiosa y resultandos tangibles que deben ser de conocimiento de todos los administrados, quienes, en último término, al financiar el aparato administrativo, tienen todo el derecho de participar activamente -de forma directa o indirecta- en la fiscalización y vigilancia del manejo de la cosa pública. (Jinesta Lobo, Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración

Pública. (La reforma al artículo 11 de la Constitución Política), 2000, p. 05).

De tal manera, se trata de una relación simbiótica, en donde la rendición de cuentas requiere de participación y, a su vez, la promueve. Así la Sala Constitucional lo ha desarrollado en el voto 6563-11 cuando señala que las Administraciones públicas deben crear espacios de comunicación con los administrados en concordancia con la rendición de cuentas:

Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política).

Para garantizar esta participación activa en la rendición de cuentas, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009) establece el derecho de toda persona ciudadana de darles seguimiento, evaluación y control a las políticas públicas: “16. Es derecho de la ciudadanía medir y evaluar los resultados e impactos de las políticas públicas; por tanto, los Estados iberoamericanos facilitarán la intervención independiente de la sociedad en el seguimiento, evaluación y control de las mismas”.

Asimismo, la rendición de cuentas promueve la participación ciudadana. Por ello la citada carta establece como obligación de las Administraciones públicas, la creación de espacios de participación, el desarrollo de instrumentos de rendición de cuentas a la ciudadanía en forma permanente y en los medios en que la ciudadanía lo requiera:

34. *En el marco de la participación ciudadana, las Administraciones Públicas propenderán a:*

h. *Desarrollar la rendición de cuentas a la ciudadanía como un proceso permanente que promueva, en lenguajes comprensibles, la interlocución y evaluación de la gestión pública de acuerdo con los intereses ciudadanos.*

Se concluye que la relación entre participación ciudadana y rendición de cuentas es estrecha; por un lado, se requiere de la persona ciudadana para lograr una rendición de cuentas efectiva y, por otro, se promueve su participación continúa y permanente con la rendición de cuentas.

I.6 Los sistemas contables y la rendición de cuentas

En un acápite inicial del presente documento, se señaló que en sus inicios el término *accountability* se refería únicamente a la rendición de cuentas contables de la Administración pública, pero que, a partir de los estudios de la democracia y las poliarquías propias de la ciencia política, fue revistiendo un campo de acción mayor. No obstante, esto no significa que la rendición de cuentas contables haya perdido importancia o se que menoscabe su rol dentro de la rendición de cuentas públicas.

La rendición de cuentas contables sigue siendo fundamental y esencial, pues por medio de los registros contables y financieros, se determina el uso dado a los fondos públicos. De allí surge la necesidad de contar con adecuados sistemas contables que permitan esta labor.

Inicialmente se debe señalar que la contabilidad gubernamental es

la técnica que registra sistemáticamente las operaciones que realizan las dependencias y entidades de la administración pública federal, así como los sucesos económicos identificables y cuantificables que les afecten, con el objeto de generar información financiera, presupuestal,

programática y económica que facilite a los usuarios la toma de decisiones. .

La Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos define en su artículo 90 el subsistema de contabilidad pública como el conjunto de principios, normas y procedimientos técnicos para recopilar, registrar, procesar y controlar, en forma sistemática, toda la información referente a las operaciones del sector público, expresables en términos monetarios, así como por los organismos que participan en este proceso.

El principal objetivo de este sistema es proporcionar información sobre la gestión financiera y presupuestaria y servir de apoyo al Sistema de Cuentas Nacionales, además:

- a) *Proveer información de apoyo para la toma de decisiones de los y las jerarcas de las distintas instancias del sector público, responsables de la gestión y evaluación financiera y presupuestaria, así como para personas terceras interesadas.*
- b) *Promover el registro sistemático de todas las transacciones que afecten la situación económico-financiera del sector público.*
- c) *Proveer la información contable y la documentación pertinente de conformidad con las disposiciones vigentes, para apoyar las tareas de control y auditoría.*
- d) *Obtener de las entidades y organismos del sector público, información financiera útil, adecuada, oportuna y confiable.*
- e) *Posibilitar la integración de las cifras contables del sector público en el Sistema de Cuentas Nacionales y proveer la información que se requiera para este efecto.*

De tal manera, la contabilidad gubernamental brinda información valiosa sobre la situación

financiera de las instituciones públicas, aporta criterios para la toma de decisiones y, a su vez, facilita la rendición de cuentas de parte del operador público y su comprobación por parte de la ciudadanía.

Para ello los datos contables deben cumplir con criterios objetivos que son: comparabilidad, reproducibilidad, oportunidad y suficiencia, los cuales le permitan al estudioso en la materia realizar análisis comparativos entre periodos y con modelos retrospectivos y prospectivos para determinar qué tan eficientes han sido las decisiones tomadas sobre la disposición de fondos públicos.

Ahora bien, para lograr que la contabilidad gubernamental brinde información real sobre las decisiones tomadas y, por ende, la rendición de cuentas efectiva, es necesario un cambio de paradigma en la gestión financiera de las instituciones públicas; es decir, pasar de la contabilidad presupuestaria que durante años ha imperado en los modelos públicos, a raíz de la gran importancia que el presupuesto posee en el sector público, hacia una contabilidad patrimonial o de devengo:

El sistema contable devengado se refiere a operaciones realizadas que representan un ingreso o un gasto ejercido en una fecha determinada, a pesar de ser exigibles para su cobro o su pago en una fecha futura. Dichas operaciones no se consideran un ingreso o un gasto hasta que el servicio o producto sea efectivamente proporcionado, recibido o transcurra el tiempo necesario para su realización.

Nótese la lógica de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, cuyo eje central es la labor presupuestaria y vincula a los sistemas contables con el presupuesto, lo cual es correcto desde la perspectiva de la contabilidad presupuestaria, pero es insuficiente. Para lograr una rendición de cuentas contables real, es necesario desligar a la contabilidad del

presupuesto para que evidencie datos de carácter patrimonial.

Para ello resulta indispensable implementar las Normas Internacionales de Contabilidad en el Sector Público (NICSP) que siguen el modelo del devengo y que ofrece información más completa y clara para el tomador de decisiones y la persona ciudadana, tal como los datos sobre los activos y pasivos públicos. Un cambio relevante es, por ejemplo, la valoración de los activos al valor presente y no con el coste histórico como se realiza actualmente:

Las NICP proponen el fair value como modelo para la valoración de los activos del sector público, en lugar del método del coste histórico, que es la base de medición que tradicionalmente ha sido usada por los gobiernos a nivel mundial. En este contexto, el fair value es definido como la suma por la que un activo podría ser intercambiado (comprado/vendido), o un pasivo cancelado entre dos partes independientes bien informadas y que actúan libremente. Por ejemplo, si una entidad pública adquirió un edificio en el año 2000 y esta entidad está ahora preparando sus estados financieros al 31 de diciembre de 2012, siguiendo el modelo fair value este activo debería ser valorado por el importe dinerario que esta entidad obtendría hoy si lo vende, en lugar de valorarlo por el importe monetario pagado por su adquisición en el año 2000. Por tanto, las diferencias entre el valor actual y el valor histórico de este edificio tienen implicaciones sobre los valores contables de los activos de la entidad pública, lo que puede afectar la satisfacción de las demandas de información de los usuarios de los estados financieros, tales como gestores públicos, políticos, auditores, inversores financieros e instituciones financieras. (Rodríguez Bolívar, Navarro Galera & Alcaraz Quiles, 2014, p. 92).

Lo expuesto por sí solo ofrece información más actualizada que se puede encontrar en los sistemas contables actuales. Asimismo, las NICSP permiten vincular la contabilidad desde la etapa de planificación de las políticas públicas con los objetivos, metas e indicadores departamentales, institucionales y nacionales y, por ende, con el sistema de evaluación necesario para rendir cuentas con datos objetivos y reales.

No obstante, la implementación de las NICSP ha enfrentado grandes opositores, algunos ideológicos y otros prácticos, además del aspecto de costos, dado que este cambio implica reestructurar totalmente la gestión organizacional de la dependencia que desee aplicarlo. Para el caso del Poder Ejecutivo, se debe rediseñar el sistema financiero y contable del país. También se requiere un cambio de paradigma mental de la valoración de los recursos públicos; se deben ajustar el catálogo de cuentas, los sistemas informáticos, en muchos casos; se debe comenzar por realizar un inventario de activos y contratación de peritajes para la revaloración de activos –que implica un costo alto para el Estado- para poder registrarlos a valor presente y no al costo histórico. Se deben asumir los gastos de depreciación de los activos fijos –excepto los terrenos, pero habría que valorar su plusvalía o deterioro- el reconocimiento de los pasivos que se invisibilizan muchas veces en la contabilidad presupuestaria.

Adicionalmente, se requiere implementar una verdadera contabilidad de costos –prácticamente inexistente, ni siquiera las empresas públicas en competencia cuentan con adecuados sistemas de costos- en donde se distingan los costos de los gastos. En la contabilidad presupuestaria, se registra toda erogación de efectivo como un gasto, sin considerar su finalidad y se puede determinar el costo real de un servicio público, lo cual también posee detractores, quizás por temor a evidenciar qué tan caros son ciertos programas públicos de cara a los beneficios que ofrecen. Esta información se oculta cuando se diluyen en los “gastos” institucionales.

Pese a los obstáculos citados, se debe reconocer que la implementación de las NICSP es un requisito indispensable para realizar una adecuada rendición de cuentas fundamentada en datos objetivos sobre los costos de los programas, los réditos alcanzados, la rentabilidad lograda, el uso y destino dados a los fondos públicos, entre otros.

Resulta innegable que los estados financieros (un estado de situación financiera, un estado de rendimiento financiero, un estado de cambios en los activos netos y/o patrimonio neto, un estado de flujo de efectivo y las notas donde se indican las políticas contables significativas empleadas para la generación de los estados financieros, así como también otros comentarios explicativos) elaborados correctamente y con información confiable son en sí mismos importantes instrumentos de rendición de cuentas.

CONCLUSIÓN

La rendición de cuentas es un instituto que cada vez adquiere mayor relevancia en el ejercicio real del sistema democrático y posee una naturaleza tripartita: principio constitucional, deber de la Administración pública y derecho de la

ciudadanía; además es un pilar sobre el cual se construye el gobierno abierto y es un instrumento para la prevención y lucha contra la corrupción en la función pública, lo cual redundará en una mayor legitimidad del aparato estatal de cara a la ciudadanía.

De tal manera, su importancia resulta indiscutible, no obstante, para su adecuada implementación, resultan necesarios la construcción de un sistema jurídico eficiente, un marco de responsabilización del funcionariado público, adecuados sistemas de evaluación institucional, nacional y de rendimiento de la persona funcionaria pública y, finalmente, sistemas contables que rinden informaciones veraz y objetiva respecto al uso y disposición de los fondos públicos.

El marco jurídico costarricense resulta incipiente para el adecuado desarrollo de la rendición de cuentas, el cual debe pasar de un mero ejercicio discursivo a un mecanismo de control y fiscalización del actuar de los gobernantes y del funcionariado público para el bien del país y el fortalecimiento del sistema democrático que nos caracteriza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Sala Constitucional

- 10810-2007, 10810, 27 de julio de 2007.
- 3125-2008, 3125, 03 de marzo de 2008.
- 01155-2009, 01155, 19 de junio de 2009.
- 6563-2011, 6563, 20 de mayo de 2011.
- 07235-2014, 07235, 03 de julio de 2014).
- 13570-2014, 13570, 14 de agosto de 2014.
- 015445-2015, 015445, 02 de octubre de 2015.
- 01780-2015, 01780, 06 de febrero de 2015.
- 7123-2016, 7123, 21 de mayo de 2016.
- Asamblea Constituyente. (1949). *Constitución Política de Costa Rica*. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. México: ONU.
- Asamblea Legislativa. (1978). *Ley N.º 6227 denominada Ley General de la Administración Pública*. San José: SINALEVI.
- Asamblea Legislativa. (2001). *Ley N.º 8131 denominada Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos*. San José, Costa Rica: SINALEVI.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1974). *Ley de Planificación Nacional*. San José, Costa Rica: Sistema de Legislación Nacional Vigente.
- Centro Latinoamericano de Administração para o Desenvolvimento (Clad). (2009). *Carta*

Iberoamericana de participação cidadã na Gestão Pública. Portugal: CLAD.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2003). *Carta Iberoamericana de la Función Pública*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2007). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. Chile: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2009). *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Portugal: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2013). *a. Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*. Panamá: CLAD.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (2016). *Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto*. Colombia: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo (CLAD). (2006). *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*. Uruguay: CLAD.

Centro Latinoamericano de Administración Pública para el Desarrollo (CLAD). (2008). *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. El Salvador: CLA.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (01 de marzo de 2017). *Bibliotecas CEPAL*. Obtenido de gobierno abierto: Rendición de cuentas: <http://biblioguias.cepal.org/>

Gobierno Abierto/Rendición de Cuentas

Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. (2013). *El gobierno abierto y los desafíos tecnológicos en Latinoamérica*. Madrid, España: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.

Jinesta Lobo, E. (2000). Evaluación de resultados y rendición de cuentas en la Administración pública (la reforma al artículo 11 de la Constitución Política). *IVSTITIA*, 166-167.

Jinesta Lobo, E. (2009). Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas. En S. Constitucional, *Constitución y Justicia Constitucional* (pp. 1-19). San José, Costa Rica: Escuela Judicial.

Jinesta Lobo, E. (2014). Reforma de la Administración y la Carta Iberoamericana de Administración Pública: Caso Costa Rica. *VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: La reforma de las Administraciones públicas*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo.

O'Donnell, G. (1994). Delegative democracy. *Journal of Democracy*, 55-69.

O'Donnell, G. (2004). Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, 11-31.
Peruzzotti, E., & Smulovitz, C. (2002). *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las democracias*

latinoamericanas. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editorial Temas.

Poder Ejecutivo. (2010). *Decreto Ejecutivo 35755-PLAN Sistema Nacional de Evaluación (SINE)*. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente.

Ramírez-Alujas, Á. V. (2011). Gobierno abierto y modernización de la gestión pública. *Revista Enfoques*, 99-125.

Ríos Ramírez, A., Cortés Arbeláez, A., Suárez Valencia, M. C. & Fuentes Vélez, L. (2014). Accountability: aproximación conceptual desde la filosofía política y la ciencia política. *Colombia Internacional*, 261-288.

Rodríguez Bolívar, M. P., Navarro Galera, Á. & Alcaraz Quiles, F. (2014). La mejora de la rendición financiera de cuentas para modernizar el sector público de países emergentes de América Latina. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 83-118.

Schedler, A., Diamond, L., & Plattner, M. F. (1998). *The self-restraining State power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner Publishers.

Sour, L. (2011). El sistema de contabilidad gubernamental que mejorará la transparencia y la rendición de cuentas en México. *Revista Transparencia y Privacidad*

Notas al pie

- 1 Doctoranda en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales del Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Abogada, contadora pública autorizada (auditora) C.P.A. y administradora pública.

NULIDAD ABSOLUTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO. MEDIOS PARA SU DECLARACIÓN

Lic. Pablo Solano Borbón¹
pablosolano65@gmail.com

Recibido 10/1/2018 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo exponer los distintos medios reconocidos por el ordenamiento para la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo, ya sea en sede judicial como en sede administrativa, los cuales son regulados tanto en el Código Procesal Contencioso Administrativo como en la Ley General de la Administración Pública. Asimismo, se toma en consideración sentencias judiciales y dictámenes de la Procuraduría General de la República que desarrollan la aplicación de dichas normas, concluyendo con la posibilidad de declarar la nulidad absoluta tanto de aquellos actos administrativos declarativos de derechos subjetivos como de aquellos que no lo sean, en virtud de recurso administrativo o como resultado de la revisión de oficio por parte de la propia Administración Pública.

Palabras clave: Nulidad absoluta, acto administrativo, sede administrativa, sede judicial, recurso de administrativo, revisión de oficio

ABSTRACT

The objective of the article is to present de different means, recognized by the law, to declare the absolute nullity of an administrative act, in judicial and administrative office, taking into account the Costa Rican law, as well as judicial sentences and documents of the Attonery's General office which were emitted as complement of the law, arriving to the conclusion that is possible to declare the absolute nullity of an administrative act in the case that it recognizes subjective rights or not, as result of a legal resource against that act or a legality exam conducted by the Administration.

Keywords: absolute nullity, administrative act, administrative office, judicial office, legal resource, legality exam conducted by the Administration.

Introducción

El presente trabajo busca constituirse en una guía general sobre las posibilidades contempladas por el ordenamiento para la declaratoria de nulidad absoluta de los actos administrativos, tanto en sede judicial como en sede administrativa, incluyendo la posibilidad, a veces poco explorada en algunas oficinas de la Administración Pública, de la aplicación conjunta de los artículos 174 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, como una vía para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos no declarativos de derechos.

En razón de lo anterior, se inicia con una mención básica sobre el régimen general de las nulidades del acto administrativo contempladas en la Ley General de la Administración Pública, para posteriormente hacer hincapié propiamente en las vías legales para la declaratoria de la nulidad absoluta de un acto administrativo, siempre con vista en la norma y en sentencias judiciales y dictámenes de la Procuraduría General de la República que desarrollan su aplicación.

a. *Del régimen general de las nulidades regulado en la Ley General de la Administración Pública.*

Inicialmente, es menester señalar que el régimen de las nulidades se encuentra regulado por la Ley General de la Administración Pública, a partir del artículo número 165 en el cual se realiza una distinción entre las nulidades absolutas o relativas, cuyo elemento distintivo resulta ser la omisión o defecto en los elementos constitutivos del acto administrativo.

A su vez, dichos elementos también encuentran regulación en la ley de cita, específicamente a partir de su artículo número 128, diferenciando los elementos materiales (motivo, contenido y fin) de los elementos formales (sujeto, procedimiento y forma).

En virtud de lo anterior, si se detecta una omisión total de uno de los elementos referidos se estaría frente a una nulidad absoluta, no admitiéndose subsanación alguna, mientras que si se trata de un defecto en alguno de los elementos mencionados, resultaría ser una nulidad relativa, susceptible de ser subsanado mediante los mecanismos de convalidación o saneamiento.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que por tesis de principio, no es declarable la nulidad por la nulidad misma, y es menester para reconocerla que se haya detectado una omisión o defecto de formalidades sustanciales, lo cual se encuentra plenamente reconocido por la jurisprudencia nacional, ejemplo de ello, la resolución número 398 de las quince horas diez minutos del dieciséis de mayo de dos mil dos, emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia², la cual expone al respecto:

*“En tesis de principio, la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiéndose por tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causare indefensión” (artículos 166 y 223 *ibídem*) situaciones que, en la especie, se echan de menos. El recurrente no procuró prueba en ese sentido y su derecho de defensa, en los aspectos a que el recurso se contrae, fue respetado como más adelante se expone. Por otra parte, la Junta Directiva, al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración a que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto como para sustentar una nulidad absoluta (166 *ibídem*) sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento (167 *ibídem*), siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento*

sobre la materia. Finalmente y al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público (113 *ibídem*). En consecuencia, en criterio de la Sala, al haber sido dictado el acto final por la Junta Directiva de la Caja, órgano competente para hacerlo (artículos 129 y 319 *ibídem*), no haberse causado indefensión, pues se respetó el debido proceso, se satisfizo el interés público no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, por lo que el recurso, en cuanto a este agravio, debe rechazarse.”

(El subrayado no es del original)

b. De los medios legalmente reconocidos para la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo.

Ahora bien, con vista en el ordenamiento jurídico nacional, se logran distinguir tres vías por las cuales es posible declarar la nulidad absoluta de un acto administrativo, mismas que serán expuestas a continuación.

b.1. Proceso judicial de lesividad.

Inicialmente resulta pertinente traer a colación el proceso judicial de lesividad, regulado en el artículo número 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual dicta expresamente:

- 1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. El plazo máximo para ello será de un año,

contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura.

- 2) La lesividad referente a la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo.
- 3) Corresponderá al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado. En tales supuestos, no podrán ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.
- 4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, será emitida por el superior jerárquico supremo.
- 5) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.”

(El subrayado y la negrita no son del original).

En razón de lo anterior, la Administración Pública ante aquellos actos que detecte que son contrarios a los intereses económicos, tributarios, etc. de esta, debe declararlos lesivos en vía administrativa y posteriormente, en el plazo de un año a partir de dicha declaratoria, debe acceder a la vía judicial, específicamente mediante la interposición de un juicio de lesividad ante el juzgado contencioso administrativo, a efectos de que el acto objeto del proceso sea declarado lesivo en esa sede y por ende se logre la declaratoria de nulidad absoluta.

Cabe destacar que la aplicación del proceso judicial de lesividad tiene lugar contra actos

administrativos declaratorios de derechos subjetivos, tal y como el numeral supra transcrito lo indica.

b.2. Artículo número 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Otra vía reconocida por el ordenamiento jurídico para lograr la declaratoria de nulidad absoluta contra un acto administrativo específico, se encuentra regulada por el artículo número 173 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dicta:

- 1) Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos sea evidente y manifiesta, podrá ser declarada por la Administración en la vía administrativa, sin necesidad de recurrir al contencioso-administrativo de lesividad, previsto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República; este dictamen es obligatorio y vinculante.
Cuando la nulidad absoluta verse sobre actos administrativos directamente relacionados con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir el dictamen.
En ambos casos, los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.
- 2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición

o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.

- 3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.
- 4) La potestad de revisión oficiosa consagrada en este artículo, caducará en un año, a partir de la adopción del acto, salvo que sus efectos perduren.
- 5) La anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en este artículo, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.
- 6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.
- 7) La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda.
(El subrayado no es del original.)

En este caso, a diferencia del anterior, se trata de una declaratoria de nulidad en sede administrativa, en aquellos casos en los que dos elementos concurren, cuando se trate de:

- un acto declaratorio de derechos
- una nulidad absoluta evidente y manifiesta.

Con respecto a la nulidad evidente y manifiesta, esta ha sido expuesta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en varias resoluciones, entre las que es posible citar la resolución número 4369 de las ocho horas treinta minutos del veintitrés de mayo de 2003³, la cual indica:

Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna.

Con base en lo anterior, no resulta necesario acceder al proceso judicial de lesividad, sin embargo, previo a la declaratoria de nulidad en sede administrativa debe obligatoriamente de contarse con el dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República.

b.3. Aplicación de artículos números 174 y 180 de la Ley General de la Administración Pública

Una tercera vía para la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, también en sede administrativa, resulta de la aplicación conjunta de los artículos números 174 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales disponen:

Artículo 174:

- “1. La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta Ley.*
- 2. La anulación de oficio del acto relativamente nulo será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad, específico y actual.”*

Artículo 180:

“Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley.”

Cabe destacar que mientras las dos vías expuestas en los puntos precedentes resultan de aplicación en aquellos casos en los cuales se busca la declaratoria de nulidad de actos declaratorios de derechos, la aplicación de los artículos números 174 y 180 transcritos sirven de base para la declaratoria de nulidad absoluta, ya sea de oficio o en virtud de un recurso administrativo, de un acto administrativo que no sea declarativo de derechos subjetivos.

Así, en virtud del recurso administrativo o revisión de oficio tanto, el órgano emisor del acto administrativo como su superior jerárquico tienen la posibilidad de someter el acto administrativo emitido a un examen de legalidad, a efectos de determinar si este contiene vicio alguno en sus elementos constitutivos, y de esa forma, en consecuencia con los resultados obtenidos de dicho análisis, se declara su nulidad absoluta mediante resolución administrativa debidamente fundada.

Aunado a lo expuesto, con respecto a la relación jerárquica en la Administración Pública, debe tenerse en consideración el artículo número 102 inciso b) de la Ley General de la Administración Pública, el cual otorga la potestad al superior de revisar la legalidad de los actos emitidos por su inferior.

Con respecto a la aplicación de los artículos de cita, es menester traer a colación el Dictamen número 011 de fecha 19 de enero de 2017, emitido por la Procuraduría General de la República⁴, el cual expuso:

Un acto declaratorio de derechos es aquel cuyo efecto es “crear, reconocer o

deklararla existencia de un derecho subjetivo o de una situación jurídica consolidada (...)", es decir, aquel acto "decisorio e imperativo, y además favorable, porque produce un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del administrado, en el tanto le reconoce u otorga un derecho, una facultad o le libera de una limitación, deber o gravamen. (Dictamen no. C-336-2005 de 7 de setiembre de 2005).

Lo anterior tiene importancia pues, para el caso de actos que no hayan constituido derechos, éstos pueden ser anulados sin recurrir al procedimiento regulado por el artículo 173 de la LGAP ni al proceso de lesividad comentado, pues ese último supuesto también está referido a los actos declaratorios de derechos –que no tengan vicios de nulidad evidente y manifiesta-.

En esos casos, en los que no se han generado derechos a particulares, corresponde a la Administración valorar la nulidad de los actos y anularlos de conformidad con lo dispuesto por los artículos 174 y 180 de LGAP.

(El subrayado no es del original)

c. Sobre los determinación de actos administrativos declaratorios de derechos subjetivos.

Aunado a lo anterior, cabe hacer hincapié en el concepto de acto administrativo declaratorio de derechos subjetivos, ya que resulta determinante en la declaratoria de nulidad absoluta, en sede judicial, mediante el proceso de lesividad, o en sede administrativa, para actos en los que se alegue una aparente nulidad evidente y manifiesta.

Tal concepto ha sido desarrollado tanto por la Procuraduría General de la República como por las sentencias emitidas por las autoridades judiciales.

Al respecto, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen no. 184 de fecha

2 de setiembre de 2016⁵, conceptualiza lo que se conoce como acto declaratorio de derechos, al exponer:

Un acto declaratorio de derechos es aquel cuyo efecto es "crear, reconocer o declarar la existencia de un derecho subjetivo o de una situación jurídica consolidada (...)", es decir, aquel acto "decisorio e imperativo, y además favorable, porque produce un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del administrado, en el tanto le reconoce u otorga un derecho, una facultad o le libera de una limitación, deber o gravamen.

(El subrayado y la negrita no son del original)

Asimismo, la resolución no. 130 de las once horas veinte minutos del catorce de diciembre de dos mil quince⁶, emitida por la Sección V del Tribunal Contencioso Administrativo, ofrece un concepto de derecho subjetivo:

"En este orden de ideas, existen los denominados derechos subjetivos, mediante los cuales el administrado se encuentra en una relación de poder fundada en un título habilitante, constituido por una ley, reglamento, contrato o acto que le genera la posibilidad de exigir un dar, hacer o no hacer a la Administración. Lo anterior hace que la obligación de cumplimiento del ente o sujeto de derecho público destinatario en favor de quien ostenta el poder, pueda ser jurídicamente exigible. Complemento de lo anterior, es que el artículo 155 de la Ley General de la Administración Pública dispone que la revocación de un acto declaratorio de derechos sólo es posible por una decisión del respectivo jerarca que simultáneamente contenga el reconocimiento de los daños y perjuicios. Por lo anterior, el derecho subjetivo consta de lo siguiente: a) Un supuesto generador del mismo, existente en una norma, contrato, acto o conducta administrativa

b) La ausencia de una norma que impida su nacimiento c) Una situación de hecho en la cual la persona administrada se encuentra en la previsión para que surja el indicado derecho, con exclusividad frente a terceros d) Una consecuencia jurídica o exigibilidad activa u omisiva prestacional, d) Una exigibilidad de la conducta hacia la Administración obligada y e) Una consecuencia originada tanto en el cumplimiento (favorable al Administrado) como en el incumplimiento habilitante para acudir a la vía jurisdiccional, lo cual se encuentra expresamente contemplado en el artículo 10.1.a) del Código Procesal Contencioso Administrativo. La prestación a que está obligada la Administración puede adquirir diferentes facetas, sea que tenga carácter positivo hacia diferentes sujetos en idéntica posición de exigibilidad, o para con un sujeto individualizado o de carácter negativo de carácter general o particularizado. Así, el derecho objetivo (ordenamiento jurídico) contempla situaciones jurídicas mediante las cuales se tutela el derecho subjetivo individualizable, oponible frente a la Administración, tal y como lo establece el artículo 49 de la Constitución Política (...)"

d. Conclusiones

En razón del análisis expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones

- i. El régimen general de las nulidades en materia administrativa se encuentra regulado a partir del artículo número 165 de la Ley General de la Administración Pública, distinguiendo entre nulidad absoluta y nulidad relativa.
- ii. A efectos de verificar la concurrencia de alguna de las nulidades reguladas, debe realizarse el examen de los elementos constitutivos del acto administrativo potencialmente nulo.
- iii. En virtud de dicho examen, se determinará la existencia de un vicio en los elementos citados o no, ya sea una omisión total o imperfección de estos.
- iv. Si se comprueba la omisión total de uno de los elementos constitutivos del acto se estará ante un potencial vicio de nulidad absoluta, mientras que si se trata de la imperfección en alguno de ellos se contemplará la nulidad relativa del acto.
- v. En tesis de principio, no es declarable la nulidad del acto por la nulidad misma, y es necesario que el vicio decante en una omisión o defecto de formalidades sustanciales.
- vi. El ordenamiento jurídico reconoce tres vías para la declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo, una en sede judicial y dos en sede administrativa, específicamente:
 - a) Proceso judicial de lesividad, artículo número 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo.
 - b) Nulidad absoluta derechos evidente y manifiesta de un acto declarativo derechos subjetivos, artículo número 173 de la Ley General de la Administración Pública.
 - c) Nulidad absoluta declarada en virtud de revisión de oficio o por recurso de un acto administrativo no declarativo de derechos subjetivos, artículos números 174 y 180 de la Ley General de la Administración Pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/main_jurisprudencia.aspx
2. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=196292&strTipM=T&strDirSel=directo
3. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=241994&strTipM=T&strDirSel=directo
4. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=19767&strTipM=T
5. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=prd¶m6=1&ndictamen=19537&strtipm=t
6. Poder Judicial, República de Costa Rica. "Sistema Costarricense de Información Jurídica", *Jurisprudencia Judicial*, enero, quince, dos mil dieciocho, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655205&strTipM=T&strDirSel=directo

Notas al pie

- 1 Licenciado en Derecho. Especialista en derecho comercial (Universidad de Costa Rica). Especialista en derecho notarial y registral (Universidad Autónoma de Centroamérica).
- 2 Enero, quince, dos mil dieciocho,
http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=196292&strTipM=T&strDirSel=directo
- 3 Enero, quince, dos mil dieciocho,
http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=241994&strTipM=T&strDirSel=directo
- 4 Enero, quince, dos mil dieciocho,
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=19767&strTipM=T
- 5 Enero, quince, dos mil dieciocho,
http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=prd¶m6=1&ndictamen=19537&strtipm=t
- 6 Enero, quince, dos mil dieciocho,
http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=655205&strTipM=T&strDirSel=directo



Reseña Especial

COMBATE AL CRIMEN ORGANIZADO: EXPERIENCIAS Y RETOS PARA LA REGIÓN DE CENTROAMÉRICA Y CARIBE¹

Una visión común, una actuación conjunta supone una Centroamérica y Caribe más fuerte.

Dr. Ricardo Rodríguez Fernández²

- **INTRODUCCIÓN.**
Regulación de la criminalidad organizada en derecho español.

Todos conocemos que es el Crimen Organizado y los problemas que causa a nuestros pueblos, a nuestras sociedades.

La aprehensión de la enorme variedad de formas que presenta el fenómeno de la delincuencia organizada en un concepto omnicomprendivo es sumamente difícil, como se puede comprobar analizando las propuestas internacionales y europeas elaboradas para definirlo o la labor de los legisladores nacionales en este sentido.

Así, en el Derecho español ha de tenerse en cuenta que la reforma del Código Penal de 2010 ha supuesto un cambio importante, pues por primera vez se recoge en el texto punitivo de 1995 una definición auténtica de lo que se entiende por organización y grupo criminal³, distinguiéndose, de menor a mayor pena, entre asociación ilícita, organización criminal y grupo terrorista.

Conviene recordar las características esenciales de una organización criminal. ¿Cuáles son las características más relevantes de este concepto auténtico de organización criminal?⁴:

- 1) *Estructura jerárquica con relaciones de coordinación y de subordinación.*

Esto es, ha de existir una relación vertical y, por tanto, debe comprobarse la presencia de un centro de decisiones del que emanan órdenes que son obedecidas por los subordinados, como confirma el hecho de que se prevean penas distintas para quienes dirigen y coordinan, por una parte, y para los miembros activos, por otra.

La necesidad de una estructura jerárquica no impide el castigo de las organizaciones que adoptan una forma “en red”, pues cada una de sus células puede ser considerada en sí misma una organización delictiva, como están haciendo los Tribunales en el marco del terrorismo yihadista⁵.

En toda estructura organizada el trabajo se divide entre los miembros, habitualmente siguiendo las órdenes e instrucciones de los dirigentes, para la consecución de un fin u objetivo común. Ese objetivo determina la estructura de la organización, esto es, el conjunto de reglas que permiten ordenar la distribución de funciones y coordinar las actividades en orden a la consecución del fin pretendido.

El grado de complejidad que se ha de exigir a esa estructura depende en buena medida del tipo de actividad delictiva que la organización pretende emprender.

2) *Intercambiabilidad de los miembros.*

La característica de la fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros exige un cierto número de personas que integren la organización.

3) *Actuación al margen del ordenamiento jurídico.*

La exigencia de una actuación por completo al margen del Ordenamiento jurídico encaja con la consideración de la organización criminal como “institución”, dotada de un “ordenamiento” propio, y coincide con las características de estabilidad de la forma organizativa y de racionalidad o funcionalidad de esa estructura respecto de la actividad delictiva que se pretende realizar de forma sistemática

4) *Estabilidad.*

Por último, la organización criminal ha de tener cierta estabilidad en el tiempo. El propio concepto de organización como estructura jerárquica que persigue un fin presupone esta característica. Así se apunta también en la definición de organización criminal que ofrece la *Decisión Marco 2008/841/JAI de la Unión Europea* (UE) de 24 de octubre de 2008, *relativa a la lucha contra la delincuencia organizada*⁶.

Y como circunstancias agravantes podemos señalar también en el derecho español, en general, tres:

1. Que la organización “esté formada por un elevado número de personas”, ya que supone plus de peligrosidad⁷.

2. Que “disponga de armas o instrumentos peligrosos”⁸. En resumen, las diversas conductas relativas a una organización armada se castigan más por la importancia del armamento de que dispone, que supone una mayor peligrosidad en cuanto facilita la ejecución de los delitos o faltas que constituyen el objetivo de la organización y la impunidad de los miembros⁹. Y

3. Que “disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables” (letra c). Debemos entender que su aplicación debe limitarse esta agravación a los casos en que la organización dispone de medios de comunicación o transporte que no están al alcance de cualquier persona, pudiendo haber sido diseñados con una exclusiva finalidad delictiva o no, pero que en cualquier caso refuerzan de manera notable su capacidad operativa, resultando así “especialmente aptos” para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los delincuentes, como se exige en el tipo penal. Solo así se justifica una mayor gravedad del injusto y, por tanto, esta agravación¹⁰.

En cuanto a la penalidad, refiriéndose también al derecho español, similar al del resto de países de la UE, variaría entre los dos a cinco años de prisión, en el subtipo básico, y de los cinco a siete años seis meses de prisión en el subtipo más agravado, independientemente de cada uno de los delitos que se hubieran cometido dentro de la organización; esto es, se sumarían las penas que puedan incurrir por los distintos delitos cometidos dentro de la organización, salvo que la existencia de organización criminal esté ya en el tipo penal (caso de terrorismo) o sea una circunstancia agravante (caso de los delitos contra la salud pública)¹¹.

- **SITUACIÓN EN LOS PAÍSES DE CENTROAMÉRICA Y DEL CARIBE.**

I. Introducción.

Ya centrándonos en los países de Centroamérica y Caribe, es necesario precisar que ante la expansión del crimen organizado en Centroamérica, los países de esta subregión continental han aprobado muchas leyes internas y han ratificado varios tratados internacionales en el plano universal, regional y centroamericano, con mayor énfasis después de la entrada en vigencia de la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* del año 2000.

Esa abundancia de leyes es muy positiva, por cuanto expresa la preocupación de los Estados centroamericanos por cumplir sus obligaciones supranacionales y brindar seguridad a sus habitantes. Pero también es negativa porque ha propiciado dispersión, desarticulación, discrepancias e imprecisión acerca de la normativa jurídica vigente, debido a que las leyes nacionales han sido elaboradas con diferentes concepciones, estructuras, enfoques, alcances y definiciones¹².

Pese a esas condiciones contrarias a la armonización jurídica, Centroamérica puede avanzar en la concordancia de su legislación contra la delincuencia organizada. De hecho, ya cuenta con un extenso marco jurídico común en esta materia, expresado en la vigencia de la mayoría de tratados internacionales a nivel universal, regional y subregional sobre crimen organizado, ratificados por todos o la mayoría de los países. La voluntad política es el denominador común que debe mediar en todos los esfuerzos de armonización y concordancia de la legislación en América Central y Caribe; indispensable en cuanto plantee etapas que se basen en una estrategia o programa común.

Uno de los más grandes desafíos que enfrentan los Estados centroamericanos y las demás naciones de América Latina, es contar con

instituciones y legislaciones fuertes, sistemáticas, coherentes y efectivas para prevenir, controlar, combatir y erradicar el fenómeno contemporáneo conocido como crimen organizado, delincuencia no convencional, delincuencia organizada transnacional o criminalidad económica.

Más allá de las diferencias conceptuales en este tema, lo cierto es que el crimen organizado se ha extendido a nivel mundial. Ante los riesgos y amenazas que representa la expansión de este fenómeno, los Estados centroamericanos de manera gradual, a diferentes ritmos, con diversos instrumentos y con variados enfoques, han adoptado múltiples leyes nacionales e incluso convenios subregionales en esta materia, principalmente desde que entró en vigencia la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* o *Convención de Palermo*, del año 2000.

Desde hace casi tres décadas aproximadamente, los Estados centroamericanos han tenido clara consciencia de la necesidad de armonizar sus leyes para la prevención, detección, persecución, enjuiciamiento y erradicación de diversas modalidades del crimen organizado, particularmente del narcotráfico. Al respecto, uno de los *Considerandos* del *Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (CCP)*, suscrito en Guatemala, el 29 de octubre de 1993, afirma textualmente:

“Lo expresado en la Declaración de Montelimar (Nicaragua), al suscribir el Acuerdo de Cooperación Regional para la Erradicación del Tráfico Ilegal de Drogas, como una expresión de la decidida voluntad política de colaborar estrechamente en la conjunción de esfuerzos para prevenir y enfrentar los peligros que se derivan de ese tráfico ilícito, destacando la importancia de la cooperación regional e internacional y la adopción común de las leyes que permitan la erradicación del narcotráfico”.

Esa consideración y los compromisos adquiridos en diversos convenios de cooperación a nivel regional y subregional, conllevó a la creación en el año 2011 del Centro Regional para el Desarrollo y la Cooperación Jurídica en América Central (acrónimo, CEDEJU), en materia de control de la producción y tráfico de drogas, el cual es un proyecto auspiciado por el *Programa de Naciones Unidas para la Fiscalización de Drogas* (PNUFID) y la *Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos* (CICAD/OEA), orientado a:

1. *Promover la armonización legislativa, la cooperación legal, el fortalecimiento y capacitación de jueces y fiscales en materia legal contra las drogas y delitos conexos de los países de la región centroamericana; y*
2. *Consolidar a la Comisión Centroamericana Permanente (CCP) en el combate contra el tráfico y el abuso de drogas.*

A pesar de los logros de la década de los años noventa del siglo pasado acreditados al CEDEJU¹³, la proliferación de leyes contra el crimen organizado en la región, se ha caracterizado más por su dispersión y disociación que por su armonización, salvo en los casos en que se ha logrado suscribir y ratificar algunos convenios de carácter subregional, los cuales son hoy ley vigente aunque no se sabe mucho de su aplicación práctica.

Tal desarmonía se manifiesta en:

1. Falta de homogeneidad de la definición de crimen organizado.
2. Distintos delitos incluidos en el concepto de delincuencia organizada.
3. Falta de armonización u homogeneización de las penas.
4. Disparidad en la adopción de procedimientos o instrumentos especiales para la investigación del crimen organizado.

5. Asimetrías respecto a la extinción de dominio.
6. Disparidades en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas.
7. Diferencias en el respeto a los principios, derechos y garantías del debido proceso penal. Y
8. Confusión entre crimen organizado y maras o pandillas.

En cuanto a la adopción de leyes específicas contra el crimen organizado y leyes conexas, existen tres tendencias:

- 1^a. La vigencia de una ley contra la delincuencia organizada que concentra todos o la mayoría de los aspectos relativos a la prevención, detección, investigación y persecución de la criminalidad no convencional, que es el caso de los ordenamientos jurídicos de Costa Rica y Nicaragua.
- 2^a. La segunda corriente, adoptada por El Salvador y Guatemala, consiste en la coexistencia de una ley especial contra la delincuencia organizada y al mismo tiempo otras leyes sobre aspectos específicos como el lavado de dinero y activos o la intervención de comunicaciones. Y
- 3^a. La tercera tendencia es la de los países que no cuentan con una ley contra el crimen organizado, pero sí tienen leyes especiales u otras disposiciones en sus códigos procesales penales que regulan aspectos vinculados a ese fenómeno delictivo, como acontece en Honduras y Panamá.

II. Definición de crimen organizado.

No existe una definición mundialmente aceptada de crimen organizado. Lo más cercano a una definición universal es la de Grupo Delictivo Organizado, establecida en el literal "a", del Art. 2, de la *Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional*, conocida como "*Convención de Palermo*", que dice:

“Art. 2.- Para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; (...)”

En el derecho comparado existen diversas definiciones. Una de las más sobresalientes es la adoptada por el Consejo Contra el Crimen Organizado de los Estados Unidos de América, según la cual la criminalidad organizada es aquella que:

“Se refiere a las asociaciones de individuos o grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanentes, que se perpetúan por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios materiales o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas”.

Quizás la definición más exacta de lo que debe entenderse por organización criminal es la recogida en el Documento del Consejo de la UE 6204/2/97 ENFOPOL 35 rev 2 de 21 de abril de 1997, en la que si bien no establece un concepto literal de delincuencia organizada, marca un punto de inflexión al establecer las características que deben tener los grupos de delincuencia organizada, al establecer once indicadores de los que como mínimo deben cumplirse seis. Sin definirlo, establece que debemos entender que estamos ante la presencia de un Grupo de Crimen Organizado cuando se cumplan esos indicadores¹⁴.

Los ordenamientos jurídicos de los países de Centroamérica y del Caribe no tienen una definición única de crimen organizado, aunque hay una tendencia mayoritaria a tomar como modelo la *Convención de Palermo* en las respectivas conceptualizaciones jurídicas nacionales. Así:

- La *Ley contra la delincuencia organizada* de Guatemala, en su artículo 2, adopta casi totalmente el concepto de la Convención de Palermo, aunque con algunas esenciales. Así, para la ley guatemalteca se requiere la presencia de dos o más personas y no tres o más como la Convención de Palermo y, la segunda, que la Ley de Costa Rica no incluye la finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, como lo estipula el tratado de Palermo. En similares términos la *Ley contra la delincuencia organizada* de Costa Rica.
- En Nicaragua la *Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados*, de 2010, asimila al concepto de grupo delictivo organizado el de banda nacional o internacional estructurada; además para la ley nicaragüense un grupo delictivo organizado se conforma de dos o más personas y no de tres o más como lo indica el tratado internacional mencionado.
- El Salvador, la *Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja*, en su artículo 1, inciso 2º, adopta una copia parcial de la definición de “Grupo Delictivo Organizado”, de la Convención de Palermo.
- Honduras no tiene una ley contra el crimen organizado. Tampoco se encuentra en su legislación penal una definición de dicho fenómeno.
- Panamá tampoco cuenta con una ley específica contra la delincuencia organizada ni tiene en su legislación penal nacional una definición de crimen organizado.

3. *Instituciones jurídicas esenciales para combatir la criminalidad organizada*

Igualmente encontramos en las legislaciones de los países analizados profundas diferencias respecto de las instituciones esenciales y necesarias para combatir la criminalidad organizada. Veamos algún ejemplo:

- ***Enumeración de los delitos que abarca el concepto de crimen organizado.***

En las legislaciones de los países analizados hallamos profundas diferencias respecto de los delitos que son susceptibles de ser cometidos por un grupo delictivo organizado. Así:

- El artículo 2 de la *Ley contra la Delincuencia Organizada* de Guatemala establece una larga lista de delitos que son considerados susceptibles a ser cometidos por un grupo delictivo organizado pero no establece una lista exhaustiva de delitos abarcados en el concepto de crimen organizado, lo que podrías ser uno de sus mayores aciertos.
- La *Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados* de Nicaragua, en su artículo 3, al igual que la ley guatemalteca, establece una larga lista de delitos incluidos en la categoría de crimen organizado.
- En el caso de El Salvador, la *Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*, tampoco establece una lista cerrada de delitos.
- ***Diferenciación o asimilación del crimen organizado con otros fenómenos como el terrorismo y las maras o pandillas.***

Algunos de los países Centroamericanos (Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador) incluyen dentro de la definición de

crimen organizado al terrorismo y a las maras o pandillas. Por el contrario, Panamá y Honduras no cuentan con leyes al respecto.

En cuanto al terrorismo, según lo dispuesto en las legislaciones de los cuatro países antes mencionados (Guatemala, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador), no sería posible procesar bajo la figura de crimen organizado un acto terrorista perpetrado por una sola persona (los llamados “lobos solitarios”), ya que las todas estas leyes coinciden en señalar como característica del crimen organizado la existencia de un grupo estructurado de personas que actúan concertadamente. Lo que varía es el número de personas que cada ley requiere, pueden ser dos o más, según las leyes de Costa Rica, Nicaragua y El Salvador, o de tres o más como lo prescribe la ley guatemalteca, apegada a la definición de la *Convención de Palermo*.

- ***Lavado de dinero y activos***

La mayoría de los países Centroamericanos y Caribe cuentan con leyes especializadas o disposiciones legales en su ordenamiento jurídico nacional contra el lavado de dinero y activos (llamado en Europa “*blanqueo de capitales*”).

Por otra parte, la mayoría de estas naciones han suscrito y ratificado el “*Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos del Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*” de 1997. Es más, en la mayoría de países fue después de la suscripción de este Convenio y en cumplimiento de sus disposiciones que los respectivos Estados cuando dictaron sus propias leyes contra el lavado de dinero.

En consecuencia, puede asegurarse que ésta es una de las materias en la que los países del área centroamericana y Caribe están mejor preparados para detectar, prevenir, perseguir y sancionar el delito de blanqueo de capitales (según denominación europea) o lavado de dinero y activos (según terminología iberoamericana,

derivada de la acepción anglosajona) de manera conjunta e integrada, y constituye una pauta de que es posible realizar esfuerzos de mayor integración o armonización legal para la lucha contra el crimen organizado en todas sus formas.

- ***Extinción de dominio.***

La mayoría de los países Centroamericanos y del Caribe cuentan con leyes específicas sobre extinción del dominio derivado de delitos cometidos por organizaciones criminales o están en trámite de hacerlo. Esto es, una ley especializada que establezca las causales, principios, definiciones, métodos especiales de investigación, y un procedimiento autónomo para la extinción, privación o pérdida de dominio de bienes de origen ilícito o injustificado.

Pero, al revisar detenidamente la estructura, el conjunto de disposiciones y las materias reguladas de cada una de estas leyes, puede apreciarse que algunas de las legislaciones no respetan la adopción de ciertas instituciones y principios básicos en esta materia cuales son:

- la inversión de la carga de la prueba;
- la presunción de ilicitud;
- la obligación de las instituciones públicas y privadas de colaborar en la investigación;
- la responsabilidad de las personas jurídicas (penal, administrativa o de otro índole);
- los llamados bienes equivalentes; y por último y sin ser exhaustivo,
- la brevedad del procedimiento.

- ***Instrumentos de investigación especiales para una lucha eficaz contra la delincuencia organizada.***

- Operaciones encubiertas, entregas vigiladas y controladas, vigilancia y seguimiento, intervenciones de comunicaciones y otros instrumentos especiales de investigación.

Las técnicas especiales de investigación como las operaciones encubiertas, la entrega vigilada y controlada, los agentes encubiertos o reveladores, la

vigilancia electrónica o de otro índole y la posibilidad de admitir las pruebas derivadas de esas técnicas en los respectivos tribunales, se encuentran respaldadas por los principales tratados internacionales contra el crimen organizado, tal como lo dispone el art. 20 de la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; art. 11 de la *Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas*; art. 50 de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*; y art. 18 de la *Convención Interamericana contra el Tráfico Ilícito de Armas*.

Todos los países de Centroamérica y Caribe cuentan en sus respectivos códigos procesales penales o en leyes especiales contra el crimen organizado o contra el lavado de dinero y activos, con disposiciones que autorizan la utilización de operaciones encubiertas, entregas vigiladas y/o controladas, vigilancia y seguimiento, así como la intervención de comunicaciones y otros instrumentos especiales de investigación.

Por regla general estos procedimientos u operaciones son solicitados por la Fiscalía o Ministerio Público, como órgano investigador, y autorizados judicialmente.

En esta materia destaca la *Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados* de Nicaragua, porque su capítulo X desarrolla de manera específica los denominados “*Actos Investigativos Especiales*”, previamente definidos de manera muy sistemática en el art. 2 de la misma ley. También incluye el *Capítulo VIII* que desarrolla con bastante amplitud las regulaciones para la interceptación de comunicaciones.

- Protección de víctimas, testigos, colaboradores y demás intervinientes.

Cinco de los países de la región -como son Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica y Panamá- cuentan con leyes especiales para la protección de víctimas, testigos, colaboradores

y demás intervinientes en las investigaciones y en los procesos penales por delitos graves, incluyendo entre ellos los relativos al crimen organizado, tal como se indica en el cuadro número uno. Solo Nicaragua no cuenta con una ley especial, pero sí tiene disposiciones relativas a la protección de testigos en su código procesal penal.

- Invalidez del secreto bancario.

Los Tratados internacionales más importantes en el plano universal, regional y subregional en esta materia, ratificados por todos los países de Centroamérica, contemplan disposiciones que invalidan el secreto bancario como impedimento para que las instituciones bancarias y financieras puedan proporcionar información a las autoridades en las investigaciones de delitos del crimen organizado. Así lo disponen, entre otros, el art. 12, numeral 6 de la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*; la *Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, art. 5, numeral 3; *Convención Interamericana contra la Corrupción*, art. 31 n°. 7; y el art. 19 del *Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*.

A nivel interno, las legislaciones de estos países centroamericanos y Caribe autorizan a invalidar o dejar sin efecto el secreto bancario en las investigaciones contra el crimen organizado, siempre que la información sea solicitada por la autoridad competente que puede ser el Ministerio Público o los Tribunales correspondientes a solicitud del primero y/o de la Policía.

- La obligación de brindar información y colaboración.

Todos los tratados internacionales contra la delincuencia organizada, prescriben el deber de cooperación entre los Estados partes de compartir información de Estado a Estado y entre

instituciones pares, de policía a policía, de fiscalía a fiscalía e incluso prestarse asistencia judicial mutua, para lo cual se establecen determinados procedimientos y requisitos.

Ese principio de cooperación internacional se traduce, en las leyes nacionales, en el deber o la obligación de toda persona natural o jurídica y especialmente de los Ministerios de Hacienda o Finanzas, los Bancos Centrales, los Registros de la Propiedad, las Contralorías Públicas, las Superintendencias u otros organismos de fiscalización, así como de los bancos e instituciones financieras, a proporcionar información y colaboración en las investigaciones del crimen organizado, a petición de los Tribunales nacionales competentes, del Ministerio Público o de la Policía. Dicho deber de prestar información y colaboración se encuentra en la mayoría de las leyes nacionales, destacándose por su amplitud, su regulación en Guatemala y El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

- Responsabilidad de personas jurídicas.

La posibilidad de procesar judicialmente y determinar la culpabilidad de empresas, instituciones o personas jurídicas y no solo individuos o personas naturales, y hacerlas responder en el ámbito penal, civil, administrativo o de otra índole con sus bienes y derechos, es una de las herramientas más importantes de lucha contra el crimen organizado teniendo en cuenta que las actividades criminales de estas agrupaciones pueden ser encubiertas o mezcladas mediante operaciones lícitas de empresas o instituciones legalmente establecidas.

Dicha responsabilidad está prevista en el art. 10 de la *Convención de Palermo*, según el cual, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan a las personas naturales perpetradoras de los delitos, "... los Estados parte adoptarán medidas a fin de establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa de personas jurídicas y las correspondientes sanciones, por su participación en delitos graves de delincuencia

no convencional, especialmente por los delitos de blanqueo de capitales, corrupción, participación en un grupo delictivo organizado y obstrucción de la justicia (...)", tipificados en los arts. 5, 6, 8 y 23 de dicha Convención.

A nivel subregional, el *Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*, también estipula la responsabilidad de las personas jurídicas, al definir en su artículo 1, numeral 6, el concepto de persona de esta manera:

"Entes naturales o jurídicos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Para los efectos de este Convenio, ambas tendrán responsabilidad y serán objeto de sanción."

En el ámbito nacional, la responsabilidad de las personas jurídicas sin menoscabo de la responsabilidad de las personas naturales que las conforman, se dan cuatro situaciones:

- Guatemala y Costa Rica la recogen con amplitud y contundencia.
- Panamá y Honduras la imponen pero limitada a la responsabilidad administrativa con sanciones de multas o cierres de negocios que no llegan al comiso o extinción de dominio de los bienes.
- Nicaragua no reconoce la responsabilidad de personas jurídicas en esta materia. Y
- El Salvador que se encuentra en una especie de transición, ya que tradicionalmente no se reconoce esa responsabilidad, pero recientemente aprobó una ley que sí la admite.

III. Problemas esenciales en la lucha contra la criminalidad organizada en los países de Centroamérica y del Caribe.

La legislación nacional contra el crimen organizado en cada uno de los países de Centroamérica y Caribe es diversa, en cuanto a

la existencia o inexistencia de leyes específicas contra la delincuencia organizada y su coexistencia con otras leyes conexas que regulan todos o la mayoría de los aspectos relacionados con la prevención, detección, investigación y persecución de la criminalidad no convencional. A efectos didácticos clasificamos la legislación de dichos países en tres corrientes:

- La primera es la que adopta una ley contra la delincuencia organizada que concentra aspectos como el lavado de dinero y activos, los llamados capitales emergentes, la extinción de dominio de bienes de origen ilícito y su traspaso a instituciones estatales, las herramientas especiales para la investigación de estos delitos como las operaciones encubiertas, las intervenciones telefónicas, la protección de víctimas, testigos, colaboradores y demás intervinientes procesales. Esa es la tendencia que sigue la Ley contra la Delincuencia Organizada de Costa Rica y la Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados, de Nicaragua.
- La segunda tendencia es la que adopta una ley específica contra el crimen organizado y al mismo tiempo cuenta con leyes especiales sobre aspectos concretos como el lavado de dinero y activos, la intervención de comunicaciones, la protección de víctimas y testigos, y la extinción de dominio. En esa tendencia puede inscribirse la legislación de El Salvador y Guatemala.
- La tercera corriente es la seguida por los países que no cuentan con una ley especial contra el crimen organizado, pero sí tienen leyes especiales u otras disposiciones en sus códigos procesales penales, que regulan los asuntos antes referidos, relacionados con el crimen organizado. Ésta es la tendencia de Honduras y Panamá.

Esta diversidad provoca dispersión, desarticulación, confusión e incertidumbre acerca

de las leyes que regulan el crimen organizado en Centroamérica y Caribe; constituyéndose en obstáculos para la armonización de la legislación en la región.

Lo anterior se expresa principalmente en los aspectos siguientes:

- 1) La falta de homogeneidad en la definición de crimen organizado.

No existe una definición universalmente aceptada sobre el concepto de crimen organizado. Lo más cercano a ello es la definición de "Grupo Delictivo Organizado" establecida por la Convención de Palermo. Todos los países de Centroamérica que en sus leyes especiales definen el crimen organizado, adoptan esa definición pero lo hacen de manera parcial, incompleta y a la vez adaptada a los intereses propios. Como resultado cada país tiene una definición propia, aunque con ciertas semejanzas a las de los otros Estados.

- 2) Los diferentes delitos incluidos en el concepto de crimen organizado

Ningún país coincide totalmente con otro en cuanto a los delitos que se consideran incluidos en el concepto de delincuencia organizada o que son susceptibles de ser cometidos por los grupos delictivos organizados.

- 3) La falta de armonización u homogeneización de las penas.

Éste es uno de los obstáculos más complicados porque en algunos Estados un determinado delito ni siquiera significa lo mismo que en el otro o incluso no está debidamente tipificado como delito. Es más aunque tengan la misma descripción legal -tipificación-, cuentan con diferentes sanciones penales. La falta de simetría en las sanciones penales, particularmente las referidas al narcotráfico, provoca que algunos delincuentes de una nacionalidad determinada prefieran arriesgarse a ser detenidos y condenados en un país donde la pena puede ser menor y

los beneficios penitenciarios más amplios, para luego recobrar su libertad y continuar con sus actividades delictivas en otros países del área, como sucede con algunos salvadoreños presos en cárceles de Nicaragua y Costa Rica, según revelaciones de una investigación periodística.

- 4) La disparidad en la adopción de procedimientos o instrumentos especiales para la investigación del crimen organizado.

Existe mucha disparidad en cuanto a la autorización del uso de procedimientos e instrumentos especiales de investigación, como las operaciones encubiertas, las entregas vigiladas y controladas, el agente instigador o provocador y la intervención de comunicaciones.

- 5) Asimetrías en cuanto a la extinción de dominio.

Existen muchas diferencias en cuanto al tratamiento jurídico de la extinción o pérdida de dominio de los bienes de origen ilícito o injustificado, así como en cuanto a su administración y distribución entre las instituciones estatales encargadas de la prevención, combate, investigación y enjuiciamiento de estos crímenes.

- 6) Disparidades en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas (sea penal, administrativa o de otra índole o no se regule sin más).

En cuanto a la responsabilidad penal, civil, administrativa o de otra índole de las personas jurídicas por cometer o participar en la comisión de delitos considerados como crimen organizado, existen tres posiciones diferentes entre los países analizados.

- La primera tendencia o posición es la de aquellos que sí reconocen en su legislación interna, como lo demandan los tratados internacionales, dicha responsabilidad y en consecuencia son los más aptos para perseguir tanto las conductas de las

personas naturales como los bienes de las empresas que suelen ser utilizadas para mezclar o encubrir las actividades ilícitas. Estos países son: Guatemala, que proclama dicha responsabilidad en la Ley contra la Narcoactividad; la Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos; la Ley contra la Delincuencia Organizada, así como en el segundo considerando y en el Art. 2, letra d, de la Ley de Extinción de Dominio; Costa Rica, lo hace en el Art. 22 de la Ley contra la Delincuencia Organizada que regula las sanciones a imponer por los llamados capitales emergentes; y Honduras que lo regula en el Art. 23 inciso 3° de la Ley sobre Uso Indevido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas e implícitamente lo reconoce en la Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito.

- En una posición intermedia se encuentra Panamá, que tiene prevista dicha responsabilidad, aunque solo de carácter administrativo y con una sanción de multa, en el Art. 8, incisos 3° y 4°, de la Ley 2/2000, que establece “Medidas para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales”.
- El Salvador en una posición ambigua y Nicaragua no la reconoce al no establecer ninguna disposición legal al respecto.

7) El respeto a los principios, derechos y garantías fundamentales del debido proceso penal.

El respeto a los derechos y garantías fundamentales en el proceso judicial aplicable a conductas de delincuencia organizada se encuentra contemplado en las Constituciones y los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos. Algunas leyes especiales como la llamada *Ley contra el Crimen organizado y Delitos de Realización Compleja* de El Salvador, podría ser señalada como violadora de diversos principios, derechos y garantías, mientras que otras, como las leyes contra la delincuencia organizada de Costa Rica y de Guatemala, se cuidan de conservar dichas garantías y establecer

resguardos legales para mantener su vigencia, aun en el caso de autorizar procedimientos de investigación extraordinarios como el agente encubierto o la intervención e interceptación de telecomunicaciones.

8) La confusión entre crimen organizado y pandillas o maras¹⁵.

Todas las leyes específicas o conexas contra el crimen organizado en Centroamérica, asimilan o permiten asimilar el fenómeno de *las maras* o *pandillas* al crimen organizado. Esto es correcto en lo que respecta a los crímenes perpetrados por dichas agrupaciones. Es decir, en cuanto al control y represión de los delitos cometidos por las pandillas o maras, muy poco puede diferenciarse de las respuestas que los Estados proporcionan a otras formas de delincuencia organizada. Pero en el plano de una política criminal integral, que no solo responda con medidas punitivas, sino también con medidas preventivas a la violencia y a la criminalidad cometida por las pandillas, es necesario comprender bien este fenómeno y diferenciarlo de la delincuencia organizada, ya que el primero se deriva de una multiplicidad de factores sociales, económicos y políticos diferentes a los que motivan a la criminalidad no convencional, sin descartar la relación de intersección que existe entre ambos fenómenos.

Incluso, en el ámbito de las políticas represivas, se debe tener cuidado de no caer en la persecución exclusiva o enfocada principalmente en *las maras* o *pandillas*, porque eso sería muy conveniente para los líderes e integrantes de los grupos delictivos organizados que dominan amplios nichos de la delincuencia no convencional como son el narcotráfico, el tráfico ilícito de armas, el tráfico y trata de personas, el contrabando, la piratería, la corrupción y otras formas de delitos de cuello blanco, ya que de esa manera la política criminal distrae todos sus esfuerzos, tiempo y recursos en la lucha contra las pandillas, mientras los primeros gozan de amplios márgenes de impunidad.

IV. *¿Qué se ha hecho y cuáles son los obstáculos para hacer frente a la criminalidad organizada? (Avances y obstáculos).*

Una precisión previa:

- por avances se entiende la vigencia de los convenios internacionales, las leyes nacionales, o proyectos de uno y otro, así como programas de carácter regional que han dado resultados positivos en la armonización, sistematización, coherencia y efectividad de la legislación centroamericana contra el crimen organizado.
- Se entenderá por obstáculos, cara al combate del crimen organizado en la región, a aquellas leyes, convenios, proyectos o programas que, en lugar de aportar a esa armonía, sistematicidad y efectividad normativa, provoca o podrían provocar más dispersión, distorsión y falta de eficacia jurídica o la ausencia de las mismas.

El primer avance que puede detectarse en Centroamérica y Caribe con relación al objeto de este estudio, es que la mayoría de los países analizados han ratificado la *Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional o Convenio de Palermo* del año 2000, y a partir de sus respectivas ratificaciones, que van desde junio de 2002 a julio de 2004, la mayoría de estas naciones han aprobado leyes nacionales específicas contra el crimen organizado, así como otra legislación complementaria. Asimismo, todos los países han ratificado la mayoría de los demás Tratados en el ámbito universal, regional y centroamericano.

En el plano subregional, todos los países han ratificado el *Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos del Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos* de 1997, el cual fue resultado de un estudio previo y de un anteproyecto elaborados por el Centro Regional para el Desarrollo y la Cooperación Jurídica en América Central (CEDEJU), un programa que

funcionó con apoyo de Naciones Unidas. Lo exitoso del mismo se refleja en que después de la suscripción por parte de la mayoría de países del área, éstos impulsaron y aprobaron sus respectivas leyes nacionales contra el lavado de dinero y activos.

Otra buena práctica es la reciente aprobación en Honduras y Guatemala de sus respectivas leyes de extinción de dominio. Estos instrumentos jurídicos tienen mucho en común: estructura, principios, definiciones, procedimientos y otras disposiciones similares.

Un obstáculo importante es que a pesar de que todos los países de la región han ratificado el marco jurídico internacional no todos cuentan con la legislación nacional que concrete este marco internacional, como sería el caso de Panamá.

V. *El futuro en la lucha contra la criminalidad organizada.*

Centroamérica y Caribe, como el resto de las regiones del mundo, necesita una legislación armónica, coherente, sistemática y efectiva para prevenir, controlar, perseguir, enjuiciar y erradicar las diversas formas de la delincuencia organizada nacional y transnacional.

Un reto sumamente difícil, si se toman en cuenta varios factores contrarios a esa armonización, como son:

1. La inexistencia de una definición universalmente aceptada de ese fenómeno, a pesar de la definición de "*Grupo Delictivo Organizado*" establecida en el Art. 2, letra b) del principal instrumento jurídico internacional sobre esta materia como es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
2. Como consecuencia de lo anterior, la diversidad de delitos que para una y otra legislación son considerados o no como crimen organizado.

3. Las diferencias sociales, políticas, culturales y económicas de cada país de América Central, los cuales a pesar de que comparten problemáticas comunes, también muestran evidentes diferencias en cuanto al predominio de cierto tipo de delitos, los niveles de violencia y criminalidad, la presencia mayor o menor de fenómenos complejos como las maras o pandillas, los diferentes grados de interrelación que pueden existir entre esos fenómenos con la delincuencia común y modalidades clásicas del crimen organizado como el narcotráfico, el tráfico ilícito de armas, mercaderías y personas, el lavado de activos, los delitos de cuello blanco, etcétera.

Por lo anterior, deberá tenerse en cuenta que para los efectos de analizar la criminalidad, Centroamérica puede ser dividida en dos zonas: la zona norte integrada por Guatemala, Honduras y El Salvador que presentan las tasas más altas de criminalidad, una presencia importante del crimen organizado principalmente en Guatemala, y una fuerte presencia de pandillas; y la zona sur, conformada por Nicaragua, Costa Rica y Panamá, con menores índices delictivos y con un fenómeno de pandillas de menor intensidad.

4. Los diversos niveles de desarrollo de las reformas institucionales, políticas y jurídicas expresados en la adopción de reformas a los códigos penales, procesales penales, leyes penitenciarias y adopción de otras normativas penales, iniciada hace más de quince años en países como Guatemala y El Salvador, en cambio en otros como Costa Rica, Panamá, Honduras y Nicaragua dichas reformas son más reciente.
5. La mayor o menor influencia que el sistema jurídico del *common law* o derecho anglosajón, particularmente el derecho de los EE.UU., ha tenido en cada país centroamericano en los últimos treinta años. En dicho sistema jurídico prevalece el pragmatismo, la

flexibilidad y la eficiencia normativa sobre la sólida consistencia del sistema normativo o el respeto a principios fundamentales, contrario al sistema jurídico europeo continental o derecho latino, imperante en la mayoría de países latinoamericanos. En efecto y respecto del derecho continental y latino, al menos teóricamente, predomina la observancia rigurosa al principio de legalidad –*lex previa, lex escrita, lex certa y les stricta*– y otros principios del debido proceso penal establecidos en el texto de nuestras Constituciones y en los principales Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como son la presunción de inocencia, la carga de la prueba inculpativa a cargo del Estado, la inviolabilidad del derecho de defensa, la contradicción, la centralidad del juicio donde se practica la prueba inculpativa, la congruencia entre la acusación y la sentencia, así como otros.

A pesar de esas circunstancias o condiciones adversas, Centroamérica y Caribe pueden avanzar en la armonización de su legislación contra la delincuencia organizada. De hecho ya existe un amplio marco jurídico común en esta materia como resultado de la vigencia de la mayoría de Tratados internacionales a nivel universal, regional y subregional, sobre crimen organizado, ratificados por todos los países.

Un mayor avance en esta armonización requiere de un programa o estrategia que conlleve al menos los siete pasos o etapas siguientes¹⁶:

- Primero. Instauración de una institución política regional del más alto nivel contra el Crimen Organizado en Centroamérica, mediante un tratado fundacional, similar al *Tratado Constitutivo de la Comisión Centroamericana Permanente para la Erradicación de la Producción, Tráfico, Consumo y Uso Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, de 1993. Es más, este Tratado y esta Comisión, podrían ser sustituidos por o transformados en otros que estén orientados

no solo contra la narcoactividad sino contra toda forma de crimen organizado.

- Segundo. Reactivación y reorientación del *Centro Regional para el Desarrollo y la Cooperación Jurídica en América Central* (CEDEJU) o la creación de una nueva entidad regional que funcione como una instancia técnica cuya labor principal sea la armonización de la legislación centroamericana contra el crimen organizado, con el apoyo de organismos internacionales como la ONU, OEA y el SICA.
- Tercero. Ratificación de los Tratados internacionales en el plano mundial, regional o centroamericano sobre la criminalidad organizada por parte de los países que están pendientes de hacerlo.
- Cuarto. Elaboración, suscripción y ratificación de nuevos tratados de carácter centroamericano que establezcan un marco común para tratar temas y asuntos estratégicos como:
 - la extinción de dominio;
 - el levantamiento del secreto bancario, profesional, militar, diplomático o de seguridad nacional;
 - la protección de víctimas, testigos y otros intervinientes procesales;
 - la intervención de comunicaciones y otras técnicas especiales de investigación (por ejemplo, los *Equipos Conjuntos de Investigación -ECI-* de gran utilización en Europa y que está dando muy buenos resultados en la lucha contra la criminalidad organizada); y
 - cualquier otra institución o medida jurídica de avanzada adoptada de antemano por alguna ley nacional o tratado internacional.
- Quinto. Homogeneización o armonización de las leyes nacionales que puedan ser

susceptibles o proclives a ello, como las leyes de extinción o privación del dominio de bienes de origen ilícito o injustificado.

- Sexto. Capacitación a los cuerpos policiales, a los fiscales, a los jueces y demás operadores del sistema de justicia, sobre el conocimiento y aplicación de los Tratados internacionales, regionales, centroamericanos y leyes nacionales contra las diversas formas de criminalidad organizada.
- Séptimo. La adopción de un *Observatorio Centroamericano y del Caribe contra la Delincuencia Organizada*, que se encargue del análisis permanente y sistemático de la aplicación práctica, eficiente y efectiva de la legislación contra el crimen organizado en la región y retroalimente al CEDEJU o la entidad que haga sus veces, para la actualización y perfeccionamiento continuos de dicha legislación.

Para desarrollar una estrategia como la esbozada, u otra similar pero que tenga como objetivo fortalecer y armonizar la legislación centroamericana contra el crimen organizado, se requiere ante todo de una enorme voluntad política de los líderes de esta subregión. Probablemente esta condición sea la más difícil de conseguir porque cada Estado tiene sus propias prioridades e intereses. Sin embargo, el avance de las diversas formas de la delincuencia no convencional en América Central debería ser suficiente motivo para lograr esa voluntad, habida cuenta de que la delincuencia organizada no es solo un problema de seguridad pública, sino que afecta el desarrollo económico-social de cada nación y por eso se vuelve un obstáculo para el progreso de las naciones, que solo de manera armónica o integrada podrá ser superada en el área centroamericana.

● **CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL**

Actualmente, como dijimos al principio, el mundo está globalizado o, mejor expresado, hoy el mundo está interconectado y, en consecuencia, la delincuencia también está interconectada: todo lo que pasa en un país influye en otros países. Así, lo que se inventa en un país como actividad delictiva pasa a otro país (por ejemplo, el secuestro virtual que apareció en Colombia, ya existe en Europa, en España).

En sus países han aparecido *las Maras*, derivadas de la pobreza y marginalidad¹⁷, y su derivación en España de las *bandas latinas*, si bien –al menos por ahora– con mucha menor entidad y peligrosidad que en los países centroamericanos. De igual forma, estos países centroamericanos son vías de salida de la droga tanto para EE.UU. como para Europa... y cada día van más allá en los medios utilizados, llegando a intervenir algún submarino que intentaba introducir droga en EE.UU., algo impensable hace pocos años¹⁸.

En sus países disponen como en Europa de organismos para combatir el la delincuencia organizada: AMERIPOL¹⁹ como EUROPOL e IBERRED como EUROJUST, COMJIB (*Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica*). Quizás les faltarían otras instituciones ya existentes en Europa:

- Algo similar a la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE), de entrega de criminales reclamados por otro país bien para ser enjuiciados, bien para cumplir una condena impuesta y que se han fugado., y basada en los principios de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la supresión del principio de doble incriminación.
- Los Equipos Conjuntos de Investigación – ECI- de gran utilización en Europa y que está dando muy buenos resultados en la lucha contra la criminalidad organizada²⁰. Y
- Un Órgano judicial con jurisdicción nacional contra la delincuencia organizada, similar

a la que tenemos en España con la famosa Audiencia Nacional. Sí tienen Fiscalías especializadas contra el Crimen Organizado, pero no Órganos judiciales de enjuiciamiento centrales y con los medios necesarios.

Estos instrumentos para la lucha contra el crimen organizado –los ya existentes y los citados aplicados en Europa– son básicos y deben ser utilizados. No deben ser simples enunciaciones retóricas o, incluso suscribirse por sus países... pero que, al final, por falta de desarrollo legislativo o falta de presupuesto quedan en simples –reitero– enunciaciones retóricas.

De igual forma, es básico desarrollar –reitero– una homogeneización entre la legislación de todos sus países por cuanto de nada sirve suscribir esos tratados o convenios cuando en la práctica cada uno legisla como quiere y no son aplicables.

Cada país tiene su delincuencia organizada. Así en algunos países iberoamericanos, *las Maras*; Italia, la Mafia; México, *los Cárteles de la droga*; y en España y Europa, el terrorismo yihadista. Igualmente en sus países existe una abundancia de armas, tanto cortas como de guerra y derivado de las recientes guerras civiles y grupos o guerrillas armadas, algo impensable en Europa²¹. Pero, al final, todas son derivadas del crimen organizado, de la delincuencia organizada y los instrumentos citados son esenciales y básicos para combatirla.

Solo les puedo hacer una reflexión final. Siendo un mundo interconectado y, en consecuencia una delincuencia interconectada, sin perjuicio de la delincuencia específica de cada país, todos, desde nuestro puesto (Legisladores, Gobiernos, Magistrados y Jueces, Las Fiscalías especializadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) debemos fomentar la colaboración internacional, adoptar las medidas necesarias para combatir la criminalidad organizada –ya citadas–, conseguir la homogeneización legislativa, la capacitación de todos los que participan en la persecución de estos delitos (Jueces y Magistrados, Fiscales,

Policías) y combatir la corrupción existente, que intenta infiltrarse en las instituciones. Solo así podremos conseguir luchar contra esta grave lacra social que tanto daño causa a nuestra sociedad, a nuestros pueblos.

En conclusión debemos aceptar la exigencia que nos demandan nuestro ciudadanos de protegerlos frente a determinadas conductas delictivas, especialmente las derivadas de la criminalidad organizada, garantizándoles una protección lo más homogénea posible y crear un espacio de *"libertad, seguridad y justicia"* que es lo que demandan nuestros respectivos pueblos y todos los pueblos del mundo.

En el frontispicio de la Academia de Policía de Madrid, en España, existe un lema *"Cuanta más seguridad, más libertad"*. Pues hagámoslo entre todos: Luchemos contra la delincuencia en general y especialmente contra organizada, y nuestros conciudadanos estarán más seguros y, en consecuencia, serán más libre.

Concluyo como empecé: una visión común y una actuación conjunta supone una Centroamérica y Caribe más fuerte en la lucha contra el crimen organizado.

Notas al pie

- 1 Artículo basado en la Conferencia Magistral dada en la Reunión del Consejo Judicial Centroamericano y del Caribe celebrada el 22 abril 2018 en San José (Costa Rica), por el Dr. Ricardo Rodríguez Fernández, Magistrado de la Audiencia Nacional de la Sala Penal de España. Este artículo se publica tal y como fue enviado por el autor respetando su formato y contenido original.
- 2 Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X El Sabio, Académico Correspondiente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Magistrado del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, Madrid (marzo a junio 2017) y Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y Cooperador Internacional. Autor de libros y monografías sobre Los Derechos fundamentales en el Proceso Penal, Delincuencia Organizada y en un sinnúmero de temas más.
- 3 Hasta entonces, en este país se había producido una rica discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a las características que debía reunir la organización delictiva, concepto que se utilizaba, pero no se definía, en los tipos agravados por organización, y que algunos consideraban sinónimo de asociación ilícita, si bien otros discrepaban. Por ello, para recoger la evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto, a continuación se analizan tanto el concepto de organización criminal empleado en el art. 570 bis CP como el de organización delictiva de los tipos agravados, confrontándolos, en un tercer momento, con el de asociación ilícita que se desprende de los arts. 515 y siguientes
- 4 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., *Seminario sobre Crimen Organizado en Fronteras (Organizaciones Criminales y Migración Ilegal)*, celebrado en El Cairo (Egipto), los días 17 y 18 de mayo de 2016.
- 5 Al mismo tiempo, la coordinación también tiene lugar en el plano horizontal, pues ha de existir una división del trabajo, sea horizontal o vertical, ya que el principio de jerarquía y la existencia de diversos niveles de mando suponen a su vez un sistema de subordinación basado en el principio de autoridad característico de una estructura organizada, en la que hay un sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, lo que permite fundamentar el convencimiento de quienes lo ocupan de que sus órdenes serán cumplidas; y un sistema de coordinación dentro de cada uno de los niveles jerárquicos, con división de funciones
- 6 En este documento se hace referencia a la mejora de la capacidad de los Estados miembros para luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza, objetivo que debe ser perseguido en particular mediante la armonización de las legislaciones, tipificando los delitos relativos a la participación en una organización delictiva. En la Decisión marco se define la organización delictiva como “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” (art.1.1/, definiciones).
- 7 Como propone la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado del Reino de España, esta agravación “deberá comportar, en todo caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito”.
- 8 Obviamente no es suficiente con que alguno de sus miembros posea armas o instrumentos peligrosos, pues la agravación no se refiere a uno o varios de los miembros, sino a la organización en sí misma, por lo que los objetos mencionados deben estar a disposición o en posesión de los integrantes de la organización, que pueden utilizarlos en cualquier momento en ejecución de los fines propios de la organización.

- 9 Para determinar cuáles son estas se puede partir, en principio, del concepto de arma que ofrece el actual Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que distingue tres categorías: las armas reglamentadas, las armas prohibidas y las armas de guerra.
- 10 La atención cada vez mayor que está prestando la Unión Europea a las conductas delictivas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías se justifica fundamentalmente por su relación con el terrorismo y la delincuencia organizada. En efecto, *“se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros. Esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta por parte de la Unión Europea”* (segundo considerando de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información). Se considera innegable la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada que operan a nivel internacional, *“y que constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)”*.
En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, y al margen de la existencia de los delitos de asociación ilícita y organización o grupo criminal, el legislador español ha contemplado tipos agravados por la pertenencia a una organización o asociación delictiva en varias familias delictivas que tienen mucho que ver con el empleo de nuevas tecnologías. Se trata de los delitos de daños informáticos, relativos a la propiedad intelectual e industrial, falsificación de moneda y efectos timbrados y falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje.
- 11 *Perfil de los grupos “típicos” de crimen organizado en España.* En líneas generales, la actividad delictual de los grupos típicos de crimen organizado es el tráfico de sustancias estupefacientes, destacando el tráfico de cocaína y el tráfico de hachís, ambos con el 29%, con respecto de otras actividades criminales. En tercer lugar, aparecen los delitos de robos con fuerza (9%) seguidos de los delitos de Estafa (8%), no registrándose grandes cambios respecto al año anterior.

Es de destacar el incremento notable del tráfico de marihuana en el ámbito del crimen organizado, detectándose 18 grupos dedicados a esta actividad, duplicándose la cifra con respecto al año anterior.

La mayor parte de los grupos típicos presentan actividad internacional, concretamente el 91% así como el uso de estructuras comerciales el 70%, siendo estos dos indicadores los más habituales.

Marruecos y Francia se consolidan como los países donde más presencia tienen los grupos típicos detectados en España, no sólo por su proximidad física, sino en el caso de Marruecos por ser uno de los principales países productores de hachís y, en el caso de Francia, por ser país de tránsito- destino de la sustancia estupefaciente.

Las estructuras comerciales más empleadas para llevar a cabo el entramado delictivo propio de los grupos típicos son empresas de hostelería, empresas de compra-venta de oro y de envío de dinero y paquetería. Dichas estructuras, a pesar de que no son de relevancia en su complejidad, facilitan la actividad delictual del grupo y dificultan la lucha contra ellas a nivel policial y penal.

Debe señalarse que el uso de influencia o corrupción en los grupos típicos apenas existe y únicamente se presenta en algunos casos ligados a pagos fraudulentos a miembros de instituciones públicas para alcanzar sus fines con mayor habilidad.

El indicador de calidad más habitual que presentan estos grupos típicos es el uso de expertos, habiéndose detectado aproximadamente en el 40% de los mismos, siendo los más relevantes, pilotos de embarcaciones y cocineros .

En lo que respecta a la composición nacional de los grupos típicos, existe presencia de 115 nacionalidades diferentes, apareciendo los españoles en el 89%.

Las otras nacionalidades más importantes que componen estos grupos típicos son: marroquí (40%), rumana (28%), colombiana (27%), búlgara (15%) e italiana (14%). Los nacionales marroquíes tienen predominancia en el tráfico de hachís y los nacionales rumanos en los robos con fuerza en casa habitada.

El 48% de los grupos detectados tiene un período de actuación de entre un año y menos de tres años.

El 72% de los grupos detectados presentan una actividad criminal única.

Durante el año 2016 se han detectado 247 grupos típicos cuyos rasgos característicos son:

- Generalizada actividad internacional.
- Uso extensivo de actividades comerciales.
- Escasa violencia para llevar a cabo sus fines.
- Uso de expertos de forma cotidiana.
- Presentan actividad criminal única.
- No empleo de la corrupción.

12 MARTÍNEZ VENTURA J.E., *Armonización de la legislación contra el crimen organizado en Centroamérica* en *Revista Policía y Seguridad Pública*, enero-junio 2012.

13 Algunos de los resultados del trabajo realizado por el CEDEJU según su propio Informe de 2011 son: el Anteproyecto del que ahora es el *Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*, de 1997; el documento denominado "*Legislación Especial en Materia de Drogas en Centroamérica-Índices Temáticos-*", 1995; el "*Manual de instrumentos Jurídicos Internacionales y Centroamericanos sobre la Narcoactividad*", de 1998; y la elaboración del "*Estudio Comparativo de las Legislaciones y Reglamentación vigente en materia de control de la producción y el tráfico ilícito de drogas en 6 países de la subregión Centroamericana*", de 1995.

14 Los INDICADORES para saber si estamos ante la presencia de un Grupo de Crimen Organizado, según el citado *Documento del Consejo de la UE 6204/2/97 ENFOPOL 35 rev 2* de 21 de abril de 1997, son:

1. Colaboración de más de dos personas.
2. Reparto específico de tareas.
3. Actuación prolongada o indefinida en el tiempo.
4. Uso de algún tipo de disciplina o control interno.
5. Comisión de delitos graves.
6. Extensión de la actividad al ámbito internacional.
7. Uso de la violencia.
8. Uso de estructuras económicas o comerciales.
9. Implicación en el Blanqueo de Capitales.
10. Uso de influencia sobre políticos, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales o sobre la actividad económica (corrupción).
11. Búsqueda de beneficios o poder.

Para que una mera asociación de delincuentes adquiriera la categoría de "*Grupo de Crimen Organizado*", ha de cumplir, obligatoriamente, los indicadores 1, 3, 5 y 11 y, además, otros dos cualesquiera.

- 15 *Las maras y su conexión con el Crimen Organizado* Las maras juegan un papel muy importante en el desarrollo de la delincuencia organizada en la región centroamericana, ya que la región atraviesa un grave y alarmante incremento en los crímenes cometidos por estas bandas.

Recientemente la Interpol difundió cifras del total número de miembros de las pandillas en Honduras, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, y se acercan a los sesenta y nueve mil. Hoy el problema ha crecido hasta el punto de que los miembros de las pandillas son acusados de tráfico - trata de personas, tráfico de armas, narcotráfico y secuestro.

Estas bandas se convierten en sofisticadas pandillas transnacionales que utilizan las últimas comunicaciones tecnológicas, se mueven con facilidad dentro y fuera de los más lucrativos mercados ilegales, abiertamente desafiando las autoridades fronterizas, y manteniendo todo tipo de alianzas delictivas.

Los miembros de las pandillas en Centroamérica no son homogéneos. No hay tipología aplicable a todos los pandilleros o miembros de pandillas, y no todas las bandas tienen los mismos objetivos o participan en el mismo tipo de actividades o con el mismo nivel de violencia. Aunque cada país tiene su propia problemática relacionada a estas pandillas, los factores que impulsan la actividad de las pandillas en toda la región se encuentran la falta de oportunidades educacionales y económicas, las zonas urbanas marginadas, intra-familiar, la violencia y la desintegración de la familia, fácil el acceso a las drogas y las armas de fuego, e ineficaces sistemas de justicia.

Aunque los datos sobre la actividad de las pandillas son limitados y poco confiables, el número de miembros de pandillas en los países centroamericanos van desde una estimación conservadora de aproximadamente 50 000 a 305 000. Las estimaciones de los costos directos e indirectos de la violencia sugieren que los costos de la delincuencia son aproximadamente 12 a 14 por ciento del producto interno bruto (PIB), aunque sólo una parte de este costo se puede atribuir a las pandillas.

Las pandillas como la MS-13, la *Calle 18* realizan negocios internacionalmente, con participación en secuestro, robo, extorsión, asesinatos, el tráfico de personas y el contrabando a través de las fronteras. Algunos gobiernos de América Central afirman que la fuente principal del problema de estas pandillas es la política que utiliza los Estados Unidos a la hora de deportar a miembros de pandillas sin compartir información acerca de estos deportados con funcionarios gubernamentales en el lado receptor. Los miembros de las pandillas que cometen delitos en sus propios países a menudo huyen a los Estados Unidos a ocultarse, participar en actividades delictivas, y obtener ingresos hasta que sean capturados y deportados, un ciclo que a menudo se repite una y otra vez.

- 16 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., *Análisis de la prevención, persecución y sanción del Tráfico ilegal de Drogas desde la perspectiva internacional*. Conferencia dada en la *Convención de Fiscales y Procuradores Generales* que bajo el título <<Buscando mecanismos eficaces contra el crimen organizado y la corrupción>>, se celebró en Lima (Perú), los días 2 a 4 de octubre de 2017
- 17 Si un padre y madre trabajan, el hijo de, por ejemplo, doce años de edad tiene que cuidar de sus hermanos pequeños... y ahí surgen las Maras con su lema "vive la vida loca" (como la canción de Ricky Martin): las Maras les protegen, les cuidan y sus miembros prefieren vivir diez años "a tope", con toda intensidad, con drogas, alcohol, sexo y dinero a vivir como sus padres... todo el día trabajando para no llegar a fin de mes y no salir de la pobreza.
- 18 *Tráfico de drogas*.
El narcotráfico se aproxima mucho a una economía moderna, con relaciones múltiples y complejas, con una alta exigencia de racionalidad, previsión, coordinación y control.

Los narcos controlan un proceso complejo: la compra y transporte de materias primas, el procesamiento químico industrial de la cocaína, la exportación al mercado norteamericano y europeo y la reinserción del dinero obtenido en la economía legal. Simultáneamente, esas organizaciones realizan la coordinación de los procesos de pago, la recolección, el embarque, el procesamiento y la exportación a través de miles de kilómetros de una geografía extremadamente difícil y en un contexto político volátil.

Centroamérica se ha convertido en punto de trasbordo para la droga y refugio para organizaciones que dirigen redes de prostitución, contrabando de inmigrantes, falsificación, desviación de mercancías y otras actividades delictivas con un mínimo de interferencia estatal. Toda la región ha sido inundada por las cantidades de dinero proveniente del narcotráfico, que se introduce en el sistema financiero y proporciona los medios para corromper a funcionarios, la policía y el ejército. A su vez, la impunidad criminal intimida a la sociedad civil y los costos sociales y económicos de la inseguridad afectan las inversiones extranjeras por la destrucción de infraestructuras y la demanda adicional de servicios de protección.

Esta región sigue utilizándose como zona de tránsito y reexpedición de las remesas de drogas ilícitas, en especial de cocaína, procedentes de países de América del Sur, fundamentalmente de Colombia, y destinadas a los Estados Unidos y Europa. Se calcula que el 88% de la cocaína que ingresa en los Estados Unidos ha pasado por América Central.

En algunos países de la región, la participación de grupos delictivos nacionales e internacionales en el narcotráfico va en aumento y se ve socavado el estado de derecho. Las pandillas juveniles o maras, que se dedican a la venta callejera de clorhidrato de cocaína y crack y a menudo controlan esa actividad, siguen planteando problemas en los países de la región, entre ellos El Salvador, Guatemala y Honduras.

Los narcotraficantes utilizan la región de América Central como importante zona de tránsito y reexpedición. Los grupos delictivos mexicanos que se dedican al narcotráfico prefieren el corredor centroamericano. A medida que éstos han ido reemplazando a los grupos colombianos en los Estados Unidos, parte del tráfico de tránsito de drogas ilícitas parece haberse derivado hacia América Central.

Algunas zonas que están menos vigiladas por la policía, como el *Parque Nacional Laguna del Tigre* en Guatemala, la *Mosquitia* en Honduras y la costa atlántica de Nicaragua, son utilizadas por los narcotraficantes para reabastecer de combustible a sus aviones y embarcaciones y para reacondicionar y almacenar drogas. Se utiliza a Guatemala como zona de aterrizaje de las aeronaves particulares que pasan cocaína clandestinamente de Colombia a los Estados Unidos. También se utiliza a ese país como zona de reexpedición de remesas de cocaína que se transportan por mar hacia Europa. Como en Guatemala hay extensas zonas que no se patrullan, los traficantes utilizan a ese país, además, como zona de almacenamiento de las drogas que trasladan a México

En los países de América Central existe una producción considerable de “*cannabis*” principalmente para uso doméstico o para vender dentro de la región.

Jamaica presenta la prevalencia anual más alta de uso indebido de *cannabis* (el 10% de las personas de 15 a 64 años de edad). En todos los países de América Central, salvo Belice y Guatemala, la prevalencia anual es inferior al 5%. También cabe destacar que se han incautado volúmenes considerables de heroína procedente de Colombia y México en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá. Guatemala informó de la incautación de grandes cantidades de cápsulas de adormidera, aunque únicamente de casos esporádicos de incautación de heroína.

- 19 La Comunidad de Policías de América (AMERIPOL), es un mecanismo de cooperación hemisférico, integrado y coordinado, cuyo propósito es promover y fortalecer la cooperación policial en materia técnico científica, de capacitación, así como para dinamizar y hacer más efectivo el intercambio de información con fines de

inteligencia, de igual forma tiene como propósito coordinar y potenciar acciones sostenidas de investigación criminal y asistencia judicial entre los cuerpos de policía e instituciones homólogas de América, para que se traduzcan en la consolidación de la doctrina y filosofía policial, así como en la prevención y neutralización del delito. Actualmente AMERIPOL está integrada por 30 cuerpos de policía.

- 20 En España, regulados por la *Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea*, en cuya *Exposición de Motivos* se recoge <<Con el Tratado de Amsterdam nació la idea de crear, en el ámbito de la Unión Europea, un espacio de libertad, seguridad y justicia, y desde la celebración del Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999, se otorgó un especial impulso a la consecución de este objetivo.

A partir de los acontecimientos ocurridos en septiembre de 2001, tales premisas han adquirido una mayor relevancia, razón por la cual los Estados miembros han centrado sus esfuerzos en adoptar las medidas necesarias para potenciar la cooperación en las investigaciones criminales, en la lucha contra la delincuencia organizada, contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos y, en especial, en la lucha contra el terrorismo.

Uno de los instrumentos para conseguir este objetivo es la creación de equipos conjuntos de investigación, que aparece recogida tanto en el propio Tratado de la Unión Europea como en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000.

Teniendo en cuenta que este convenio aún no ha sido ratificado por los Estados miembros, y para acelerar la puesta en marcha de los citados equipos, se elaboró, en el seno del Consejo de Ministros de Asuntos de Justicia e Interior, un proyecto de Decisión Marco, impulsado por España, Francia, Reino Unido y Bélgica, relativo íntegramente a los equipos conjuntos de investigación.

Se trata, pues, de crear, en el ámbito de la Unión Europea, un instrumento específico y vinculante que permita a los Estados llevar a cabo actuaciones coordinadas y concertadas a través de investigaciones conjuntas que se desarrollen en el territorio de dos o más Estados.

Ésta es la finalidad perseguida por esta ley, incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos necesarios para crear equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Y aunque todavía no haya sido aprobada la citada Decisión Marco, se considera de gran interés presentar el instrumento normativo nacional que permita acelerar la creación y puesta en marcha de estos equipos.

La finalidad de los equipos conjuntos, como no podía ser de otra manera, es la realización de investigaciones en el territorio de uno o de varios Estados miembros, a través de un grupo ad hoc formado por representantes de todos los Estados que acuerden la constitución del equipo.

Es evidente que estas investigaciones conjuntas permitirán alcanzar mayores cotas de eficacia y eficiencia en la lucha contra la delincuencia organizada con carácter general; pero, también es razonable que en el contexto mundial actual se ponga un especial énfasis en la lucha contra el terrorismo y se otorgue prioridad a los acuerdos de constitución de equipos conjuntos de investigación que persigan estos fines>>.

Respecto a la actuación concreta de estos Equipos Conjuntos de Investigación (en lo sucesivo, ECIs), es interesante leer el *Informe del Consejo Fiscal en relación con la problemática relativa a los equipos conjuntos de investigación*, aprobado por el Consejo Fiscal, en su reunión plenaria celebrada los días 8 y 9 de julio, asumiendo íntegramente los trabajos preparatorios de la Fiscalía de Sala de Cooperación Penal Internacional, aprobó el presente informe, en relación con la constitución de los Equipos Conjuntos de Investigación y los problemas que sobre los mismos se han venido produciendo desde marzo de 2014, en concreto respecto al coliderazgo en los mismos del Ministerio Fiscal.

- 21 *Tráfico de Armas*. La ubicación y diversidad de accidentes geográficos que presenta la región centroamericana, así como una cultura enraizada en la violencia como medio para atender conflictos cotidianos, le endosan un perfil propicio para el canje y tráfico de las armas de fuego y la violencia urbana asociadas a las mismas. Como zona de tránsito de varios tipos de contrabando, puente para las operaciones del crimen organizado, presencia de pandillas juveniles armadas, una historia de conflictos armados bastante reciente y debilidad institucional, es una subregión donde la problemática por muertes, lesiones e intimidación a causa de armas es considerable.

A pesar del cese de las hostilidades y la desmovilización de cientos de soldados, la incapacidad de reinsertar a estas personas y destruir las armas utilizadas durante aquellas disputas generan una espiral de violencia que se manifiesta en una tasa de homicidios de 22.9 por cada 100.000 habitantes para el conjunto de la subregión, superando el promedio mundial ubicado en 10.7, así como el índice de homicidios registrados durante las guerras internas en la década de los ochenta.

Además se registra una creciente inseguridad urbana, motivada por la operación criminal y altamente violenta de pandillas juveniles (maras) que se presenta fundamentalmente en Guatemala y El Salvador, y en menor medida en Honduras y Nicaragua.

Es preciso señalar que todo abordaje a esta subregión requiere identificar dos dinámicas de violencia: una asociada principalmente a los países del llamado Triángulo Norte, que comprende a Guatemala, Honduras y El Salvador; y otra asociada al resto de la región, conformada por Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

A pesar de esta diferenciación que radica en la intensidad de la violencia, en contextos históricos dispares, en la especificidad de sus actores y en dinámicas migratorias particulares; es evidente que todos estos países, y en especial sus grandes ciudades, son presa de alta inseguridad y violencia, ligada a procesos sistemáticos de desigualdad y exclusión social. En estos contextos la deshumanización asociada al deterioro del tejido social juega un rol primario en la comisión del delito violento.

La Centroamérica del Triángulo Norte presenta características propias de posconflicto. Allí persiste un alto circulante de armas y municiones y una creciente inseguridad urbana motivada, especialmente, por la operación criminal y altamente violenta de las maras o pandillas juveniles. Específicamente, este último fenómeno arroja toda una discusión sobre derechos ciudadanos, seguridad y respuesta estatal. La opción que en varios países de la región se ejecuta es la de “mano dura” o “mano super dura” que, a todas luces, se presenta como una respuesta represiva e inobservante de los derechos humanos de las personas.

Por su parte Nicaragua, Costa Rica y Panamá presentan un panorama distinto. En estos países el tema de las armas no aparece con la misma fuerza en la agenda pública, dado que es subsumido por los tópicos de violencia y seguridad en general. Las armas de fuego y las municiones no son percibidos públicamente como problemas per se, a pesar de sus manifestaciones de violencia social – intimidación, violencia intrafamiliar y extorsión – y criminal. Sin embargo, lo característico de estos países es su papel de puente y embarque de cargamentos de armas procedentes desde el resto de Centroamérica hacia Colombia como parte de un intercambio que le depara a las redes criminales acceso al lucrativo comercio ilegal de narcóticos.

Ante este panorama, los Estados se muestran con capacidades limitadas de brindar respuestas que detengan la proliferación de armas de fuego, tanto en el ámbito de la seguridad ciudadana, como desde la acción de inteligencia y seguridad nacional. La inseguridad objetiva y subjetiva que se palpa en estas sociedades hace que parte de las armas y municiones transportadas por estos países tienda a quedarse en ellos, lo cual coloca a los Estados en posición incómoda al no poder precisar el arsenal circulante total fuera de las manos de los Estados y sólo sospechar la dinámica de estas transferencia ilegales así como el tipo de dispositivos que se trazan e ingresan a los países.

A nivel de sus legislaciones, una revisión general permite ver la ausencia de armonización en materia de procedimientos y requisitos para la emisión de licencias de tenencia y porte de armas. Existe disparidad en la cantidad de armas permitidas por licencia entregada, en general no se practican exámenes de aptitud física ni psicológica para el uso de armas, los sistemas de registro tienden a localizarse en las grandes ciudades y se descuida el interior y las zonas costeras, entre otros.

Con miras a la puesta en marcha de políticas públicas en la materia, diversos expertos son del criterio que el abordaje necesariamente debe ser subregional, delimitando las acciones de control entre las fronteras con México y Colombia, sin olvidar el Caribe. Asimismo, el reto en esta instancia es desechar la visión individualista en la promoción de mejores mecanismos e instrumentos comunes que faciliten la atención al tema. En este nivel, existe acuerdo en que se puede avanzar en la tipificación del delito de tráfico de armas dentro de los códigos penales, abordar el tema desde una perspectiva de reforma al sector seguridad y su vínculo con los ministerios de justicia, identificar y compartir los indicadores susceptibles de información entre las agencias encargadas del control.

Centroamérica es pionera en la generación de insumos y adopción de instrumentos regionales e internacionales de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. Sin embargo, aunque resulte paradójico, se constata que a nivel general el compromiso de los países ha sido más declarativo que real ante la escasez de recursos e instrumentos apropiados para el combate a la criminalidad organizada y común, la falta de coordinación subregional y los problemas para concretar en el ámbito nacional las disposiciones señaladas en las iniciativas regionales. Ciertamente esta subregión satisface su participación a nivel político y técnico, sin embargo, aún no logra manejar apropiadamente la dimensión operativa de la discusión.



*Jurisprudencia
Comentada*

VIOLENCIA DE GÉNERO Y CONSTITUCIÓN: UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dr. Víctor Orozco Solano¹
victorozcocr@gmail.com

Recibido 14/3/2017 Aceptado 14/4/2018

RESUMEN:

El presente artículo pretende analizar el fenómeno de la violencia de género, así como la manera en que ha sido tratado por la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los últimos años, en el marco de sus respectivas competencias.

Palabras clave: *Constitución, violencia de género, mujer, Instrumentos Internacionales de derechos humanos.*

ABSTRACT:

This article aims to analyze the phenomenon of gender-based violence, as well as the way in which it has been treated by the Constitutional Court of Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights, in recent years, within the framework of their respective competences.

Keywords: *Constitution, gender violence, women, International human rights instruments.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación a la noción de la Violencia de Género. 3. La Sala Constitucional de Costa Rica y sus criterios sobre la violencia contra la mujer: algunos casos emblemáticos. 3.1. La sentencia n.º 2011-6401 del 18 de mayo, sobre la inconstitucionalidad de la limitación temporal para que el padre pueda reembolsar a la madre los gastos en que incurrió con ocasión del proceso de embarazo y maternidad. 3.2. La sentencia n.º 2011-17681 del 21 de octubre, sobre la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589 del 25 de abril de 2007. 3.3. La sentencia n.º 2012-2498 del 22 de febrero, sobre la posible agresión de autoridades de policía contra la amparada, quien además de su condición de mujer es una persona migrante nicaragüense. 3.4. La sentencia n.º 2016-12920 del 9 de septiembre, sobre la violencia obstétrica que fue objeto la amparada tras el nacimiento de su hijo. 3.5. La sentencia n.º 2016-14893 del 12 de octubre, donde se evacúa la consulta legislativa de constitucionalidad respecto al proyecto de aprobación de "Reforma de los Artículos 159 y 161 de la Ley N.º 4573, Código Penal, Reforma de los Artículos 14, 16 Y 158 y Derogatoria de los Artículos 21, 22, 36 y 38 de la Ley N.º 5476, Código de Familia, Reforma al Artículo 39 de la Ley N.º 63, Código Civil y la Reforma al Artículo 89 de la Ley N.º 3504, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, para el Fortalecimiento de la Protección Legal de Niñas y Adolescentes Mujeres, ante Situaciones de Violencia de Género Asociadas a Relaciones Abusivas" que se tramita en el expediente legislativo n.º 19.337. 4. La corte interamericana de Derechos Humanos y sus decisiones sobre violencia de género. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar los criterios jurisprudenciales que, por un lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha esbozado y, por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con respecto a la protección de las mujeres y la erradicación de diversas situaciones de violencia.

Lo anterior nos lleva a desarrollar, en primer lugar, y desde un punto de vista doctrinal, qué se tiene por violencia contra la mujer y cuáles son los mecanismos de protección en el ámbito del derecho comparado y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Al respecto, es preciso mencionar que, en el sistema de justicia constitucional costarricense, se ha llegado a sostener el carácter supraconstitucional de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, a través de una línea jurisprudencial progresiva de la Sala Constitucional, la cual inició tras sus primeros años de funcionamiento. De tal modo priman incluso por sobre la Constitución Política, si establecen mayores garantías de protección de los derechos que la propia norma fundamental.

En este orden, se han esbozado, inclusive, el carácter vinculante del *corpus iuris* interamericano, así como los criterios que la Corte IDH, máximo intérprete de la Convención, ha desarrollado sobre el Pacto de San José, si en razón del principio *pro homine*, el estándar convencional de protección es superior al interno.

2. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Sobre el particular, la noción o el llamado de atención sobre la violencia de género consiste en el dictado de medidas legislativas o el desarrollo criterios jurisprudenciales que buscan eliminar la lacra social que afecta, en su mayoría, a las mujeres víctimas de malos tratos².

De este modo, esta producción normativa tiene por fin garantizar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en las relaciones de pareja, favoreciendo que la mujer salga de esa esfera relacional cuando se produzca un desequilibrio que atente contra sus intereses³.

De este modo, se puede comentar que el problema de la violencia de género aparece condicionado por una serie de factores culturales, educacionales e, incluso, jurídicos que conllevan a una inferior posición de la mujer en relación con el hombre en el seno de nuestra sociedad.

Así, de acuerdo con LUACES GUTIÉRREZ, de los distintos ámbitos donde se deja sentir la violencia de género como consecuencia de la posición discriminada de la mujer es, sin duda, en el ámbito doméstico o familiar donde esta se manifiesta con mayor intensidad⁴.

Por otro lado, COLAS TUREGANO sostiene que el empleo de la violencia como instrumento de sumisión y para hacer valer, por la fuerza, la superioridad masculina, ha marcado la vida del género femenino desde la antigüedad⁵.

No obstante, en la actualidad, se asiste a un proceso de visibilidad de esta violencia, el cual genera el impuso de medidas legislativas y de criterios jurisprudenciales de organismos regionales, universales e internos de protección de los derechos humanos, tendentes a impedir que dicha práctica continúe y a impulsar verdaderas medidas de acción afirmativas para las mujeres.

En este orden, en el ámbito del sistema interamericano, sin duda es emblemática la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”, la cual define como violencia contra la mujer, en su artículo 1: *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado* .

De esta manera, se entiende que la violencia contra la mujer incluye la física, sexual y psicológica, en las siguientes hipótesis:

- a. *que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que esta violencia comprenda, entre otros: violación, maltrato y abuso sexual;*
- b. *que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que presente, entre otros: violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y*
- c. *que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.*

Así, en el artículo 3º, se consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Por su parte, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979, la cual entró en vigor como tratado internacional, el 3 de septiembre de 1981 tras la ratificación de 20 países.

En esta Convención, se describen con la expresión: “discriminación contra la mujer” toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Además, este instrumento internacional consagra los siguientes deberes y obligaciones para los Estados partes:

- a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*
- c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*
- d) *Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*
- e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*
- f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*
- g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

3. LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA Y SUS CRITERIOS SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: ALGUNOS CASOS EMBLEMÁTICOS

Después de casi 27 años de funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se han dictado múltiples fallos en materia de protección de los derechos de las mujeres y de erradicación de la violencia. Particularmente relevante fue la discusión relativa a la conformidad con el derecho de la Constitución del Proyecto de Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, expediente legislativo n.º 13.874, cuyo contenido fue declarado inconstitucional en algunas ocasiones por vulnerar los principios de tipicidad y otros en materia penal (véase, en este orden, el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia n.º 2004-3441 del 31 de marzo, en el cual, mediante una votación dividida, efectivamente se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del proyecto, por lesionar los principios *supra* aludidos).

Encontramos otra decisión relevante en la sentencia n.º 2008-15447 del 15 de octubre, en que se resuelve la acción de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 22, 25 y 27 de la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589 del 30 de mayo de 2007 y , por medio de una votación dividida, se determina que los artículos 25 y 27 de la Ley *supra* aludida son inconstitucionales por vulnerar los principios de tipicidad y legalidad criminal. En este estudio, sin embargo, nos limitaremos a explicar los fallos emblemáticos de la Sala Constitucional durante los últimos siete años, es decir, desde el 2010 en adelante, de la siguiente manera:

3.1. La sentencia n.º 2011-6401 del 18 de mayo, sobre la inconstitucionalidad de la limitación temporal para que el padre pueda reembolsar a la madre los gastos en que incurrió con ocasión del proceso de embarazo y maternidad

En esta sentencia, la Sala Constitucional resolvió la consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado de Familia de Heredia, mediante la resolución de las 14:30 horas del 6 de noviembre de 2009, dictada dentro del proceso de investigación de paternidad y reembolso de gastos de embarazo y maternidad de K.V.V.Z. contra A.B.S.C., sobre la conformidad con el derecho de la Constitución del artículo 96, párrafo 1º, del Código de Familia.

Según el juez consultante, reducir los gastos reembolsables por maternidad a aquellos en que se haya incurrido en los doce meses posteriores al nacimiento del hijo o de la hija es una disposición legislativa contraria a los principios de igualdad y razonabilidad y al contenido de los artículos 1º, 5º y 16, inciso d) de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por cuanto, las obligaciones para con los hijos o hijas son compartidas por los cónyuges, sin que pueda existir límite temporal alguno.

Dicha consulta judicial fue evacuada por la Sala Constitucional en el sentido de que la limitación temporal *supra* aludida vulnera el derecho de la Constitución, así como diversos instrumentos internacionales que el Estado costarricense ha aprobado en materia de protección de los derechos de las mujeres, con arreglo en la siguiente argumentación:

Partiendo de los alegatos expuestos, considera este Tribunal Constitucional que lleva razón el Juez Consultante. La Ley de Paternidad Responsable introdujo un nuevo modelo procesal denominado proceso especial de filiación –en sede jurisdiccional–, el cual, como se dijo, se encuentra nutrido de los principios de oralidad, celeridad, concentración e inmediación. Como tal, es un proceso que procura imprimir prontitud y celeridad a las pretensiones que se ventilan en éste. Así, por sus características, ese cauce procesal es congruente con el derecho a una justicia pronta y cumplida, reconocido en el artículo 41 de la Constitución Política. Empero, al limitarse, a la madre, la posibilidad de reclamar la acción de recuperación de los gastos de maternidad de los hijos en que haya incurrido, únicamente, a aquellos producidos durante los doce meses posteriores al nacimiento, además de resultar discriminatorio e indigno para la madre (artículo 33 de la Constitución Política y preceptos citados de los instrumentos del Derecho internacional público de los derechos humanos), vulnera, con meridiana claridad, sus derechos fundamentales de acudir a la jurisdicción para obtener tutela judicial efectiva con el fin de lograr un resarcimiento cuando media una lesión antijurídica (artículo 41 constitucional) y a la intangibilidad relativa de su patrimonio (artículo 45 constitucional), por cuanto, bien pueden existir gastos de maternidad ulteriores a los doce meses posteriores al nacimiento de los hijos que no le son reembolsados, suponiendo un empobrecimiento ilícito para la madre y un enriquecimiento sin causa para el padre que tiene la obligación principal de sufragarlos. Adicionalmente, en el estado de cosas legislativo actual, la madre es compelida a acudir, para pretender el reembolso de los gastos de maternidad que excedan de los doce meses posteriores al nacimiento, a un proceso de

cognición plena (ordinario), con lo que se ralentiza el goce y ejercicio de sus derechos. De este modo, se pierden todas las ventajas inherentes al proceso especial de filiación al compeler a la madre a acudir a un proceso ordinario con el inconveniente temporal y hacerla incurrir en nuevos gastos como, por ejemplo, el pago de los honorarios de un abogado, todo en contra de la celeridad procesal y la justicia pronta. De ahí, que, la norma propicia una clara asimetría, obligando a la mujer a acudir a un proceso jurisdiccional lento y complejo, para el cual se requiere de patrocinio legal lo que, eventualmente, puede constituirse en un factor disuasivo para accionar y reclamar esos gastos. Así la norma, contraviene lo dispuesto en los artículos 2º, incisos c) y f) y 3º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por nuestro país, en el tanto está obligado a adoptar en todas las esferas y, en particular, en el ámbito político, social, económico y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce efectivos de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. Asimismo, la disposición consultada contraviene lo dispuesto en el artículo 7º, incisos e) y f), respectivamente, de la Convención Belem Do Pará, en la medida que Costa Rica está obligada a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; así como establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Para esta Sala, si la finalidad de la norma es que el padre asuma la responsabilidad económica derivada del embarazo y de los gastos de maternidad, lo cierto es que resulta irrazonable que se restrinja a doce meses posteriores al nacimiento de los hijos los gastos de maternidad, cuando existan otros ulteriores, debidamente acreditados. Estos gastos posteriores a los doce meses quedarían sin cubrir, por lo que, según se expuso, se obligaría a la madre a acudir a un proceso ordinario para reclamarlos, lo que resulta irrazonable. Aceptar esto contraviene la función social de la maternidad y la paternidad que parte de la idea que ambos progenitores comparten una serie de obligaciones solidarias respecto de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, obligación que, valga enfatizar, se encuentra recogida en los artículos 53 y 54 de la Constitución Política y 7º, primera parte, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que Costa Rica es parte. Adicionalmente, como se apuntó, la restricción para demandar la recuperación de los gastos de maternidad, únicamente, a aquellos en los que haya incurrido la madre en los doce meses posteriores al nacimiento de los hijos, infringe, los numerales 33, 41 y 45 de la Constitución Política.

Con lo cual, en el caso presente, la Sala Constitucional ha potenciado los alcances de los Instrumentos Internacionales mencionados para evitar que se propicie una suerte de discriminación infundada contra los derechos de la madre a obtener una indemnización por los gastos en que incurrió, debido al embarazo y a la maternidad.

3.2. La sentencia n.º 2011-17681 del 21 de octubre, sobre la inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589 del 25 de abril de 2007

En esta sentencia, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 27 de la Ley N.º 8589 del 25 de abril de 2007. Según el actor, los términos con que la norma tipifica la conducta son escuetos, abstractos y generales, de manera que dan tan amplio margen de discreción que permiten la creatividad, el capricho y la arbitrariedad del intérprete.

Por esa razón, el texto lesiona los principios de legalidad y tipicidad penal⁶. En esta decisión, con una votación dividida y tras analizar los alcances del principio de tipicidad en materia penal, finalmente se consideró que tanto la redacción como el uso de conceptos jurídicos indeterminados convierten la norma en un tipo penal con una gran capacidad de absorción de conductas que, en consecuencia, lesiona el principio de tipicidad penal.

De este modo, en ese pronunciamiento, se dejó claro que la Sala no objetaba que se sancionara de una manera más severa un delito cuando se cometiera contra sujetos que se encontraran en condiciones particulares de vulnerabilidad. Claramente, en la sentencia n.º 2005-01800 de las 16:20 hrs. del 23 de febrero de 2005, la Sala indicó lo siguiente:

El hecho de que el proyecto, fije penas diversas a las señaladas en el Código para conductas similares, no es inconstitucional, pues casualmente eso es lo que se pretende con la normativa consultada [...].

Lo que la inconstitucionalidad de la normativa genera, entonces, es el recurso legislativo a fórmulas confusas. La mala técnica legislativa empleada en la redacción del tipo penal y, en particular, la expresión indeterminada o abierta “lesionar un bien jurídico”, la cual infringe el principio de tipicidad y la prohibición de los tipos penales en blanco, puede ser salvada y superada si algunas frases o expresiones contenidas en esta son suprimidas de manera que permita darle otra lectura al precepto, del siguiente modo: “*Quien amenace a una mujer, a su familia o a una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años*”.

3.3. *La sentencia n.º 2012-2498 del 22 de febrero, sobre la posible agresión de autoridades de policía contra la amparada, quien además de su condición de mujer es una persona migrante nicaragüense*

En la sentencia de este recurso de amparo, la Sala Constitucional consideró que esta vía procesal no era idónea para reclamar la existencia de posibles agresiones por parte de las autoridades de policía, por su carácter sumario, de tal modo que podía formular las denuncias administrativas y penales que estimara necesarias para la tutela de sus intereses. Además, la Sala manifestó que el caso de la actora ya había sido conocido en anteriores recursos de amparo planteados contra las autoridades del Ministerio Público de recibir las denuncias correspondientes.

3.4. *La sentencia n.º 2016-12920 del 9 de septiembre, sobre la violencia obstétrica que fue objeto la amparada después del nacimiento de su hijo*

En este caso, se reclamó la violación de los derechos fundamentales de la tutelada, por la negativa de las autoridades del Hospital México, de respetar el derecho de acompañamiento

en todas las etapas de atención médica, en particular, de las que se encontraban en estado de ingravidez.

Se acusó, asimismo, que la amparada fue objeto de violencia obstétrica, después de la cesárea que se le practicó por el nacimiento de su hijo. En este pronunciamiento, la Sala Constitucional manifestó que se reconocía, como parte del derecho de la Constitución, lo que modernamente se ha denominado el derecho contra la “*violencia obstétrica*” como una forma de violencia de género y, en general, de violación a los derechos humanos.

Como se ha señalado, aunque el concepto de violencia obstétrica es muy reciente, este hace referencia a un conjunto de prácticas que degrada, intimida y oprime a las mujeres y a las niñas en el ámbito de la atención en salud reproductiva y, de manera mucho más intensa, en el período del embarazo, parto y posparto.

El Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) de Argentina, así como el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) han establecido que, entre los derechos habitualmente violados en la atención obstétrica, se halla el derecho a la integridad personal que, como se indica en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es el derecho que todas las personas poseen para que su integridad física, psíquica y moral sean respetadas.

El respeto a este derecho se refiere a que nadie debe ser lesionado o agredido físicamente, ni debe ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. Igualmente dicha normativa tutela el derecho a la honra y al reconocimiento de la dignidad.

Por su parte, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,*

ni de ataques a su honra o su reputación [...]”, lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo (Belli) (ver sentencia n.º15-003354 de las doce horas del seis de marzo de dos mil quince).

Así, en el caso concreto, el recurrente acusó que, posteriormente a la cirugía de cesárea a la que se sometió a su esposa, funcionarias de enfermería la revisaron en un pasillo, para lo cual le retiraron la sábana que la cubría, y allí mismo quedó su cuerpo desnudo al descubierto, sin saber lo que ocurría.

Dado que el informe rendido por el director general y la jefa del Servicio de Obstetricia del Hospital recurrido es omiso en cuanto a este aspecto, se tienen por ciertos los hechos denunciados por el promovente y, por tanto, se acredita la lesión a los derechos fundamentales de la amparada, en virtud de lo señalado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –de previa cita- lo que se ha interpretado como la violación institucional de salud a través de la exposición innecesaria del cuerpo de las mujeres, en especial de sus órganos genitales, en el parto, en la consulta ginecológica y en otras circunstancias, sin ofrecer a la mujer la posibilidad de decidir sobre su cuerpo, como sucedió en el presente asunto.

En este contexto, tomando en cuenta que la Sala Constitucional ha otorgado una amplia tutela a los derechos fundamentales relacionados con la salud, no solamente en cuanto al acceso a la

atención médica, sino también en cuanto al deber del Estado y sus instituciones de asegurar la plena efectividad de ese derecho, así como la creación de condiciones que aseguren a todas las personas la asistencia médica y los servicios médicos de calidad, lo cierto es que, en el presente caso, existen elementos de juicio suficientes que le permiten a este tribunal dictar un sentencia estimatoria, pues sí resulta evidente que la recurrente fue víctima de violencia obstétrica durante su estancia en el centro médico recurrido, lo cual justifica la intervención de este tribunal conforme se ha señalado, a fin de que las autoridades médicas tomen y ajusten las medidas que correspondan con el firme propósito de eliminar los acusados vejámenes.

Por consiguiente, en esa ocasión, se declaró con lugar el recurso de amparo, en los siguientes términos:

Se declara parcialmente con lugar el recurso, por violación al artículo 27, Constitucional y por violencia obstétrica en perjuicio de la amparada. En consecuencia, se ordena a Douglas Montero Chacón, en su condición de Director General, y a Lucía Sandoval Chaves, en su condición de Jefa del Servicio de Obstetricia, o a quienes ocupen esos cargos, que procedan a girar las órdenes que estén dentro del ámbito de sus competencias, para que se garantice la privacidad de las pacientes de ese Servicio Médico, a fin de no afectar su decoro y dignidad. Asimismo, se ordena a Douglas Montero Chacón, en su condición de Director General de ese centro médico, que en el plazo de diez días, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, brinde respuesta a la gestión presentada por el recurrente el 5 de agosto del 2016, y que ésta sea debidamente comunicada al recurrente.

3.5. La sentencia n.º 2016-14893 del 12 de octubre donde se evacúa la consulta legislativa de constitucionalidad respecto al proyecto de aprobación de “Reforma de los Artículos 159 y 161 de la Ley N.º 4573, Código Penal, Reforma de los Artículos 14, 16 Y 158 y Derogatoria de los Artículos 21, 22, 36 y 38 de la Ley N.º 5476, Código de Familia, Reforma al Artículo 39 de la Ley N.º 63, el Código Civil y la Reforma al Artículo 89 de la Ley N.º 3504, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, para el Fortalecimiento de la Protección Legal de Niñas y Adolescentes Mujeres, ante Situaciones de Violencia de Género Asociadas a Relaciones Abusivas” que se tramita en el expediente legislativo n.º 19.337.

En esta consulta legislativa, la Sala Constitucional determinó que la iniciativa consultada no era inconstitucional. En concreto, los legisladores plantearon los siguientes motivos de inconstitucionalidad a la Sala:

a) *Consideran que el artículo 1 del proyecto, mediante el cual se modifican los numerales 159 y 161 del Código Penal, violenta la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, los principios de interdicción de la arbitrariedad, el de razonabilidad, proporcionalidad, realidad, lesividad y el de igualdad; por los siguientes motivos: 1- Establece un rango de 7 años entre la víctima y la persona adulta, desprotegiendo el grupo etario que tutela dicha Convención y que va de los 15 a los 24 años. 2- Tampoco se fundamentó, en la exposición de motivos, el razonamiento de tal*

distinción basada en rangos de edad, que en algunos casos despenaliza la conducta tipificada merced a dichos márgenes de edad, lo que podría llevar a que en la práctica se juzguen arbitrariamente los casos. 3- Lo estiman irrazonable y desproporcionado, porque constituye un abuso del derecho penal limitar la autodeterminación para tener relaciones sexuales de ciertas poblaciones etarias, sin una justificación criminológica y jurídica.

b) *Questionan el ordinal 2 que reforma los incisos 4) y 7) del artículo 14, el inciso 3) del numeral 16 y los incisos a), c) y d) del ordinal 158 de la Ley No. 5476, Código de Familia, por estimar que lesionan los artículos 7 y 129 constitucionales, el 6 de la Ley General de la Administración Pública y la Convención de Viena “El Derecho de los Tratados”, al haber aumentado la edad mínima para contraer matrimonio y para adquirir la mayoría de edad al contraerlo, por el siguiente motivo: Señalan que de conformidad con la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, las personas comprendidas entre los 15 y 24 años de edad son sujetos titulares de derechos, tal como para formar parte de una familia, según los numerales 19 y 20 de dicha Convención, por lo que el Estado no podría desconocerlos mediante una ley de menor rango.*

c) *Consideran que el proyecto de ley en su totalidad violenta el principio de primacía de la realidad, así como los ordinales 4 y 6 del Convenio No. 169 de la OIT, por cuanto estos pueblos se caracterizan por tradición y costumbre de data ancestral, el que se den relaciones entre personas con diferencias importantes de edad; sin embargo, no les fue consultado el proyecto de ley.*

Se trata, entonces, de una decisión emblemática, en la cual tras desarrollar los alcances de diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, se sostiene que las normas impugnadas no son inconstitucionales.

4. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus decisiones sobre violencia de género*

Ahora bien, en relación con la jurisdicción de la Corte IDH, sin duda el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México es emblemático. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

Dentro de los derechos que se consideraron vulnerados en esa ocasión se encuentran, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 1° (obligación de respetar los derechos), el artículo 11 (derecho a la honra y dignidad), el artículo 19 (derecho de niño), el artículo 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), el artículo 25 (protección judicial), el artículo 4° (derecho a la vida), el artículo 5° (derecho a la integridad personal), el artículo 8° (garantías judiciales), dentro del ámbito del Sistema Interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) y, entre otros instrumentos, es posible mencionar, la Convención sobre los Derechos del Niño - Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados - Naciones Unidas, la Convención sobre la Eliminación de

todas las Formas de Discriminación contra la mujer - Naciones Unidas, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas - Naciones Unidas, el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (“Protocolo de Estambul”) - Naciones Unidas, el Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (“Protocolo de Minnesota”) - Naciones Unidas.

En esa ocasión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró la posible violación de las víctimas a causa de los siguientes hechos:

- *Los hechos del presente caso sucedieron en Ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer.*
- *Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette Gonzáles, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.*
- *El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que*

las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables.

En esta decisión, de acuerdo con Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Carlos María PELAYO MÖLLER, la Corte IDH:

estableció que la Convención Belém do Pará obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer. También establece que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de este tipo⁷.

Así, la Corte ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva de este, y con políticas de prevención, y prácticas que permitan proceder, de modo eficaz, frente a las denuncias, con lo cual, la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva en los casos en que se considere que mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia⁸.

Además, en otros casos, la Corte IDH ha sostenido que:

ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección⁹.

Además, siguiendo a IBÁÑEZ RIVAS, tratándose de supuestos de investigación criminal ante

un caso de violación sexual, es necesario que la víctima declare en un ambiente cómodo y seguro que le brinde privacidad y confianza, que se registre la declaración de la víctima de tal manera que se evite o restrinja la necesidad de una repetición, que se brinden atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada, que se realicen de manera inmediata un examen médico y otro psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado¹⁰, entre otros.

5. CONCLUSIONES

En este artículo, se han querido potenciar, de manera breve, los fallos emblemáticos de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de erradicación de la violencia de género.

En el caso de la Sala Constitucional, se han mencionado los fallos paradigmáticos en los últimos siete años; es decir, desde el 2010, mientras que, en el caso de la Corte IDH, sin duda es relevante el criterio sostenido en el fallo González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.

De este modo, ambos tribunales han dictado y desarrollado criterios jurisprudenciales muy importantes en materia de protección de los derechos de las mujeres.

En este orden, en el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica, se destaca, sin duda, el fallo en donde se manifiestan la existencia de la violencia obstétrica y el sumo cuidado que las autoridades sanitarias y de salud deben tener con respecto a las personas embarazadas, durante y tras las labores del parto.

Sin embargo, queda mucho por hacer en esta materia. Se trata sin duda de una tarea inacabada y que supone un reto mayúsculo no solo para las autoridades estatales, regionales y universales de protección de los derechos humanos, sino también para las personas, erradicar este tipo de violencia y la “lacra social” que suponen los malos tratos contra las mujeres.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COLÁS TUREGANO, Asunción, “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2008 del 14 de mayo”. En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Cuerda Arnau, coordinadora, p. 371.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando. (2011). *Los femicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Campo Algodonero*, México, Porrúa-UNAM.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María. (2015). Artículo I. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, p. 50.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Artículo 25. (2015). En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, p. 651.
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. “La constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, especial referencia a la STC del 14 de mayo de 2008”. En *Constitución y Democracia: ayer y hoy, libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, p. 2341.
- RUBIDO DE LA TORRE, José Luis. (2007). *Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004 del 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer*. Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, n.º 2049.

Notas al pie

- 1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, correo electrónico: victorozcocr@gmail.com
- 2 Véase al respecto RUBIDO DE LA TORRE, José Luis. (2007). *Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley Integral 1/2004 de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer*. Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, n.º 2049.
- 3 Ver LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. “La constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, especial referencia a la STC de 14 de mayo de 2008”. En *Constitución y democracia: ayer y hoy, libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, p. 2341.
- 4 Véase LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. *La constitucionalidad de la Ley de Medidas de Protección Integral y...*, op. cit., p. 2342.
- 5 Véase COLÁS TUREGANO, Asunción. “Reflexiones sobre la regulación penal contra la violencia de género, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2008 de 14 de mayo”. En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Cuerda Arnau, coordinadora*, p. 371.
- 6 El artículo 27 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 27.- Amenazas contra una mujer Quien amenace con lesionar un bien jurídico de una mujer o de su familia o una tercera persona íntimamente vinculada, con quien mantiene una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años”.
- 7 Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y PELAYO MÖLLER, Carlos María. Artículo I. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 50. En concreto la Corte IDH sostuvo: 253. La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer (*supra* párr. 226) y en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. 254. Desde 1992 el CEDAW estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctima. En 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la opinio juris [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”. 255. En el caso *María Da Penha Vs. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. 256. De otra parte, la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la

violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer. 257. Asimismo, según un Informe del Secretario General de la ONU: Es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro para las mujeres, y se han utilizado comunitarias auditorías de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad. La prevención de la violencia contra la mujer debe ser un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias. Forma parte de la labor de prevención el mejoramiento de la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres, por ejemplo hacia las escuelas e instituciones educacionales, los pozos, los campos y las fábricas. 258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.

- 8 Véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María. Artículo I. En *Convención...*, op. cit, pp. 50-51. Sobre el tema también se puede revisar FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando. (2011). *Los femicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Campo Algodonero*. México: Porrúa-UNAM.
- 9 Corte IDH, Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211, párr. 140.
- 10 Véase IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. (2015). Artículo 25. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*, Steiner Christian y Uribe Patricia, Konrad Adenauer Stiftung, p. 651.



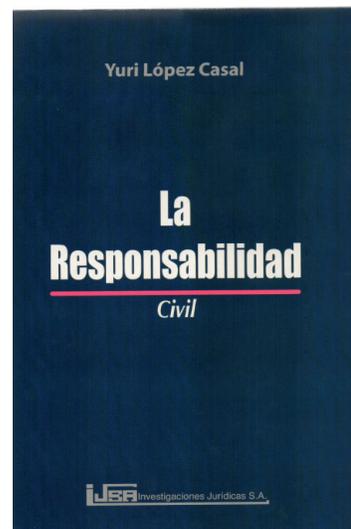
*Reseña de Libros
e Investigaciones*

RESEÑA DE LIBROS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Yuri López Casal.

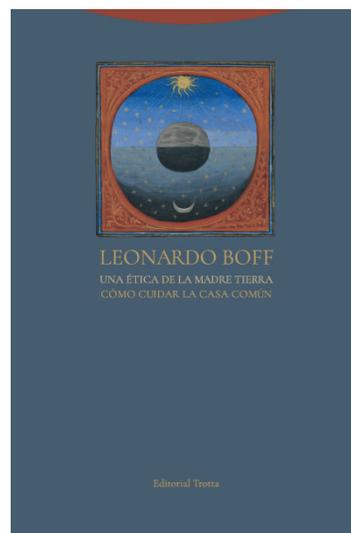
Esta obra del Juez Jorge López Casal, abarca desde materia puramente contractual a temas propios de los procesos de ejecución, una obra en la que aborda algunas de las cuestiones más controvertidas, en el momento actual, en el vasto ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Algunos de los aspectos de ésta son objeto de debate doctrinal y jurisprudencial no sólo en nuestro país, sino a nivel global por todos los que afrontan el estudio de la referida materia. En particular, en el tratamiento de estas cuestiones merece destacarse el influjo de los estudios de los autores y de la jurisprudencia alemana y también de los españoles, tanto civilistas como procesalistas. Trata aspectos sumamente novedosos de la responsabilidad tales como la imputación de responsabilidad civil a fabricantes de tabaco a la que se dedica el Capítulo denominado «El resarcimiento del daño causado por el cigarrillo en Alemania». Además analiza los daños y perjuicios y el daño moral



UNA ÉTICA DE LA MADRE TIERRA.

Leonardo Boff

Este libro parte de una preocupación que ha calado el trabajo de Boff en los últimos años, y este tiene que ver con las amenazas que acarrea el cambio climático, en particular el calentamiento global. Según Boff, nosotros hemos ido transgrediendo los ciclos de la naturaleza y hemos ido modificando nuestro orden natural adoptándolo a nuestros intereses (usualmente mercantiles) violentando por vía de la explotación sistemática de los bienes y servicios naturales y de muchos pueblos, particularmente de los indígenas. Boff no desconoce el hecho de que los científicos estén realizando un trabajo arduo en tratar de encontrar una solución al complejo problema del calentamiento global, sin embargo, para él, con la sola estrategia científica no se logrará nada, se requiere de un proceso de construcción ética y del desarrollo de una espiritualidad en los individuos que provoquen mayor conciencia con relación al medio ambiente.



PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTA EDICIÓN

Dr. RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X El Sabio, Académico Correspondiente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Magistrado del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, Madrid (marzo a junio 2017) y Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y Cooperador Internacional. Autor de libros y monografías sobre Los Derechos fundamentales en el Proceso Penal, Delincuencia Organizada y en un sinnúmero de temas más.

Dr. ROBERTO YGLESIAS MORA Abogado y árbitro nacional e internacional. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Costa Rica. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid.

MSc. SANDRA MARÍA PEREIRA RETANA. Licenciada en Derecho, Máster en Violencia Intrafamiliar y Género. Jueza de Violencia Doméstica Postítulo en Derechos Humanos de las Mujeres..

Dr. ALEJANDRO BETTONI TRAUBE. Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Carlos III de Madrid.

MSc. MARYCRUZ GOÑI DÍAZ Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Máster en Dirección Estratégica con énfasis en Resolución Alternativa de Conflictos y Mediación por la Universidad Internacional Iberoamericana (España), Mediadora Certificada autorizada por el Ministerio de Justicia y Paz. Jefa de la Plataforma de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y Directora del Centro de Resolución Alternativa de Conflictos en materia de Consumo. Posee veinte años de experiencia en Derecho de Consumo, Resolución Alternativa de Conflictos, Mediación y Negociación de controversias comerciales. Ha sido Instructora en Resolución Alternativa de Conflictos y Derecho de Consumo, para varias Agencias de Protección al Consumidor de la Región; así como para diversas organizaciones internacionales especializadas en la materia, como el Consejo Centroamericano de Agencias de Protección al Consumidor (CONCADECO), el Foro Iberoamericano de Agencias Gubernamentales de Protección al Consumidor (FIAGC) y la “Cadena Internacional de Agencias de Protección al Consumidor” (ICPEN por sus siglas en inglés). También ha participado como representante del país y conferencista en el Grupo Intergubernamental de Expertos (IGE por sus siglas en inglés) en Derecho y Política de Protección al Consumidor.

Lic. JOSÉ LUIS CAMPOS VARGAS. Abogado litigante. Director del área de Derecho Penal de la firma Batalla Salto Luna Es miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (miembro de la Junta Directiva en diferentes períodos), de la Comisión Anticorrupción del Capítulo de Costa Rica de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y del Colegio de Abogados de Costa Rica. Bachillerato (con honores) en Periodismo por la Universidad de San Judas Tadeo (1996). Licenciatura (con honores) en Derecho por la Universidad La Salle (2000). Especialista en Criminología por la Universidad de Salamanca (2001). Candidato para Doctorado en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca.

MSc. NOHELIA VEGA CARVAJAL. Abogada litigante y notaria. Estudiante del Máster en Razonamiento Probatorio. Universidad de Girona, España (actual). Máster en Derecho con mención en Contratación Comparada e Internacional, Universidad de Chile / Graduate Certificate in International Contracts

and Business Law del American University Washington College of Law (2015). Especialista en Derecho Notarial y Registral con graduación de honor, Universidad de Costa Rica (2016). Licenciada en Derecho con mención en Derecho de Bolsa con graduación de honor, Universidad de Costa Rica (2013). Pasante en la Fiscalía Nacional Económica de Chile, División de Abusos Unilaterales, Derecho de la Libre Competencia (2015). Miembro suplente del Tribunal del Servicio Civil, Costa Rica. Miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Costa Rica. Autora de diversas publicaciones.

LLM LUIS ALONSO SALAZAR RODRÍGUEZ. Profesor Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Universidad de Costa Rica. Bachiller, Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Costa Rica. LL. M. en Derecho Penal y Civil por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania. Máster en Sociología Jurídico-penal por la Universidad de Barcelona. Especialista en Ejecución Penal por la Universidad de Barcelona.

Lic. ALINA GUADAMUZ FLORES. Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Especialista en derecho comercial, SEP-UCR. Investigadora académica en derecho: Telecomunicaciones, comercial y desarrollo sostenible. Abogada y consultora independiente. Proponente de la iniciativa Popular No. 2288, (2016) y Anexo I, (2017).

LLM HERMAN H. DUARTE. LLM en Arbitraje Internacional Comercial. Autorizado para ejercer el derecho en Costa Rica y El Salvador. Fundador de Hduarte Lex, una firma boutique de arbitraje internacional y derechos humanos con sede en Costa Rica que ofrece servicios legales a bufetes y a empresarios. y de la Fundación Igualitos. Reconocimientos: OUT-Standing TOP 50 LGBT+ Future Leaders presented by the FINANCIAL TIMES; Guía global del año 2017 de Chambers & Partners como un experto en litigios complejos y arbitraje en la categoría de "Foreign Experts" en Costa Rica.; y "Alumni Extraordinario" ICAL Alumni Association (Universidad Estocolmo).

Lic. JENNIFER ISABEL ARROYO CHACÓN. Doctoranda en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y Doctorando en Gestión Pública y Ciencias Empresariales del Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Abogada, Contadora Pública Autorizada (auditora) C.P.A, y Administradora Pública.

M.Sc. ELÍAS DOMINGO CARRANZA MAXERA. Master en Ciencias, Políticas y Gestión Ambiental. Licenciado en Derecho. Fiscal Auxiliar de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales de la Fiscalía General de la República de Costa Rica.

Lic. PABLO SOLANO BORBÓN. Licenciado en Derecho. Especialista en Derecho Comercial (Universidad de Costa Rica). Especialista en Derecho Notarial y Registral (Universidad Autónoma de Centroamérica).

Dr. VÍCTOR OROZCO SOLANO. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

MSc. CATALINA ESPINOZA SAENZ. Master en *Evaluación Educativa* de la Universidad de Costa Rica, Master en Administración Educativa de la Universidad de Costa Rica. Evaluadora y facilitadora de programas de capacitación en la Escuela Judicial. Se ha desempeñado como profesora universitaria.

NORMAS BASICAS DE PUBLICACION 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 de seis líneas en español u otro idioma y seis palabras máximo en español u otro idioma, 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 presentar como nota 1 sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje. Los artículos que cumplan con los requisitos para ser publicados serán sometidos a **revisión por personas validadoras (pares)**. Los 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 del autor o de la autora 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.