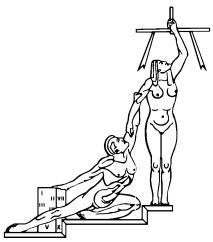


Poder Judicial

Nº 126
ISSN 2215-2377

Revista Judicial

REVISTA JUDICIAL
ISSN 2215-2377

Nº 126
Junio 2019

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

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

Dra. Shirley Víquez Vargas
Integrante Consejo Directivo Escuela Judicial.
Poder Judicial

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

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

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

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

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

SUPLENTES

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

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

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

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

REVISTA JUDICIAL
Nº126
Fundada en 1976
ISSN: 2215-2377

Edición preparada por la Escuela Judicial
Poder Judicial

Publicación semestral

revistajudicial@poder-judicial.go.cr

DIRECTORA/EDITORA
Vilma Alpízar 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 de los artículos:
Lic. Irene Rojas Rodríguez

© Edición aprobada por el Consejo Editorial de la Revista Judicial

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

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

DIRECCIÓN SITIO WEB REVISTA JUDICIAL
http://www.poderjudicial.go.cr/revistajudicial/

CORREO ELECTRÓNICO:
revistajudicial@poder-judicial.go.cr

AVISO LEGAL: La Revista Judicial no se hace responsable de las opiniones que expresan las personas colaboradoras, y en ningún caso representan la opinión de la revista o del Poder Judicial. Cada autora u autor se hace responsable de que su artículo sea inédito y original.

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

SUMARIO

PRESENTACIÓN..... *7*

ARTÍCULOS..... *9*

LA PROTECCIÓN INTERDICTAL DE LA POSESIÓN CIVIL Y DE LA POSESIÓN AGRARIA.....11
Dr. Francisco Chacón Bravo

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PUESTOS DE MAGISTRADA TITULAR Y MAGISTRADAS SUPLENTES EN EL PODER JUDICIAL COSTARRICENSE 23
M.Sc. Xinia Fernández Vargas y M.Sc. Patricia Rivera Sandoval

APROXIMACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE. 31
Dr. Víctor Orozco Solano

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA ITALIANO COMO ÓRGANO DE GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....55
Dr. Haideer Miranda Bonilla

LOS PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 71
LL.M. Alonso Salazar Rodríguez

DIALOGO JURISPRUDENCIAL Y CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD: DOS IDEAS IRRECONCILIABLES. 93
MSc. Marvin Vargas Alfaro.

EL DERECHO A LA IMAGEN DEL SERVIDOR PÚBLICO. 107
Dr. Cesar Hines Céspedes.

VIABILIDAD DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA Y ACTIVA EN EL ESTADO DERECHO COSTARRICENSE. 138
Licda. Suyen Vega Mena.

IMPUTABILIDAD Y ALTERACIÓN DEL ESTADO MENTAL EN EL DERECHO PENAL DE COSTA RICA 156
Lic. Jorge Montero Bejarano

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL. 178
M.Sc. Ligia Jeannette Jiménez Zamora

MALA PRAXIS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE: CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INTERVENCIONES ESTÉTICAS..... .185
Juan Antonio Mainieri Acuña

DISEÑO INDUSTRIAL, DIBUJOS O MODELOS INDUSTRIALES. 190
Licda. Meicer Magalli Araya Espinoza

LOS DIEZ MANDAMIENTOS DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL. 201
Lic. Sophia Villalta Chong

EL ESPECTRO ACTUAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS. 221
MSc. Patricia Bonilla Rodríguez

LA MALA PRAXIS MÉDICA EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE. 227
Licda. Kathia Cintrón Machón

ENTREVISTA 239

RESEÑA DE LIBROS E INVESTIGACIONES.....244

PERSONAS QUE COLABORARON PARA ESTE NÚMERO.....250

NORMAS DE PUBLICACIÓN..... 254

PRESENTACIÓN

ELas innovaciones que se están produciendo en el campo jurídico en los últimos tiempos, muchas de ellas como son las reformas procesales impulsadas por el Poder Judicial, requieren que el operario del derecho se capacite y conozca acerca de estos cambios.

Las reformas son integrales y de una u otra manera afecta uno u otro campo de nuestro saber jurídico.
Es por eso que esta publicación al igual que otras que circulan en nuestro país y que tocan esta temática, son tan importantes en la formación de los futuros abogados así como para los que diariamente se enfrentan a los retos que impone el derecho.

Cada vez que publicamos esta Revista, lo hacemos con la ilusión de que su contenido sea útil y contribuya y colabore con esta búsqueda de conocimiento.

Compartimos con todas y todos ustedes una serie de artículos en diversos temas de actualidad en materias como derecho civil, género, derecho penal, administrativo, constitucional, comercial internacional, propiedad intelectual entre otros.

Hacemos una recomendación en la sección de libros de la obra Principios de Derecho Privado, del Profesor Federico Torrealba Navas, que recientemente ha salido para la venta al público. Es una obra de cuatro tomos que es imprescindible en la biblioteca de las y los juristas como obra de consulta constante.

Además presentamos el extracto de una amplia entrevista realizada al Magistrado Jorge Olaso Alvarez, Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Don Jorge a la vez de que nos muestra un poco sobre su trabajo en la Sala, se refiere a temas como las reformas procesales y nos deja ver un poco sobre sus luchas en la vida.

Como siempre, dejamos abierta la invitación a escribir y compartir su visión sobre tantos temas que ocupan la atención en los diversos campos del derecho.

Dra. Vilma Alpízar Matamoros
Directora Revista Judicial.

Artículos

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 11-21 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LA PROTECCIÓN INTERDICTAL DE LA POSESIÓN CIVIL Y DE LA POSESIÓN AGRARIA

Dr. Francisco Chacón Bravo*
fchaconbravo@zurcherodioraven.com

RESUMEN

La posesión civil y la posesión agraria tienen sus propias características en cuanto al destino del bien; pero no lo tienen en relación con su protección en los interdictos. Las distintas teorías sobre el fundamento de la protección posesoria no son suficientes para proteger de distinta manera a la posesión agraria y a la posesión civil. En consecuencia la tesis que se sostiene es que los interdictos posesorios bien pueden eliminarse de la Ley de Jurisdicción Agraria, sin que su protección sufra ningún menoscabo

Palabras claves: *Posesión civil, posesión agraria, interdictos, fundamento de la protección posesoria, Ley de la Jurisdicción Agraria, jurisprudencia, doctrina.*

ABSTRACT

Civil possession and agrarian possession have their own characteristics on regard the destination of the goods but not on regard the protection given by the interdicts. The different theories on the foundation of de possessory protection are not enough to grant each of them a different kind of protection. Therefore, the thesis to be sustained is that the possessory interdicts can be eliminated from de Agrarian Jurisdiction Law without provoking any harm to the protection of de agrarian possession.

Key words: *Civil possession, land possession, injunctions, basis of possessory protection, Agrarian Law Jurisdiction, jurisprudence, doctrine.*

Recibido: 10 de noviembre de 2018 **Aceptado: 14 de febrero de 2019**

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- Resumen
- Introducción
- El fundamento de la protección posesoria
- Posesión civil y posesión agraria.
- La ley de jurisdicción agraria
- Protección agraria y protección civil en nuestra jurisprudencia
- La protección interdictal en la doctrina costarricense
- La protección interdictal en la doctrina costarricense
- El fundamento de la protección posesoria es igual para la posesión agraria y para la posesión civil
- Conclusión
- Referencias bibliográficas

1. El DERECHO AGRARIO EN ROMA

Mommsen, citando a Catón[1], indica que los romanos practicaron el riego de sus terrenos desde muy antiguo, mediante un sistema de cañerías. Los pastos naturales fueron mejorados mediante este sistema. Se cultivaban trigo, cebada, el olivo y la vid. Se cultivaban plantas leguminosas, y los árboles frutales eran higueras, perales, manzanos etc. Los vegetales eran el principal alimento y comían poca carne, sobre todo de puerco o de cordero, por lo que la ganadería no tenía un gran desarrollo.

Tenían estabulados los animales de tiro para las labores durante el estío y el invierno. Después de la recolección, enviaban el ganado lanar a los campos.

El campo se medía por yugadas[2], y se tenían normalmente 100 cabezas por cada doscientas cuarenta yugadas.

Había grandes poseedores de ganado no propietarios y a ellos también los propietarios les entregaban el ganado durante la estación de invierno, o a colonos o aparceros, y el propietario les daba parte de sus crías y una determinada cantidad de leche y queso.

Tenían gallinas y palomas que se alimentaban de lo que encontraran, pero a veces algunos les daban cebada. En pequeños espacios, criaban conejos y liebres. Hicieron depósitos para los peces, los cuales fueron el origen de las pesquerías, e hicieron pequeños viveros que después crecieron muchísimo.

Mommsen señala que la historia de Roma se hace posible desde el siglo VI. Lo cierto es que desde esa época, el sistema económico de los romanos aparece exacto y preciso. Y en ese momento, se constituye la gran propiedad de la agricultura. Esta comprende los grandes dominios, los pastos para los ganados y la pequeña propiedad[3].

El trabajo en el campo se hacía con arados tirados por bueyes o asnos; la mano de obra, con esclavos. Estos se compraban en el mercado; se aconsejaba comprarlos antes de los veintidós años y que se vendieran cuando estaban viejos o enfermos, como material de desecho. Existía también el negocio de la crianza de esclavos para su venta. La comida y el vestido eran entregados a los esclavos por el señor, y ellos tenían la obligación de conservarlos. El esclavo capataz recibía más comida y, de acuerdo con su éxito, podía incluso formar su peculio y comprar su libertad. En tiempos normales, bastaba esta familia rural para cumplir las tareas, incluso ayudándose mutuamente y prestándose los esclavos.

Sin embargo, también se contrataban jornaleros extranjeros para realizar labores extraordinarias como recoger las cosechas cuando el personal no era suficiente. El pequeño propietario trabajaba solo con sus hijos o en común con sus esclavos. Mommsen agrega:

> *No nos sería fácil apreciar en su justo valor los resultados de la agronomía romana, si omitiésemos el estudio comparativo de los precios, principalmente de los cereales. Por lo común están tan bajos, que asombran; la falta era sin duda, del gobierno, que, en*

> *una cuestión de tan capital importancia, se ha dejado arrastrar a las más detestables medidas, no tanto por ignorancia, cuanto por la necesidad imperdonable, de favorecer a los proletarios de Roma con detrimento de las poblaciones rurales de Italia.*

Explica más adelante:

> *Una vez condenado el pequeño cultivo a no remunerar el trabajo, estaba el labrador perdido y sin recursos. Al mismo tiempo y esto contribuyó mucho a ello, iban perdiéndose irremisiblemente entre los campesinos la sobriedad de las costumbres y los hábitos de economía, lo mismo que se habían perdido antes entre las demás clases. Perteneciendo en propiedad a los campesinos italianos, estaban destinados los pequeños capitales en tierras a refundirse, por compra o por abandono en los grandes dominios. Pero mientras que el campesino no tenía ni capital ni inteligencia, y reunía con gran trabajo, lo estrictamente necesario, el gran propietario podía luchar más fácilmente, ya por el aumento de cierta clase de cultivo o modificándolo. Contentábase con más facilidad que el campesino con una insignificante renta de la tierra*[4].

Desde luego, se trataron de solucionar sin éxito los problemas agrarios, por medio de numerosas leyes agrarias[5]. Sin embargo, nos parece que el problema es estrictamente financiero y, en consecuencia, los economistas deben ser los encargados de buscar la solución en forma justa y equitativa.

2. *EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA*

La primera pregunta que los y las juristas se plantean es ¿por qué se protege la posesión? Al comienzo de su famoso libro, *El fundamento de la protección posesoria*, Ihering se plantea esa pregunta de forma verdaderamente inquietante: Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿Cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y proteger con una mano con lo que con la otra se rechaza y persigue?[6].

La pregunta que se formuló Ihering sigue vigente en la actualidad. Numerosas personas autoras se han referido al tema de la protección de la posesión, y se han esgrimido distintos fundamentos.

3. *POSESIÓN CIVIL Y POSESIÓN AGRARIA*

Siguiendo la inquietud de Ihering, cabe preguntarnos: ¿existen dos posesiones, una posesión civil y una posesión agraria? ¿Cada una de ellas es una institución distinta? ¿Es diferente la protección que se brinda a la posesión civil y a la posesión agraria? No negamos la existencia de una posesión agraria distinta, en cuanto al destino del bien, de la posesión civil[7], pero su diferencias y alcances deben ser materia de otro artículo.

Lo que sí nos parece es que no existe diferencia sustancial entre la protección de la posesión agraria y la protección de la posesión civil, y que el legislador pudo bien no incluir la protección interdictal en la Ley de Jurisdicción Agraria, sin que la protección de la posesión agraria haya sufrido ninguna minusvalía. Lo que sí había que hacer y después un gran agrarista, Ricardo Zeledón, hizo –aunque sin éxito– fue un código general procesal.

4. *LA LEY DE JURISDICCIÓN AGRARIA*

En su artículo 2°, la Ley de Jurisdicción Agraria le otorga el conocimiento de los problemas posesorios a la jurisdicción agraria y, específicamente, el de los interdictos a dicha

jurisdicción, pero no tiene ninguna disposición especial en relación con la protección posesoria[8].

En la resolución n.° 126-c-00 de febrero de 2000, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia define lo que debe entenderse por posesión agraria y ha explicado lo siguiente:

> *I.- En materia agraria es el destino del fundo el que permite definir la jurisdicción. Esta Sala ha reiterado su criterio en cuanto a que* ***"[...] el acto de destinación del bien a la producción constituye el paso del derecho de propiedad estático propio del Derecho Civil, que se concentra todo en goce y disfrute, al derecho de propiedad dinámico, propio del Derecho Agrario, donde éste constituye un instrumento de producción, por lo que el artículo 4º de la Ley de Jurisdicción Agraria, analizado bajo esta óptica, sea vinculándolo con el fin mismo de la producción que es lo que identifica a la materia permite determinar la naturaleza agraria o no del bien y en consecuencia si la jurisdicción agraria es o no competente para conocer de un determinado asunto [...]****" (Entre otras, resolución NO 60 de las 13:55 horas del 20 de abril de 1994).II.- En el presente asunto el terreno en discusión está ubicado en Tronadora, Tilarán, Guanacaste, distrito tercero, cantón octavo, es terreno irregular que mide aproximadamente cinco mil ochocientos dos metros tres decímetros cuadrados, tal y como se desprende del reconocimiento judicial; parte de ese inmueble se encuentra cultivado con plantas de maíz, ya secas, y ciento tres matas de plátano, el resto del terreno tiene plantas y árboles de la región. Por la extensión y la naturaleza, así como por la extensión de los cultivos, no es factible considerar que existe una actividad agraria. II.- El artículo 119, inciso 4, faculta a los Juzgados Civiles de Hacienda de Asuntos Sumarios para conocer de todos los asuntos "... distintos a procesos ordinarios o abreviados, promovidos por el Estado o sus instituciones, o en contra de ellos y cuya cuantía no exceda la establecida por la Corte. Se trata de un* ***interdicto****, establecido por el I.C.E., por lo que su conocimiento corresponde al Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios.- Lo destacado no es del texto.*
>
> *En el examen de la resolución anterior, observamos primero que la ubicación de la finca no es lo que determina que se trate o no de un fundo agrario; segundo, que lo que va a calificar ese fundo como agrario es que esté en actividad agraria. Otros dos conceptos importantes que contiene la resolución son el derecho de propiedad estático y el derecho de propiedad dinámico, porque hace una distinción al indicar "el paso del derecho de propiedad estático" y "al derecho de propiedad dinámico". Obsérvese que la resolución no nos está hablando de propiedad y posesión, sino de una propiedad en producción y una propiedad estática, es decir, de una propiedad improductiva.*
>
> *La pregunta que surge es, ¿si el ICE es perturbado en esa posesión o es despojado de esta, tiene una protección interdictal distinta? ¿Si estuviera dicha finca cultivada, cambiaría la solución? ¿Se protege distinto al poseedor agrario y al poseedor civil?*

5. *PROTECCIÓN AGRARIA Y PROTECCIÓN CIVIL EN NUESTRA JURISPRUDENCIA*

En una extensa y bien fundamentada resolución, el Tribunal Superior Agrario examina las acciones interdictales agrarias, y así, en la resolución n.° 282-97 de las 14 horas del 30 de mayo de 1997, expuso**:**

> *III. Conforme lo ha estimado este Tribunal en reiteradas ocasiones: "III.-La Ley de Jurisdicción Agraria número seis mil*

setecientos treinta y cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y dos, vino a establecer una jurisdicción especializada en materia agraria, caracterizada por un proceso agrario impregnado con características y principios propios de la materia, ***con la finalidad de buscar una solución real de los conflictos suscitados en el ejercicio de las actividades agrarias de producción y las actividades agrarias conexas a ésta de transformación, industrialización y comercialización de productos agrarios****. Dentro de dicha ley, encontramos dos disposiciones encargadas de definir una competencia genérica de la materia, es decir, numerus apertus, cuales son el artículo 1 que dispone: " Corresponde en forma exclusiva, conocer y resolver definitivamente sobre los conflictos que se susciten, con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas [...]", y en su artículo 2 inciso h) establece que corresponde conocer a los Tribunales Agrarios "de todo lo relativo a actos y contratos en que sea parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas". Y es precisamente en éstas disposiciones en donde se ha encontrado la explicación del objeto del Derecho Agrario, es decir, su elemento esencial y calificador****, cual es la actividad agraria consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal y animal, ligado al disfrute y utilización de las fuerzas y recursos de la naturaleza con el fin de obtener productos vegetales o animales destinados al consumo directo, como tal o previa una o múltiples transformaciones. La actividad agraria de producción así entendida está presente en todos los*** ***institutos del Derecho Agrario****, en la propiedad agraria, en la posesión agraria, en la empresa agraria, en los contratos agrarios, etcétera y por eso se le ha llamado el "mínimo común denominador" de dichos institutos, pues es el elemento calificante, el factor que realmente dota de las características de agrariedad a los institutos que antes eran propios del Derecho Común. Ese mínimo común denominador de los institutos del Derecho Agrario, la actividad agraria está ligado directamente a la tutela del trabajo agrario y especialmente aquel ejercido en forma empresarial, éste por cuanto el trabajo agrario constituye el medio fundamental por el cual el hombre pone a la naturaleza en condiciones de producir vegetales o animales, cumpliendo con la función social de los bienes productivos. A pesar de la existencia de una competencia amplia o genérica en el ámbito de la jurisdicción agraria, también encontramos en el artículo 2 una competencia específica, mediante el elenco de diferentes acciones, que también corresponden conocerlas a ésta jurisdicción, y dentro de las cuales corresponde conocer "b) De los* ***interdictos****, cuando éstos se refieren a predios rústicos...". Es decir, la especialización de la jurisdicción agraria ,* ***comprende también la materia interdictal, pero únicamente cuando se pretenda tutelar la posesión ejercida sobre predios rústicos, o más concretamente fundos agrarios, que en su forma más tradicional lo constituyen todos aquellos terrenos de aptitud productiva agraria susceptibles de ser destinados, o estar destinados a una actividad agraria empresarial. Y precisamente, la vía interdictal en materia agraria, es para proteger una posesión agraria que se traduce en la realización de actos posesorios agrarios propiamente dichos, es decir, aquellos consistentes en el ejercido de una actividad***

económica organizada dirigida a la producción o cría de animales o vegetales, y no únicamente actos complementarios como lo sería los actos de mero cercamiento, limpieza o vigilancia. De esta acción específica ha surgido dentro del Derecho Procesal Agrario , lo que ha denominado " acciones interdictales agrarias" *mediante las cuales se busca proteger la posesión agraria actual y momentánea, a efecto de que las actividades agrarias de producción no sean afectadas, y para que se pueda cumplir con el destino productivo de los bienes agrarios.* ***La acción interdictal agraria, tiene por objeto mantener una situación de hecho, actual y momentánea, hasta tanto no sea resuelta en una vía más amplia, como la declarativa, el derecho de poseer una cosa, independientemente del derecho de propiedad; en otros términos; los interdictos tienden al pronto restablecimiento del estado de hecho, ya sea amparado al que fuere inquietado en la posesión, o restableciendo en ella al que ha sufrido despojo; incluso la ley faculta al poseedor de cualquier clase que sea para repeler la fuerza con la fuerza, en caso de que se atente contra su posesión, el cual es un recurso excepcional, el cual las personas sólo deben acudir en situaciones muy calificadas. Las acciones interdictales en nuestro derecho, únicamente proceden respecto a bienes inmuebles, y en ningún modo afectan cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre las cuales no debe versar discusión en el proceso interdictal (artículo 457 del Código Procesal Civil).*** *Por otra parte, debe anotarse que la acción* ***interdictal*** *agraria no puede establecerse si han transcurrido tres meses desde el comienzo de los hechos y obras contra las cuales se reclama, ya que a ese término se limita el plazo de caducidad que fija la* **Ley (artículo 458 Código Procesal Civil).** *Los trámites para los procesos* ***interdictales****, son muy semejantes y para todos los casos se requiere que la prueba verse "sobre el mero hecho de poseer, o sea la posesión momentánea y actual" (artículo 459 párrafo segundo Código Procesal Civil), es decir, "para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor [...]"* ***(artículo 307 Código Civil)****. El* ***interdicto*** *de amparo de posesión, es propiamente el de retener, mediante el cual se busca hacer cesar las perturbaciones dirigidas contra la posesión de quien la está ejerciendo en forma actual y momentánea, para ser amparada no se necesita que se haya causado o esté causando daño o perjuicio inmediato, sino que basta que los actos ejecutados inquieten al reclamante en la pacífica tenencia de la cosa y únicamente se requiere probar la posesión y las perturbaciones.* ***Esta acción interdictal agraria, encuentra su fundamento en los artículos 305, 307, 308, y 309 del Código Civil, así como los artículos 461 a 463 del Código Procesal Civil****. El* ***interdicto*** *de restitución, es aquel mediante el cual se reclama la posesión pacífica sobre un bien del que ha sido indebidamente privado. El poseedor para ser restituido en el goce de su derecho , debe probar el hecho de su posesión y haber sido privado de ella ilegalmente* ***(artículo 317, 318 del Código Civil y 464 del Código Procesal Civil)". (Ver resoluciones de este Tribunal No. 117 de las 13:10 Hrs del 16 de febrero de 1994 y No.118 de las 13:30 Hrs del 16 de febrero de 1994)****.IV. En el presente caso, los actores demostraron el ejercicio de la posesión agraria, actual y momentánea, a través de la explotación ganadera de la parcela, la hechura de cercas, y la construcción de un galerón. (Lo destacado no es del texto).*

Disculpen la extensión de esta cita, pero es necesaria para sostener mi tesis. En la resolución transcrita, podemos observar cómo la protección interdictal agraria y la protección interdictal civil no difieren en sus fundamentos legales. Tampoco difieren en los doctrinales, como lo podemos observar en el punto dedicado al fundamento de la protección posesoria.

6. LA PROTECCIÓN INTERDICTAL EN LA DOCTRINA COSTARRICENSE

Empecemos por examinar el punto de vista de los más destacados agraristas del país. En primer lugar, vamos a citar al padre del derecho agrario costarricense. Si estudiamos su último libro, *Derecho agrario contemporáneo*, Ricardo Zeledón[9] examina con su profundidad de extraordinario jurista, la posesión agraria empresarial, su calificación, su origen, la tutela en su devenir histórico desde el derecho romano antiguo, la naturaleza jurídica de la posesión, la idea de posesión agraria en el derecho agrario latinoamericano, la posesión en otros institutos de derecho agrario, servidumbres, servidumbres agrarias y derechos de paso, las servidumbres en el devenir histórico para sentar las bases de las agrarias, las servidumbres agrarias, la función y destino de las servidumbres agrarias y de paso, el principio del destino de padre de familia o el derecho u obligación de paso, y la exención de pago, si anteriormente fueron hermanas, el derecho de paso como instituto autónomo de las servidumbres en general y de las agrarias. De este estudio, tan profundo surge el siguiente párrafo:

> *Por esta razón es explicable como se le niega el carácter de actos posesorios al mero cerramiento de fincas o la presencia en el inmueble sin el desarrollo de una actividad productiva, pues detrás de la posesión se pretende una participación humana activa, es decir el corpus vacío no tiene ningún valor jurídico como puede ocurrir en el Civil, pues se requiere un animus manifiesto en su actitud de comportarse como propietario, ejerciendo actos posesorios estables y efectivos*[10].

Sin embargo, en cuanto al cerramiento de cercas, existe el interdicto de reposición de mojones que, como sostenemos, no es un interdicto posesorio, sino que protege los linderos de los fundos, ya estén en propiedad o en posesión, como lo demostraremos en otro artículo, y en cuanto al tener bajo su poder y voluntad una cosa, si se le niega al fundo el carácter de agrario, el problema sería la fijación de la competencia, es decir, si su conocimiento corresponde a un tribunal civil o a un tribunal agrario, incluso puede ser a un tribunal contencioso administrativo y civil de hacienda; pero la protección de la posesión sigue siendo la misma.

Se trata entonces de un problema de competencia y no de un problema de protección interdictal. Y, en cuanto a las servidumbres, tampoco encontramos ninguna protección especial que no se dé en las servidumbres civiles.

En otro excelente libro, *el Tratado de la posesión,* de Álvaro Mesa[11], tampoco se hace ninguna distinción en cuanto a la protección posesoria entre la agraria y la civil, ni lo hace el otro gran agrarista, Enrique Napoleón Ulate Chacón, en su libro *Manual de derecho agrario y justicia agraria*[12].

7. EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA ES IGUAL PARA LA POSESIÓN AGRARIA Y LA POSESIÓN CIVIL

¿Por qué se protege la posesión? Voy a resumir en lo posible las muchas teorías sobre el fundamento de la protección posesoria. Imposible agotarlas todas, ni siquiera sus grandes diferencias y matices. Empecemos, como siempre, por los romanistas clásicos: la de Federico Carlos de Savigny y la de Rudolf von Ihering. La primera concepción es atacada por Ihering, quien hace una división entre teorías relativas y teorías absolutas. Las primeras se denominan así, porque fijan la atención en la relación entre el despojante y el despojado. Las segundas fijan su atención en la posesión y solo en la posesión[13]. El primero

sostiene:

> *La mayor parte de los autores modernos han considerado en efecto más o menos explícitamente los interdictos como reivindicaciones provisorias […] Si las acciones posesorias no fuesen, pues, más que medios judiciales provisorios y relativos a la propiedad, su teoría quedaría resumida en estos principios: el que posee es considerado provisionalmente en virtud de una presunción general, como propietario: pero esta decisión que interviene en la reivindicación provisional (en el posesorio) puede lo mismo ser reformada o confirmada a consecuencia de un examen ulterior (en el petitorio). Cuán errónea es esta manera de ver […] Según acabamos de decir, el uso que se hace de los interdictos para preparar la reivindicación, puede ser en extremos frecuente; pero esta circunstancia es accidental y no puede ser tomada en consideración cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de estas acciones […]. Los interdictos posesorios son, pues, que no exigen pues el cumplimiento de ninguna otra condición más que la existencia de la posesión. Todos los interdictos se fundan sin excepción en el empleo de la violencia o en el ejercicio clandestino de la posesión o en el abuso de un precarium; la violencia puede hacer perder enteramente la posesión o solamente alterarla, y la simple alteración da lugar a interdictos diferentes […][14].*

IHERING combate esta concepción demostrando, en que no explica por qué se niega la protección al "*alieno nomine; porqué se niega protección a las cosas extra commercium ,[…] Que no se diga: el poseedor de una res extracommercium no tiene interés en la cosa, o comete una injusticia poseyéndola y la injusticia no puede ser protegida: porque se puede decir lo mismo del ladrón o del bandido., y sin embargo se les concede el interdicto posesorio*". Argumenta además que solo un interdicto el *unde vi* es materia de delito. Entre las opiniones absolutas cita la de STAHL, quien sostiene que la posesión como la propiedad, sirve el destino general del patrimonio. IHERING sostiene: "*La protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario*[15].

En los autores modernos, podemos observar que unas se refieren a que nadie puede hacerse justicia por su propia mano:

> *La posesión no es únicamente un hecho, no es solo una potestad de hecho, sino que este hecho, cuando va acompañado de una determinada dirección de la voluntad (la voluntad posesoria […]) apareja una protección jurídica. El poseedor está protegido mediante acción contra la inquietación y el despojo de la posesión. Así pues con los hechos, externos e internos, de la posesión se enlaza un derecho […] Así mismo la mera apariencia de la existencia de un derecho no carece de importancia. "es demasiado unilateral derivar todos aquellos efectos, como de un principio, de la apariencia del derecho, porque en la mayoría de los casos intervienen, o inclusos son decisivas otras razones totalmente diversas, especialmente las apremiantes necesidades del tráfico*[16] *[…]". Otras sobre el goce de las cosa: "La ley debe asegurar a los individuos el goce pacífico de los productos de su actividad*[17]*." Otras sobre la paz y así indican: "Por fuerza ha de surgir el fundamento de la protección de la posesión, de que esta necesidad sea conservada. La paz jurídica debe quedar protegida mientras -en el proceso oportuno de tipo ordinario- no se demuestre la injusticia. Mientras tanto es digna y merecedora de respeto*[18]*".*

De Diego Lora hace una distinción entre la paz general a que se refieren Ennecerus-Kipp-Woff y la paz jurídica y así señala: "*Esta paz general no es la paz jurídica a la que nosotros hacemos referencia. Ésta es solo la ordenación debida que discurre normalmente por sus cauces jurídicos. Su ruptura es ruptura del Derecho*[19]*".*

Otros explican para el mantenimiento de la producción: "*La posesión implica la actuación de la energía productora de una cosa o de un patrimonio o sea su normal disfrute. Esta actuación la considera favorablemente la ley en cuanto que, desde el punto de vista económico, es mucho más útil que la vacua titularidad del derecho*[20]".

Para otros, se protege la posesión como hecho para facilitar la carga de la prueba: Barbero manifiesta:

> *El poseedor "el poseedor-titular", cuando sea perturbado o despojado del ejercicio de su propio derecho, tiene por tanto dos órdenes de acciones: Tiene la acción petitoria, con la cual hace valer la titularidad del derecho, […] y tiene además la acción posesoria, en fundamento de la cual no tiene más que probar el hecho de la posesión, prueba mucho más fácil y que hace recaer sobre el contrario que se afirme titular contra su posesión, la carga de probar su propio derecho, pero ello en otro juicio, juicio petitorio […]" "Los hechos a comprobar en el juicio posesorio, son solamente la posesión y la ofensa a ella. Ahora bien, si la posesión, como dato de hecho, debe indagarse en el comportamiento de quien se afirma poseedor, sin consideración alguna en la existencia en él del derecho ejercitado, para comprobar la ofensa, debiendo esta revestir el carácter de contra ius, aparece a veces necesaria la indagación encaminada la indagación de un ius a la persona de la cual se afirma provenir la ofensa, toda vez que si ella tiene derecho, su comportamiento puede ser ofensivo. Así acaece frecuentemente, en materia de coposesión, donde el hecho de un condómino no excluye el hecho de otro, y ello no puede considerarse ofensa contra el primero*[21].

Como Hernández Gil explica, la posesión en realidad es un derecho de contenido fáctico. Así expresa "*Si se admite que en la posesión aparece muy marcado aparece muy marcado el poder inmediato y directo sobre la cosa ¿Por qué este poder inmediato y directo sobre la cosa porque no considerarle como un elemento del derecho real?*[22] .

En otras palabras, la posesión de una cosa, llámase fundo sin cultivar, posesión civil, protegido por los interdictos o cultivado, posesión agraria o de una de las instituciones del Estado como el caso citado el ICE, la posesión interdictal es la misma. No existe un mayor o un menor derecho a la protección interdictal que podamos indicar que tiene la posesión agraria sobre la posesión civil. Es cierto que quien ha cultivado tiene un derecho de contenido fáctico más fácil de demostrar; pero esta facilidad de prueba no cambia el derecho a la protección interdictal.

CONCLUSIÓN.

Como puede observarse no existe ninguna teoría sobre porqué se protege la posesión en forma general que permita sostener que la protección de la posesión agraria tiene una singularidad especial que tenga diferencia sustancial sobre sobre las perturbaciones y despojos que se realizan los perturbadores y despojantes sobre bienes no agrarios.

El despojo que realiza los ladrones y usurpadores si tienen una protección especial al ser delito sancionados por la ley.

En la excelente resolución que hemos citado del Tribunal Agrario si se hace una diferencia entre los que es posesión agraria y posesión civil, pero no para llegar a una conclusión de una diferente protección, prueba de ello es que en cuanto a la protección posesoria se fundamenta artículos del Código Procesal Civil y en el Código Civil.

El nuevo Código Procesal Civil vigente si excluye expresamente los actos de perturbación y despojo provenientes de decisiones judiciales o administrativas pero esta disposición tendrá que ser objeto de otro artículo.

BIBLIOGRAFÍA

MOMMSEN, Theodor, Historia de Roma de la Fundación a la República. Trad. de A. García Moreno, Ed. Aguilar, Madrid, 1956.

ARANGIO-RUIZ, Vicenzo, Ed. Instituciones de Derecho Romano, Ed. de Palma, Buenos Aires, 1973

BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho Romano. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944-.

GUTIERREZ ALVIS, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Ed. Reus, Madrid, 1948.

IHERING, Rodolfo Von. La Teoría de la Posesión. Traducción de Adolfo Posada. Madrid. Hijos de Reus, Editores. 1912.

MESA LÁZARUS, ÁLVARO JOSÉ, Tratado de la Posesión, Ed. Isolma, San José 2012.

ULATE CHACÓN, Enrique. Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria, San José, C. R. CABBALSA, 2009.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. Derecho Agrario Contemporáneo, Curitiba Juruá Editora, Brasil, 2013.

BARBERO, Dominico, Sistema del Derecho Privado, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1967.

M. F. SAVIGNY, Tratado de la Posesión. , Editorial Comares, S. L. Granada 2005, (Base en la edición de Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, sin nombre del traductor.)

ENNECCERUS, Ludwig, Derecho Civil. Trad. Blas Pérez González y José Alguer, Segunda Edición. Editorial BOSCH, Barcelona, 1953.

HERNANDEZ GIL, Antonio, La Posesión, Editorial Civitas, S. A. Madrid 1980.

El Digesto de Justiniano. Versión castellana por A. Dors. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1975.

Notas al pie

1. MOMMSEN, Theodor. (1956). Historia de Roma de la fundación a la República. Trad. de A. García Moreno, Madrid: Ed. Aguilar, p. 949.
2. La yugada tenía una extensión de 60,457 hectáreas. MOMMSEN, op. cit., p. 947.
3. MOMMSEN, op. cit., p. 946.
4. MOMMSEN, op. cit., p. 959.
5. Podemos citar entre ellas, Lex Agraria 643, de la era romana (111 ac.) en época de Tiberio Graco, quien propugnó la distribución como ager divisus et asignatus. Esto dio lugar a que se multiplicaran luego las asignaciones por nuevas leyes. ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. (1973). Instituciones de derecho romano. Buenos Aires: Ed. Palma. p. 205. Como son la Lex Antonia Agraria, la Lex Appuleia Agraria, etc.
   La lex repetundarum o indiciaria, estaba escrita en uno de los dos lados;la lex agraria en el otro, se cree que esta es una de las últimas leyes que tenían por fin destruir leyes agrarias de los Gracos, que dio Cayo <Julio>Cesar, que establecía una pena pecuniaria para el que corriera los mojones. La ley agraria que dio Nerva, contra el esclavo que lo hiciera sin conocimiento del dueño, salvo que el dueño pague la multa, los que alteren el aspecto del terreno para confundir lo límites. (D.47.21.3) BONFANTE, Pietro. (1944). Historia del derecho romano. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 276. La Lex Iulia Agraria del año 58 a. de J. C. , Lex Iulia Agraria del año 58 A. C. Bonfante, op. cit. p. 281. Lex Thoria Agraria que otorgó la propiedad privada del ager publicus, y suprimió el canon, (C. I.L 200. Bruns 73). Citada por GUTIÉRREZ ALVIS, Faustino. (1948). Diccionario de derecho romano. Madrid: Ed. Reus Decretum L. Aemili Pauli Hispaniae ulterioris proconsulis. Año 189 d. de J. C. Placa de bronce descubierta cerca de Cadiz, en 1866, actualmente en París. Declara libres e investidos de la propiedad (habere possidere) de las tierras que están siendo objeto de cultivo por ellos a los vasallos de los hasstenses (Betica). BONFANTE. P. op. cit., p. 295. etc.
6. IHERING, Rodolfo Von. (1912). La teoría de la posesión. Traducción de Adolfo Posada. Madrid: Hijos de Reus, Editores, p. 3.
7. Véase ULATE CHACÓN, Napoleón Enrique. (2009). Manual de derecho agrario y justicia agraria. San José, C. R. CABBALSA, p. 197.
8. Artículo 1.-
9. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 153 de la Constitución Política, créase la jurisdicción agraria, como función especial del Poder Judicial, a la que corresponderá, en forma exclusiva, conocer y resolver definitivamente sobre los conflictos que se susciten, con motivo de la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.
   Artículo 2.-
   Corresponde a los tribunales agrarios conocer:
   a) De los juicios reivindicatorios o posesorios, en que sean parte uno o varios trabajadores de la tierra, o grupos de éstos organizados por el Instituto correspondiente, así como de las causas por usurpación y daños de citación directa.
   b) De los interdictos, cuando éstos se refieran a predios rústicos y a diligencias de deslinde y amojonamiento, así como de los desahucios relativos a los mismos bienes.
   c) De las participaciones hereditarias, de la localización de derechos pro indivisos y de las divisiones materiales, cuando se refieran a los bienes adjudicados por el Instituto correspondiente, o sean derivados de éstos.
   ch) Inciso derogado mediante Ley No. 7495 de 3 de mayo de 1995.
   Alcance No. 20 a LG# 110 de 8 de junio de 1995.
   d) De las informaciones posesorias sobre terrenos rústicos.
   e) De las acciones relativas a contratos de aparcería rural, esquilmo, arrendamiento o préstamo gratuito de tierras.
   f) En grado y en forma definitiva, de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto correspondiente.
   g) Del ejercicio de la jurisdicción disciplinaria sobre funcionarios, empleados, auxiliares y litigantes, con arreglo a las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
   h) De todo lo relativo a los actos y contratos en que sea parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas.

10. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo. (2013). Derecho agrario contemporáneo. Curitiba Juruá Editora, pp. 228 y ss.
11. ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo, op. cit., p. 235.
12. MESA LÁZARUS, ÁLVARO JOSÉ. (2012). Tratado de la posesión. San José: Ed. Isolma, pp. 27 y ss.
13. ULATE CHACÓN, Enrique Napoleón. (2009). Manual de derecho agrario y justicia agraria. San José C. R.: Ed. Cabalsa, pp. 196 y ss.
14. En la actualidad, no sé si por razones de traducción, hablaríamos más bien de una teoría subjetiva y una teoría objetiva.
15. M. F. SAVIGNY. (2005) Tratado de la posesión. Granada: Editorial Comares, S. L. pp. 245, 247. Base en la edición de Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, sin nombre del traductor.
16. HERING, Rodolfo. (1912). La teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria, Madrid, HIJOS DE REUS, EDITORES, p. 56. Traducción de ADOLFO POSADA.
17. ENNECCERUS, Ludwig. (1953). Derecho civil. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. Segunda Edición. Barcelona: Editorial BOSCH, vol. pp. 309 y ss.
18. DE DIEGO LORA, Carmelo. (1962). La posesión y los procesos posesorios. Madrid: Ediciones Rialp, S. A., vol. I, p. 136.
19. DE DIEGO LORA, op. cit., p. 138.
20. BARASSI cit. por De Diego, p. 137.
21. BARBERO, Dominico. (1967). Sistema del derecho privado. T. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 400 y ss.
22. HERNANDEZ GIL, Antonio. (1980). La posesión. Madrid: Editorial Civitas, S. A., p. 61.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 23-29 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN LOS PUESTOS DE MAGISTRADA TITULAR Y SUPLENTE EN EL PODER JUDICIAL COSTARRICENSE

M. Sc. Xinia Fernández Vargas*
xfernandezv@Poder-Judicial.go.cr

M. Sc. Patricia Rivera Sandoval**
privera@poder-judicial.go.cr

RESUMEN:

Este artículo describe los datos existentes sobre la designación de mujeres y hombres en los puestos de magistraturas titulares y suplentes. Pone en evidencia cómo, a lo largo de la historia del Poder Judicial, la participación de las mujeres en los puestos de mayor jerarquía ha sido muy escasa, lo que refleja la persistencia, aún en nuestra época, de patrones socioculturales que mantienen la discriminación y la exclusión de las mujeres

PALABRAS CLAVES*: mujeres, hombres, magistratura, jerarquía, patrones culturales, discriminación, exclusión.*

ABSTRACT:

The following paper describes the existing data on the designation of women and men in positions of tenured and substitute magistrates. It aims to highlight the way in which, throughout the Supreme Court's history, the participation of women in positions of higher hierarchy has been rather scarce; which undoubtedly shows persistence, even nowadays, of cultural patterns associated with discrimination and exclusion of women in public spaces.

KEYWORDS*: women, men, incumbents, substitutes, hierarchy, cultural patterns, discrimination, exclusion.*

Recibido 5 noviembre 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* M.Sc. en Trabajo Social. Jefa a.i de la Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia del Poder Judicial. Labora en la institución desde hace 25 años. Docente en la Escuela de Trabajo Social de la UCR.

** Licenciada en Psicología, con Maestría en Psicología Clínica y de la Salud Mental. Profesional 2, a.i. Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia

Mientras la discriminación y la falta de equidad de género se mantengan, aún cuando se vayan abriendo espacios o exista una voluntad política para avanzar hacia una igualdad de oportunidades, se necesita un cambio social y cultural profundo que elimine los mecanismos que generan y reproducen esa discriminación. (Díaz Flores, Cecilia, p. 35).

Este artículo tiene el propósito de compartir información referida a la cantidad de mujeres que han sido electas por la Asamblea Legislativa como magistradas propietarias en las distintas salas y sobre aquellas designadas por ese mismo poder de la República como magistradas suplentes.

Las primeras son mujeres que han postulado sus nombres directamente ante el órgano legislativo cuando existe una vacante, y las segundas lo han hecho ante la Corte Plena, instancia que remite a la Asamblea un listado de posibles personas suplentes que, como el término lo indica, sustituyen a quienes ocupan en propiedad esos cargos cuando se ausentan por razones diversas.

Consideramos de gran relevancia visibilizar la muy reciente incorporación de mujeres (considerando los años de existencia de esta instancia) al más alto órgano con que el Poder Judicial cuenta, la Corte Plena, pues justamente el tiempo transcurrido desde la creación de este poder y el escaso número de mujeres que han ocupado esos cargos reflejan con toda claridad los patrones socioculturales derivados de un modelo de sociedad que histórica y sistemáticamente excluye a la mujeres de los puestos de alto nivel en la toma de decisiones y en el gobierno institucional.

El derecho de las mujeres a la participación política, en el sentido amplio señalado en el párrafo primero de este artículo, comprende también construcciones socioculturales: el ejercicio del derecho a participar en los asuntos políticos, lo que incluye la posibilidad de elegir y ser electas, ha demandado a las mujeres un largo recorrido de luchas y reivindicaciones. El logro pleno de este derecho plantea retos que aún se mantienen vigentes a pesar de los logros alcanzados, pues ha sido un proceso lento y lleno de obstáculos, como ejemplo la larga lucha por el derecho al voto, tanto en nuestro país como en la mayoría de los países del mundo. (INAMU, 2015).

Reconocer a las mujeres como sujetas políticas con la posibilidad de una participación activa en el ámbito público, con capacidad y legitimidad para participar en la toma de decisiones que afectan a quienes conforman la sociedad requiere eliminar la discriminación y garantizar el acceso en condiciones de igualdad a los distintos puestos de alto nivel, en todos los órganos del Estado y dentro de cada uno de ellos. La poca presencia de mujeres o la ausencia de ellas conforme sean más altos los puestos es lo que se denomina "segregación vertical":

La segregación vertical se manifiesta en la escasa presencia de mujeres en los puestos directivos y de administración de las empresas. La discriminación vertical, se expresa mediante el llamado "techo de cristal", que impide el acceso de las mujeres a los puestos de mayor responsabilidad y de toma de decisiones.http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/europa/introduccion/segrsexual.htm

El motivo que explica la desigualdad de género en las instituciones, las empresas o la política es el llamado "techo de cristal", una metáfora que se usa para referirse a las barreras invisibles con que las mujeres topan a la hora de abrirse paso en su carrera profesional e ir progresando hacia puestos de mayor responsabilidad.

La infravaloración tradicional del trabajo de las mujeres hace que ellas necesiten de más esfuerzos para estar igual de legitimadas, llegando, en no pocas oportunidades, a estar sobrecalificadas para los puestos que desempeñan.

Todos estos aspectos reducen significativamente sus oportunidades de acceso a puestos de alto nivel que, además, se traducen en diferencias significativas en los ingresos (brecha salarial),

disminuyen la condición económica y social de las mujeres, perpetuando las desigualdades entre hombres y mujeres de una generación a otra, sobre las cuales hay que actuar expresamente, pues no se erradicarán por sí solas. https://generoyeconomia.wordpress.com/2017/04/28/la-segregacion-laboral-por-razon-de-genero/

La desigualdad en el acceso efectivo a los puestos de magistratura y magistratura suplente en el Poder Judicial

Cada 1° de octubre, se conmemora la creación del Poder Judicial costarricense, el cual recientemente cumplió 192 años de existencia. La historia institucional da cuenta de cómo la segregación vertical también es parte del quehacer institucional. Como Arias Madrigal lo señala:

> *[…] el ingreso de las mujeres a los más altos cargos de la judicatura ha sido restringido y lento, no es hasta 1976 que se nombra a la primera magistrada suplente, puesto que recayó en la Licda. Ana María Breedy Jalet. La primera magistrada titular es nombrada en 1984, puesto que ocupó la Dra. Dora Guzmán Zanetti cuya designación fue secundada en 1989 por la Licda. Zarela Villanueva. Al pensionarse la Dra. Guzmán, su vacante fue ocupada por un hombre…hasta en 1993 se nombra a Ana Virginia Calzada Miranda en la Sala Constitucional […] (p.150).*

Los resultados de la investigación citada dan cuenta de cómo la segregación vertical impacta negativamente la presencia de mujeres no solo en el más alto nivel de la institución, sino también en otros ámbitos, alejándose de la aspiración por la paridad que se ha venido planteando desde hace varios años a nivel mundial y nacional, como una deuda necesaria de saldar con las mujeres.

La búsqueda de la paridad tiene como punto de partida el reconocimiento de las condiciones estructurales de desigualdad y exclusión que viven las mujeres y se plantea como una medida para garantizar el principio de igualdad y contar con la perspectiva de las mujeres en la conducción de la vida política e institucional (op. cit., 213).

Las dificultades que las mujeres enfrentan para ocupar puestos de jefatura, coordinación o cualquiera otro que signifique no solo una mejor posición en el escalafón laboral con mejores ingresos y mayores posibilidades de influenciar las políticas institucionales desde esos puestos tienen su explicación en las muchas formas de discriminación estructural que viven las mujeres, siendo el trabajo asalariado una de las áreas donde se refleja esta situación con mayor claridad.

Otro elemento fundamental que incide es la invisibilización del trabajo doméstico y de cuido como cargas que siguen estando mayoritariamente en las espaldas de las mujeres y que efectivamente obstaculizan o limitan sus posibilidades de optar por puestos de alto nivel, aun cuando cuenten con los requisitos y la experiencia. En las conclusiones del estudio realizado por Fernández y Lugo (2013), se plantea:

> *Esas dobles y hasta triples jornadas laborales impiden, no sólo que se postulen a puestos de jerarquía, que como lo han evidenciado otras investigaciones, significan una mayor exigencia de tiempo y energía, sino que tiene efectos directos en las posibilidades de que las mujeres puedan continuar estudios de postgrado u otras actividades que les permita ser competitivas respecto a los varones u otras mujeres que no tienen esas responsabilidades.*

La información con que se cuenta es clara y contundente respecto a las limitaciones estructurales que tienen las mujeres para ocupar puestos de alto rango en la carrera judicial, también lo es respecto a que los cargos de magistratura sean como titulares o como suplentes.

El reto es de qué forma, reconociendo esa desventaja que se deriva de la sola condición de ser mujeres, la institución y el Estado pueden desarrollar acciones afirmativas que les permitan a quienes cuentan con la idoneidad requerida acceder de manera efectiva a cargos de alto nivel. El *Segundo estado de los derechos humanos de las mujeres* lo resume muy bien (2015: 255):

> *[…] se requieren mecanismos para cumplir con los mandatos internacionales de garantizar la participación paritaria en toda la gestión pública, por cuento esas instancias son fundamentales en la definición e impulso de políticas públicas para el desarrollo del país en donde se hace necesario que se incluya la visión, necesidades e intereses de las mujeres y su perspectiva en el manejo de temas más amplios.*

En los siguientes cuadros, presentamos la información disponible al 29 de agosto de 2018 respecto a las magistradas titulares y suplentes.

Magistradas titulares

Nombre de la magistrada titular	Año	Sala
Dora María Guzmán Zanetti	1984-1987	Sala Tercera
Zarela Villanueva Monge	1989-2017	Sala Segunda
Ana Virginia Calzada Miranda	1993-2013	Sala Constitucional
Anabelle León Feoli	1995-2013	Sala Primera
Julia Varela Araya	1999-2018	Sala Segunda
Carmenmaría Escoto Fernández	2003-2019	Sala Primera
Eva María Camacho Vargas	2009-2017	Sala Segunda
Magda Villalobos Pereira	2005-2015	Sala Tercera
Doris Arias Madrigal	2010-2018	Sala Tercera
Iris Rocío Rojas Morales	2011-2022	Sala Primera
Nancy Hernández López	2013-2021	Sala Constitucional

Fuente: Elaborado por Patricia Rivera Sandoval con datos proporcionados por la Secretaría General de la Corte al 29 de agosto 2018.

Magistradas suplentes

Nombre de la magistrada suplente	Año	Sala
Ana María Breedy Jalet	1975-2002	Sala Primera, Sala Segunda, Sala Tercera, Sala Constitucional
Anabelle León Feoli	1995-1999	Sala Primera
María de los Ángeles Soto Gamboa	1995-2001	Sala Segunda
Susana Castro Alpízar	1998-2001	Sala Constitucional
María Antonieta Sáenz Elizondo	1999-2003	Sala Primera
Elvia Elena Vargas Rodríguez	1999-2003	Sala Primera
Elsa Grettel Ortiz Álvarez	1999-2003	Sala Segunda
Teresita Rodríguez Arroyo	2001-2013	Sala Constitucional
Eva María Camacho Vargas	2003-2009	Sala Segunda
Ana Luisa Meseguer Monge	2003-2011	Sala Segunda
Stela Bresciani Quirós	2003-2008	Sala Primera

Damaris Vargas Vásquez	2003-2017	Sala Primera
Cristina Víquez Cerdas	2003-2007	Sala Primera
María Lourdes Echandi Guardián	2003-2007	Sala Primera
María del Rocío Carro Hernández	2003-2014	Sala Segunda
Jeannette Castillo Mesén	2003-2010	Sala Tercera
Rosario Fernández Vindas	2003-2007	Sala Tercera
María Elena Gómez Cortés	2003-2018	Sala Tercera
Rosa María Abdelnour Granados	2003-2017	Sala Constitucional
Margoth Rojas Pérez	2004-2011	Sala Primera
Ana Eugenia Sáenz Fernández	2005-2007	Sala Tercera
Ana Eugenia Salazar Sáenz	2005-2011	Sala Tercera
Marta María Vinocour Fornieri	2005-2009	Sala Constitucional
Roxana Salazar Cambronero	2005-2013	Sala Constitucional
Ana Isabel Vargas Vargas	2007-2017	Sala Primera
Silvia Fernández Brenes	2007-2013	Sala Primera
Ana María Trejos Zamora	2007-2011	Sala Segunda
María Alexandra Bogantes Rodríguez	2007-2019	Sala Segunda
Liliana García Vargas	2007-2011	Sala Tercera
Jenny Quirós Camacho	2007-2011	Sala Tercera
Rosa Esmeralda Blanco Matamoros	2007-2011	Sala Constitucional
Aracely Pacheco Salazar	2007-2017	Sala Constitucional
Milagros Rojas Espinoza	2011-2019	Sala Segunda
Flora Marcela Allón Zúñiga	2011-2019	Sala Segunda
Rosibel López Madrigal	2011-2020	Sala Tercera
Sandra Zúñiga Morales	2011-2020	Sala Tercera
Ana María Picado Brenes	2011-2021	Sala Constitucional
Yerma Campos Calvo	2011-2017	Sala Constitucional
Alicia Salas Torres	2013-2021	Sala Constitucional
Lupita Chaves Cervantes	2013-2017	Sala Primera
Anamari Garro Vargas	2013-2021	Sala Constitucional
Maureen Roxana Solís Madrigal	2015-2019	Sala Segunda
Maribel Seing Murillo	2017-2021	Sala Primera
Jazmín Aragón Cambronero	2017-2021	Sala Primera
María Lucila Monge Pizarro	2017-2021	Sala Constitucional
Ileana Isabel Sánchez Navarro	2017-2021	Sala Constitucional
Marta Esquivel Rodríguez	2018-2021	Sala Constitucional

Fuente: *elaborado por Patricia Rivera Sandoval con datos proporcionados por la Secretaría General de la Corte al 29 agosto de 2018.*

Con el objetivo de ilustrar la persistencia histórica de la desigualdad en la participación de las mujeres, con los datos disponibles, se tomó el periodo que va de 1950 a 2018 (68 años) para identificar el número de magistrados y magistradas suplentes de ese periodo: 233 hombres y 47 mujeres. Se debe aclarar que, desde 1826 hasta 1975, es decir, durante 149 años, solo hubo hombres como suplentes.

Los datos consignados permiten sacar algunas conclusiones respecto a la incorporación de las mujeres en la Corte Suprema de Justicia, el más alto órgano con que cuenta el Poder Judicial:

El Poder Judicial fue creado en 1826; el 1° de octubre de 2018, cumplió 192 años.

158 años después de su creación, en 1984, se nombró a la primera magistrada titular en la Sala Tercera, la Dra. Dora Guzmán Zanetti.

Desde 1984, año del nombramiento de la magistrada Guzmán Zanetti hasta el 2013, cuando se nombró a la última magistrada titular, Nancy Hernández López, la Asamblea Legislativa ha nombrado a 11 mujeres en las distintas salas. En tanto, de 1983 al 2016, cuando se eligió a los últimos magistrados titulares, la Asamblea Legislativa nombró a 61 hombres. En este periodo, se ha nombrado a 5.5 magistrados por cada magistrada.

A octubre del 2018, solo hay cuatro magistradas titulares, pues doña Dora Guzmán renunció a su puesto en 1989 y, en los últimos cinco años, seis de ellas se jubilaron. Esto representa el 18.18% de los puestos de la magistratura.

Otra evidencia clara de la poca representación de las mujeres en los puestos de alto nivel es que, durante 192 años, la Corte Suprema de Justicia ha sido presidida por 63 hombres, incluyendo al actual presidente, don Fernando Cruz Castro. Solamente una mujer ha ocupado ese cargo: la magistrada Zarela Villanueva Monge.

Durante ese periodo, casi dos siglos, solo tres mujeres han sido electas como presidentas de sala: la magistrada Anabelle León Feoli en la Sala I (2003 al 2013, año de su jubilación), la magistrada Ana Virginia Calzada Miranda en la Sala Constitucional (2008 al 2013 cuando se jubiló) y la magistrada Doris María Arias Madrigal en la Sala de Casación Penal (junio de 2017 hasta su jubilación en el 2018). Solo en los últimos 35 años, 22 hombres han presidido las distintas salas.

2011-2013 fue el periodo en que coincidió la mayor cantidad de magistradas titulares: ocho

Respecto a las magistradas suplentes, 149 años después de creado el Poder Judicial costarricense, en 1975, se nombró a la primera de ellas, Ana María Breedy Jalet, quien durante 20 años fue la única mujer en ocupar ese cargo.

A partir de ese año al 29 de agosto de 2018, la Asamblea Legislativa ha nombrado a 47 magistradas suplentes. A la fecha señalada, 15 estaban activas en la "lista de personas suplentes"; el resto concluyó su periodo, no fueron reelectas o se jubilaron; dos de ellas como magistradas titulares.

Algunas conclusiones

Desde que la Corte Plena conformó la Comisión de Género en el 2001, creó la Secretaría Técnica de Género en el 2003 y aprobó la "política para la igualdad de género". En el 2005, se lograron incorporar la perspectiva y el análisis de género no solo a las situaciones propias de la estructura y el funcionamiento institucional, sino también a la forma en que se presta el servicio.

Esta perspectiva ha permitido visibilizar las múltiples formas en que se expresan la violencia, la discriminación y la desigualdad que históricamente han afectado a las mujeres. El propósito es poner en evidencia cómo tales condiciones tienen consecuencias negativas para las mujeres, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren.

Un ejemplo de lo anterior es la escasa participación que, en 192 años de existencia del Poder Judicial, las mujeres han tenido en los puestos de más alto nivel dentro de la jerarquía institucional: magistradas titulares y suplentes.

No hay duda de que las posibilidades efectivas que las mujeres han tenido de optar por esos puestos van más allá de su voluntad, formación académica y experiencia. Topan de frente con una cultura machista que se evidencia no solo en el órgano que elige esos puestos, la Asamblea Legislativa, sino también tiene un reflejo dentro del Poder Judicial, al ser la Corte Plena la que remite a la Asamblea los nombres de las personas propuestas como suplentes y elige a quien ocupa la Presidencia de ese órgano, y quienes integran las salas escogen entre sus integrantes a la persona que las presidirá.

Las cifras no dejan lugar a dudas de lo lejos que estamos en el logro de la paridad en la conformación de la Corte Plena. La búsqueda de mecanismos que permitan no solo la participación de las mujeres, sino también que los órganos decisores las elijan pasa por una larga lucha de la Secretaría Técnica de Género del Poder Judicial y la Asociación de Juezas para que se reconozcan, a partir de decisiones concretas, la formación y las capacidades de muchas mujeres con largas y reconocidas trayectorias para que ocupen estos cargos.

El Poder Judicial costarricense goza de un amplio reconocimiento a nivel nacional e internacional, en la búsqueda de la igualdad y la equidad entre hombres y mujeres. No obstante, sigue pendiente la definición de medidas afirmativas para impulsar la participación y el nombramiento de mujeres en puestos de toma de decisiones en todos sus ámbitos. No basta con el enunciado del compromiso, eso debe reflejarse en las decisiones que se toman, pues está demostrado de manera reiterada que ese cambio no se dará espontáneamente.

Si bien es otro poder de la República el encargado de elegir a las personas que ocuparán los cargos de magistraturas titulares y suplentes, resulta evidente que allí también han prevalecido estereotipos y prácticas misóginas que sostienen la división sexual del trabajo, la subordinación, la invisibilidad, los prejuicios y la exclusión de las mujeres de los puestos de mayor jerarquía (op. cit., 256).

Debe reconocerse que el logro de la paridad (como un mínimo en la participación de las mujeres) tiene implicaciones positivas no solo para ellas, sino también para la institucionalidad y el fortalecimiento de la democracia costarricense. Debemos avanzar en la construcción de una cultura política favorable a la igualdad y debemos acercar cada vez más los discursos a la práctica.

Referencias bibliográficas

Arias M. Doris. (s.f.). *La carrera judicial en Costa Rica: un diagnóstico con perspectiva de género*. Comisión de Género-Secretaría Técnica de Género. Costa Rica: Poder Judicial.

Díaz F. Cecilia. (2006). *Pensar la cultura política desde las mujeres.* Costa Rica: Centro de Estudios y Publicaciones Alforja.

Fernández V. Xinia. y Lugo S. Graciela. (2013). *Estudio de opinión acerca de las razones por las cuales las mujeres no concursan en puestos de magistratura suplente, Fiscalía General, Dirección del Organismo de Investigación Judicial y Defensa Pública.* Secretaría Técnica de Género y Dirección de Planificación. Costa Rica: Poder Judicial.

INAMU. (2015). Segundo *estado de los derechos humanos de las mujeres*. I edición. Costa Rica: Instituto Nacional de las Mujeres.

Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia. (2018). *Listado de magistradas y magistrados, titulares y suplentes*. Sección Archivo. Agosto-septiembre, Costa Rica: Poder Judicial.

https://generoyeconomia.wordpress.com/2017/04/28/la-segregacion-laboral-por-razon-de-genero/ Consultado el 18 de octubre de 2018.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 31-53 ISSN 2215-2377 / junio 2019

APROXIMACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Dr. Víctor Orozco Solano
victorozcocr@gmail.com

RESUMEN:

En el presente trabajo se pretenden analizar los componentes del parámetro de regularidad constitucional en los ordenamientos jurídicos francés y costarricense. En el caso particular del sistema de justicia constitucional costarricense, se analizan, con detalle, el nuevo paradigma del control de convencionalidad y sus implicaciones sobre ese parámetro.

PALABRAS CLAVE: *parámetro de constitucionalidad, control de convencionalidad, sistema de justicia constitucional costarricense, sistema de justicia constitucional francés.*

ABSTRACT:

This paper aims to analyze the components of the parameter of constitutional regularity in the French and Costa Rican legal systems. In the particular case of the Costa Rican constitutional justice system, the new paradigm of conventionality control and its implications on this parameter are analyzed in detail.

KEYWORDS: *constitutionality parameter, conventionality control, Costa Rican constitutional justice system, French constitutional justice system.*

Recibido 28 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica, juez contencioso administrativo.

Sumario: I.- Introducción. **II.-** Sobre el bloque de constitucionalidad: concepto, significado y contenidos. **III.** El origen del bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen en el sistema francés. **1.** El articulado de la Constitución de 1958. **2.** El Preámbulo de la Constitución de 1958. **3.** La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. **4.** El Preámbulo de la Constitución de 1946. **5.** Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. **6.** Los principios generales del derecho de valor constitucional. **IV.-** El bloque de constitucionalidad y su recepción en el sistema de justicia constitucional costarricense. **1.** La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. **2.** Las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes. **3.** Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. **V.-** Conclusiones. **VI.-** Bibliografía.

1. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es analizar el reconocimiento efectivo del carácter normativo y supremo de la Constitución, así como las normas que componen el bloque de regularidad constitucional y convencional en el sistema de justicia constitucional costarricense. Lo anterior también nos obliga a realizar algunos comentarios sobre el origen de esta institución, el cual corresponde a la tradición jurídica francesa (en cuanto al bloque de constitucionalidad) y la manera en que, con posterioridad, fue receptado por el ordenamiento jurídico costarricense, señalándose además qué normas lo integran en cada sistema.

2. Sobre el bloque de constitucionalidad: concepto, significado y contenidos

En esta oportunidad, se analizan el origen del bloque de constitucionalidad, así como las normas que lo integran en el ordenamiento jurídico francés, y cuáles son las normas utilizadas por los jueces y las juezas constitucionales para determinar si una norma es conforme con el derecho de la Constitución o no (que como se profundizará en el último capítulo, en la tradición jurídica costarricense justamente se corresponde con el bloque de constitucionalidad y que incluye, sin duda alguna, al derecho internacional sobre los derechos humanos).

Sobre lo anterior y, en términos similares al caso de los preceptos que componen la norma constitucional, es preciso insistir sobre el carácter normativo y exigible de las normas que, en cada ordenamiento jurídico, se corresponden con el bloque de constitucionalidad, así como al hecho de que, como en el caso de las normas constitucionales, suponen la existencia de limitaciones y controles al ejercicio del poder. Así, en el caso particular de la Constitución, Aragón ha señalado:

> *al margen de todo tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se realice, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en tras palabras, si la Constitución es norma y no un mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma*[1].

Pero la Constitución Política no solo es una norma jurídica (es decir, un instrumento normativo de control de poder), sino también es suprema y, como

se ha insistido a lo largo de esta investigación, está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico. Por este motivo, ha sido dotada de mecanismos jurídicos y políticos para su defensa, los cuales no son equiparables, teniendo en cuenta que los controles jurídicos de la Constitución se originan a partir del reconocimiento de la existencia de un parámetro objetivo de valoración de todo el ordenamiento infraconstitucional (así como de los actos y las omisiones de los poderes públicos) que normalmente componen el texto de la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Así tratándose del control jurídico de constitucionalidad (que utiliza como parámetro objetivo de enjuiciamiento de todo el ordenamiento constitucional el bloque de constitucionalidad), la actividad del órgano de justicia constitucional no es libre ni arbitraria, sino sometida a la norma básica, imputable a esta. Desde allí, explica Fernández Rodríguez:

> *[…] los tribunales constitucionales suelen adoptar una postura que alarga los principios que recoge la Norma Fundamental, en especial a lo que atañe a los derechos y libertades. Tras períodos de una observancia estricta del texto constitucional, desde hace unos años los tribunales constitucionales han procedido a incidir en el sentido de una serie de principios antes ms indeterminados y ahora de destacada importancia para examinar las leyes sometidas a control. Aludimos, por ejemplo, al principio de proporcionalidad o de racionalidad*[2].

De acuerdo con el mismo autor, un ejemplo de lo anterior es Bélgica, en cuyo sistema jurídico a la inicial limitación de las normas que integraban el parámetro de control de constitucionalidad (es decir, los artículos de la Constitución relativos al reparto de competencias entre el Estado, las comunidades y las regiones) fueron adicionados el principio de igualdad, la interdicción de la discriminación y la libertad de enseñanza, en virtud de una reforma en 1988.

En Costa Rica, como lo hemos adelantado, en el artículo 10 de la Constitución Política, se ha encomendado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la competencia de juzgar la conformidad de todo el ordenamiento infraconstitucional con respecto a la Constitución y al bloque de constitucionalidad[3].

A continuación, se analizarán las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad, cuyo origen puede ser encontrado en el sistema francés, no sin antes repasar las normas que lo integran en cada ordenamiento jurídico.

3. El origen del bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen en el sistema francés

De acuerdo con Fernández Rodríguez, el término bloque de constitucionalidad fue introducido por la doctrina francesa en los años setenta del siglo XX, para referirse a lo que el Consejo de Constitucionalidad francés[4] ha denominado "*principios y reglas de valor constitucional*".

Así en su jurisprudencia, el Consejo Constitucional reconoce todas las implicaciones del concepto sin utilizarlo expresamente[5]. Se trata entonces de un conjunto normativo

> *que sirve de parámetro de referencia que engloba, al margen de la vigente Constitución de 1958, el Preámbulo de la misma Constitución y, con él, por el hecho de que se cita en el mismo, la revolucionaria Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la anterior Constitución, la de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 1946*[6].

De esta manera, aunque en un inicio se pensaba que el Consejo Constitucional realizaría el control de constitucionalidad de manera marginal, ante la inexistencia de un parámetro de constitucionalidad suficientemente amplio,

como para permitir al Consejo el desempeño de su función (en la medida en que el texto fundamental no poseía una parte dogmática de reconocimiento de derechos y libertades públicas), con posterioridad el Consejo desmintió esas previsiones iniciales al extender de manera considerable el parámetro y elaborar los cimentos de lo que luego la doctrina denominó bloque de constitucionalidad, lo cual trascendió las fronteras francesas (como se verá más adelante) para ser utilizado de manera regular en la teoría general del derecho constitucional[7].

Cabe mencionar, siguiendo a Roussillon, que la expresión bloque de constitucionalidad estrictamente proviene del derecho administrativo y, en concreto, del bloque de legalidad, el cual es bien conocido en las cuestiones administrativas[8].

Al respecto, Requejo Rodríguez sostiene que la doctrina francesa no hizo sino adaptar al ámbito constitucional el concepto administrativo de "*bloque de legalidad*" y actualizar la noción de "*supralegalidad constitucional*" ya presente en la obra de Hauriou.

En este sentido, el primero se refería al parámetro utilizado por el Consejo de Estado francés

> *para determinar la legalidad de los actos administrativos (ley, reglamentos, jurisprudencia) la segunda alude a una serie de principios que, sin estar recogidos en la Constitución vigente y sin existir siquiera una remisión en su favor, vinculan a las normas infra-constitucionales y al propio texto constitucional. La supralegalidad constitucional operará, de este modo, no sólo como criterio de validez de normas legales sino también como parámetro de una reforma constitucional que será invalidada por el órgano competente, a semejanza de lo que venían realizando el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, si pretendiera revisar los principios que, de manera tácita o expresa, integran esa ilegitimidad constitucional*[9].

De este modo, de acuerdo con Favoreu, el bloque de legalidad permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponían a la Administración en razón del principio de legalidad y que no compartían, ciertamente, la misma situación que las primeras, en la medida en que algunas poseían un origen jurisprudencial, particularmente las referidas a los principios generales del derecho.

A partir de allí, la doctrina francesa ha desarrollado la noción del bloque de constitucionalidad, el cual parece adecuado para designar al conjunto "*de los principios y reglas de valor constitucional*"[10].

Como se ha adelantado, en la actualidad el bloque de constitucionalidad, lo constituyen: el articulado de la Constitución, el Preámbulo de la Constitución de 1958 (y, con ello, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, el preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República), los principios generales del derecho de valor constitucional, la conciliación o armonización de las normas y principios constitucionales, y entre las normas de rango infraconstitucional, se hallan la Ordenanza Orgánica relativa a las leyes de presupuestos y otras leyes y ordenanzas orgánicas u ordinarias.

A continuación, se analizará cada una de las normas que en el sistema francés componen el bloque de constitucionalidad, el tratamiento que han recibido por parte del Consejo Constitucional (y, en concreto, algunas de las decisiones en que ha reconocido el valor referido a esas disposiciones) y la manera en que la doctrina ha contribuido en la consolidación del bloque o en la delimitación de sus contenidos.

1. *El articulado de la Constitución de 1958*

De acuerdo con Pardo Falcón, el articulado de la Constitución hace referencia a la parte dispositiva del texto fundamental, sin tener en consideración al preámbulo. En efecto, aquella reúne el contenido más importante de quienes integran el bloque de constitucionalidad en lo que atañe a la materia de organización y funcionamiento de las autoridades públicas.

En este sentido, la mayor parte de las normas jurídicas que componen el articulado de la Constitución regulan las instituciones fundamentales del Estado y, en ese sentido, el Título V es particularmente relevante: "*Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement*", donde se regula el funcionamiento del Parlamento[11]. Dicho título ha sido utilizado por el Consejo Constitucional para controlar

> *la constitucionalidad de los reglamentos de las cámaras y de las leyes orgánicas, que se ocupan de tales instituciones, control que en ambos casos ha efectuado desde un primer momento, y que se ha ido sucediendo sin significativas variaciones cada vez que se ha producido alguna modificación de esas normas[12].*

Cabe mencionar que el Consejo Constitucional se compone por dos tipos de miembros; es decir, los designados por las autoridades constitucionales competentes y los miembros de derecho[13].

Asimismo, el presidente del Consejo Constitucional es nombrado entre ambos tipos de miembros y tiene voto de calidad[14]. En este sentido y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Constitución Francesa[15], los miembros *designados* son elegidos en forma discrecional por tres autoridades, el presidente de la República y los presidentes de las dos cámaras legislativas, en tanto que los *de derecho* son aquellos que adquieren esa calidad en su condición anterior de expresidentes de la República[16].

Entre las normas constitucionales que con más frecuencia el Consejo Constitucional francés ha utilizado en el ejercicio de sus atribuciones, de acuerdo con Pardo Falcón, se deben mencionar las siguientes:

> *el artículo 64: que consagra el principio de independencia judicial y de la inamovilidad de los magistrados de carrera; el artículo 65: que establece el principio de garantía de la libertad individual a cargo de la autoridad judicial; el artículo 2.1: que alude al principio de indivisibilidad de la República; el artículo 4: relativo al principio de la libre formación de grupos políticos; el artículo 72.2: que proclama el principio de libre administración de las colectividades territoriales; el artículo 3.3: en que se reconoce el derecho de igualdad en el sufragio[17].*

Finalmente y de acuerdo con el mismo autor, han sido excluidas del bloque de constitucionalidad las siguientes disposiciones del articulado de la Constitución: 1° y 77 al 88, los cuales han perdido su vigencia en cuanto se referían a la extinta Comunidad[18]. También el autor menciona que, en algunas ocasiones, el Consejo Constitucional ha preferido aplicar una disposición de la Declaración de 1789 sobre el texto de la Constitución que puede tener un sentido similar, como es el caso del artículo 2.1 donde se proclama el derecho de igualdad[19].

2. *El Preámbulo de la Constitución de 1958*

De acuerdo con Rousseau, el valor normativo de la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 han sido objeto de gran controversia doctrinal hasta 1971. Por un lado, Carré de Malberg y Eximen habían insistido en que esos textos no poseían ningún valor normativo, sino que suponían sendas declaraciones de buenas intenciones morales y filosóficas, de ahí que constituían, en su criterio, un texto literario más que un texto normativo[20].

Por el otro lado, varios autores han sostenido (entre ellos Hauriou y Duguit) que esas declaraciones sí han poseído fuerza normativa y el mismo valor que el texto constitucional. Por esa razón, estos textos le imponían el deber al legislador de respetar el contenido de sus disposiciones[21].

En la actualidad, el preámbulo de la Constitución de 1958 proclama lo siguiente en su primer párrafo: "*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droit de l' homme et aux principes*

de la souveranité nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétee par le préambule de la Constitution de 1946".

Sobre el contenido de esa disposición, autores como Pardo Falcón afirman que inicialmente estaba desprovisto de todo valor normativo y constitucional, de acuerdo con el texto fundamental de 1958. En palabras del autor:

> *[…] el tema –que se plantea con claridad absoluta durante los debates constitucionales- queda resuelto cuando el comisario del Gobierno, invocando el fantasma del gobierno de los jueces, convence a los miembros del Comité Consultivo Constitucional que habían introducido una enmienda concediéndole dicho valor del extraordinario y desaconsejable poder que se atribuiría al Consejo Constitucional en tal caso, al facultarle para controlar la actividad legislativa también en materia de derechos y libertades. La enmienda es retirada y en el seno del Comité parece hacerse firme la idea de que el Preámbulo de la Constitución de 1958 no va a gozar del mismo valor normativo que las disposiciones incluidas dentro del texto articulado*[22]**.**

En vista de que dicha tesis prevaleció de manera pacífica entre quienes redactaron la Constitución francesa de la V República, Pardo Falcón supone que ni el Comité ni el Gobierno consideraron necesario diseñar en el texto constitucional alguna disposición que excluyera expresamente del control de constitucionalidad la materia contenida en el Preámbulo de la Constitución, como se verificó en la Norma Fundamental de 1946[23].

Pues bien, tan pronto como las circunstancias políticas lo permitieron, el Consejo Constitucional atribuyó valor constitucional al Preámbulo de 1946, mediante la famosa decisión del 16 de julio de 1971[24], a la Declaración de 1789 mediante la decisión del 27 de diciembre de 1973 y, de manera general, a todos los textos referidos en el Preámbulo de la Constitución de 1958[25]

Así, en la decisión de 16 de julio 1971, el Consejo Constitucional se pronunció sobre una posible violación de la libertad de asociación y anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República contenidos indirectamente en este[26].

De acuerdo con Rivero, desde ese momento la Constitución francesa, se ha duplicado en tamaño por la voluntad del Consejo Constitucional[27], pues con la aludida decisión, se integró en el bloque de constitucionalidad, no solo el Preámbulo de 1958 propiamente dicho, sino también otros textos jurídicos de contenido mucho más denso, como son: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 con los *"principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los principios políticos económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo a los que este último hace referencia"*[28].

De esta manera, nació en el sistema francés un complejo sistema de fuentes constitucionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, no solo por su nomenclatura, sino también por los momentos históricos en que esos textos fueron redactados, por lo que se plantean severos problemas al intérprete y al operador jurídico, en el momento de su aplicación[29]. Sobre lo anterior, Rubio Llorente ha sostenido:

> *[…] ya esta integración en la Constitución de dos textos que responden a espíritus y concepciones muy distintos, y entre los que inevitablemente se producen antinomias, bastaría para hacer del bloc un cuerpo más bien deforme, junto al cual el Título I de nuestra Constitución pueda ser considerado, sin exageración, como un monumento de claridad cartesiana […]*[30].

De acuerdo con el mismo autor, esta extensión de la noción de las normas constitucionales y su indefinición plantea en el sistema francés

profundos problemas de interpretación, de manera que haría desplazar de los países con jurisdicción constitucional los temas claves del control, por el de determinar cuál es, al fin de cuentas, la norma constitucional con la cual debe ser valorada la conformidad del ordenamiento infraconstitucional; es decir, cuál es la norma constitucional que sirve como parámetro de control[31]. En consecuencia la expresión *bloc de constitutionnalité* no es para Rubio Llorente la denominación de una categoría,

> *sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas (para algunos autores y en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, todas las normas) que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad*[32].

Todas estas ideas son compartidas en esta investigación, por lo que no es posible equiparar la noción del bloque de constitucionalidad que se maneja en el sistema de justicia constitucional francés, frente a la que se plantea en el ordenamiento jurídico español.

3. *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789*

A pesar de que desde 1973, el Consejo Constitucional había afirmado que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 también integraba el bloque de constitucionalidad (particularmente, desde la D. 51DC del 27 de diciembre de 1973, así como en otras decisiones posteriores: D. 56.DC de 23 de julio de 1975, D. 67DC del 15 de julio de 1976, D. 83DC del 20 de julio 1977 y D.101DC del 17 de enero de 1979) a finales de la década de los setenta, se suscitó una discusión doctrinal entre quienes consideraban que la aludida Declaración, en su totalidad, poseía valor constitucional, y entre quienes se lo atribuían únicamente a determinadas disposiciones[33].

En este sentido, dicha polémica fue aclarada por el Consejo Constitucional, con la D. 132 DC del 16 de enero de 1982, donde afirmó: "*le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789*". *Por* lo anterior, sin hacer ningún tipo de distinción sobre las disposiciones de la Declaración, se otorgó pleno valor constitucional a sus normas[34]. De lo anterior, Favoreu ha concluido que

> *el lugar ocupado por la Declaración en el seno del bloque de constitucionalidad es, sin duda alguna, tan importante al menos como el de sus otros componentes, contrariamente a lo que se podría sostener antes de 1981-1982: el Consejo Constitucional, en su decisión de 16 de enero de 1982, ha confirmado que, a pesar de su edad, la Declaración de derechos del hombre tiene una fuerza, al menos igual a la del Preámbulo de 1946*[35].

De esta forma, el Consejo Constitucional francés ha declarado numerosas inconstitucionalidades por violación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, convirtiéndose en el segundo instrumento más utilizado después del propio texto del articulado constitucional y el primero en materia de derechos fundamentales y libertades públicas[36].

4. *El Preámbulo de la Constitución de 1946*

En la D. 54 DC del 15 de enero de 1975, el Consejo Constitucional francés aplicó por primera ocasión los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo, recogidos en el Preámbulo de 1946, y les otorgó rango constitucional. En la práctica, el Consejo Constitucional ha utilizado la expresión "*principios enumerados en la Constitución de 1946*" o la de Preámbulo de la Constitución de 1946, para referirse a esta categoría[37]. De acuerdo con Pardo

Falcón, en la decisión anterior (y, particularmente, en la D. 105 DC del 25 de julio de 1789, "*droit de grèvè à la radio et à la televisión*", la cual constituye la primera de anulación con base en alguno de estos principios), el Consejo Constitucional da por terminada la discusión y la corriente que imperaban en la doctrina francesa, en el sentido de negar el valor jurídico de las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946, teniendo en cuenta la imprecisión y la vaguedad de los principios que el Preámbulo proclamaba [38].

5. *Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*

Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen una nueva categoría jurídica que ha adquirido valor constitucional por la mención que, con respecto a ella, realiza el Preámbulo de la Constitución de 1946, después de la remisión efectuada con anterioridad por el Preámbulo de la Constitución de 1958. Se trata, siguiendo a Pardo Falcón, de una remisión de segundo grado[39].

De acuerdo con el mismo autor, la incorporación de estos principios en el Preámbulo de la Constitución de 1946 constituye un logro de la derecha francesa, la cual tenía la intención de elevar a rango constitucional, por esa vía indirecta, la libertad de enseñanza que, con anterioridad, no disfrutaba de ningún reconocimiento de derecho positivo.

Por su lado, la izquierda acabó admitiendo la introducción del término, para lograr la aprobación del nuevo texto constitucional y bajo la consideración de que esa formulación sería considerada como un mero homenaje de los legisladores de la Tercera República, desprovista entonces de toda relevancia jurídica[40].

Sin embargo y, como se expuso con anterioridad, el Consejo Constitucional Francés, en su D. 44DC del 16 de julio de 1971, anuló de una ley de asociación una disposición que contravenía el principio de la libertad de asociación, el cual provenía de otra ley sobre la misma materia de 1901, al considerarla contraria a los principios fundamentales señalados en el Preámbulo de 1946.

Con posterioridad, en la D. 87DC del 23 de noviembre de 1977, el Consejo confirió el rango constitucional a la libertad de enseñanza y, con ello, confirmó las expectativas de sus valedores en el referido proceso constituyente[41].

Como se puede suponer, las decisiones del Consejo Constitucional tendentes a dotar de rango constitucional a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República generaron gran polémica doctrinal y reiteradas inquietudes, en cuanto al alcance de esos principios, sus contenidos y, todavía más, su delimitación.

Sobre el particular, Rivero formuló tres grandes preguntas: "*quelles République? quelles lois? que sont les principes fondamentaux?*"[42]. Además, Rivero ha sostenido: "*Des multiples questions que pose la promotion des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » dans la hiérarchie des normes juridiques, deux son d'ores et déjà résolues. Et c'est précisément des réponses qu'elles ont reçues que découlent tous les problèmes qui restent à résoudre »*[43].

Sobre los cuestionamientos anteriores, Rousseau considera que la decisión del Consejo Constitucional Francés (D. 244DC del 20 de julio de 1988) aportó varios elementos para resolverlos[44]. Tales cuestionamientos son los siguientes:

> *Los principios fundamentales deben encontrarse recogidos en normas con rango de ley, perfectamente identificables: sobre lo anterior, Pardo Falcón advierte que el Consejo Constitucional no aplica este criterio con uniformidad, pues en algunas ocasiones ha declarado la anulación de preceptos por la mera violación de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, sin vincularlos a*

> *ningún texto concreto; ello se ha producido en situaciones en las cuales es difícil conceptualizar el principio fundamental en una determinada disposición, como son los casos de la libertad individual y del derecho de defensa, en los cuales también se debe tener en cuenta su mayor grado de notoriedad y evidencia; en otras ocasiones, cuando la aplicación del principio puede generar mayor controversia, el juez constitucional sí precisa determinar la norma concreta que lo contiene*[45].

El principio extraído de la ley de la República es el que tiene rango constitucional, no la ley en sí misma: de lo contrario, Pardo Falcón advierte:

> *"el legislador quedaría vinculado por su redacción concreta sin disponer prácticamente de margen alguno de maniobra […]. Por consiguiente, en este caso el bloque de constitucionalidad está integrado por principios y no por normas propiamente dichas, lo que explica la utilización por el Consejo Constitucional, como ya hemos dicho, de la expresión principios y reglas de valor constitucional, que incluye también a estos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República"*[46].

El significado de República: sobre el particular, la doctrina ha determinado que deben ser tomados en consideración los principios fundamentales recogidos durante la legislación producida en las tres primeras Repúblicas[47]. Al respecto, Favoreu ha sostenido: "*en primer lugar, se ha descartado la asimilación entre tradición republicana y principio fundamental reconocido por las leyes de la República: La tradición republicana no podrá ser invocada con provecho para sostener que un texto legislativo que la contradiga es contrario a la Constitución salvo en la medida en dicha tradición haya engendrado un principio fundamental reconocido por las leyes de la República […]. Sin embargo, se ha establecido una conexión entre tradición republicana y principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, lo que confirma el hecho de que éstos sólo pueden derivar de las leyes de la República, como ocurre en la misma decisión, a partir de la cual se pueden enumerar las condiciones requeridas para que haya un principio fundamental reconocido por las leyes de la República"*[48].

La exclusión de las leyes de la Cuarta República: lo anterior, teniendo en consideración que la remisión a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República fue realizada justamente por medio del Preámbulo de la Constitución de 1946, el cual establecía la Cuarta República, con lo que no podían ser tomadas en cuenta las leyes que se produjeron en ese período[49]. Por tanto, siguiendo a Favoreu: "*esta legislación republicana es la aprobada antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946 (es decir, antes del 27 de octubre de 1946), lo que pone fin a ciertas hipótesis doctrinales según las cuales los principios reconocidos podrían derivar de leyes posteriores a esta fecha"*[50].

El valor constitucional "independiente" de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: en virtud del cual, de acuerdo con el Consejo Constitucional Francés, no es necesario que estén recogidos de manera simultánea tanto en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, como en las leyes de la República[51].

En suma y, de acuerdo con Pardo Falcón, los

> *"principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen sin duda una de las fuentes normativas más complejas de todas aquéllas a que hace expresamente referencia el Preámbulo de la Constitución de 1958. En realidad, junto a la excesiva libertad de apreciación que deja en manos del juez constitucional [...] el inconveniente principal que se ha achacado a esta categoría jurídica es el que vacía en la práctica las competencias del legislador enumeradas en el art. 34 de la Constitución, en concreto por lo que se refiere al establecimiento de garantías para el ejercicio de libertades públicas.*

Al respecto, Favoreu advierte sobre la poca importancia cuantitativa que tienen los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República en las decisiones del Consejo Constitucional francés (de acuerdo con el mismo autor, hasta 1989 la invocación de estos principios ante el Consejo Constitucional apenas representaba el 3,7 por ciento de los casos planteados, en tanto que, de los supuestos de anulación, la utilización de esos principios apenas representaba el 4 por ciento de los analizados). Así este autor considera que tales principios apenas constituyen "*elementos marginales del bloque de constitucionalidad*"[52].

Ahora bien, entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que han sido desarrollados por el Consejo Constitucional francés, es preciso mencionar los siguientes: la libertad de asociación (D. 71-44DC del 16 de julio de 1971), los derechos de defensa (D. 76-70DC del 2 de diciembre de 1976), la libertad individual (D. 76-75DC del 12 de enero de 1977), la libertad de enseñanza (D. 77-87DC), la independencia de la jurisdicción administrativa (D. 80-119DC del 22 de julio de 1980), la independencia de los profesores de Universidad (D. 83-165DC del 20 de enero de 1984), la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (D. 86-224DC del 23 de enero de 1987), así como la autoridad judicial como guardián de la propiedad privada (D. 89-256DC del 25 de julio de 1989)[53].

6. *Los principios generales del derecho de valor constitucional*

Con esta categoría se hace referencia a los principios que han sido utilizados por el Consejo Constitucional para sustentar sus decisiones de manera directa, sin utilizar ningún texto constitucional. De acuerdo con Pardo Falcón, se trata de una expresión de origen doctrinal que sirve para aludir a los que el Consejo Constitucional ha empleado como "*principios de valor constitucional*"[54]. Entre los principios constitucionales que de acuerdo con el mismo autor pueden ser reconducidos a esta categoría, se podrían mencionar los siguientes: el principio de separación de poderes (D. 104DC del 23 de mayo de 1979), el principio de continuidad en el servicio público (D. 105DC del 25 de julio de 1979), y el derecho de defensa en materia penal (D. 182DC del 18 de enero de 1985 y D. 184DC del 29 de diciembre de 1984)[55].

Cabe mencionar que el Consejo Constitucional francés también ha integrado en el bloque de constitucionalidad algunas disposiciones de rango infraconstitucional con motivo del control de los Reglamentos de las Cámaras. Así se deduce con toda claridad del contenido de las decisiones D. 2 DC del 17, 18 y 24 de junio de 1959; D. 28 DC del 8 de julio de 1966; D. 37 DC del 20 de noviembre de 1969 y D. 86 DC del 3 de noviembre de 1977, en cuya razón incluyó dentro del bloque de constitucionalidad varias ordenanzas relativas a las condiciones de elegibilidad y a las incompatibilidades parlamentarias, así como sobre las materias reservadas a la ley ordinaria[56].

También el Consejo Constitucional francés ha incluido en el bloque de constitucionalidad la Ordenanza Orgánica 59-2 del 2 de enero de 1959, relativa a las Leyes de Finanzas. En este sentido y, según lo ha sostenido el Consejo en la D. 8 DC del 11 de agosto de 1960, la aludida Ordenanza forma parte del bloque en todos aquellos supuestos en que se discuta la constitucionalidad de ese tipo de leyes[57].

Una vez desarrolladas las disposiciones que, de acuerdo con el Consejo Constitucional francés componen el bloque de constitucionalidad o el parámetro para juzgar la compatibilidad o la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico, es preciso mencionar las disposiciones que han sido excluidas de la configuración francesa del bloque de constitucionalidad, a saber: el derecho internacional, tanto general como convencional; los reglamentos parlamentarios; la costumbre constitucional; las decisiones del Consejo Constitucional y, por último, las leyes ordinarias y los principios generales del derecho de valor legislativo.

7. *El bloque de constitucionalidad y su recepción en el sistema de justicia constitucional costarricense*

Pues bien, una vez expuestas las nociones del bloque de constitucionalidad en el sistema francés, así como las normas que lo componen, de seguido será examinada la concepción del bloque en el ordenamiento jurídico costarricense que, como se ha adelantado, se corresponde con lo que la doctrina costarricense ha denominado el derecho de la Constitución y que incluye al derecho internacional de los derechos humanos, en el nuevo paradigma del control de convencionalidad[58].

Es claro entonces que el derecho de la Constitución vincula a todas las autoridades y a los poderes públicos. En este sentido y en el caso particular de las juezas y los jueces ordinarios, Solano Carrera ha sostenido que, por haber rendido el juramento constitucional al asumir el cargo, tales funcionarios han prometido observar la Constitución y las leyes, de forma que son los principales obligados a respetar y aplicar ambos tipos de normativa, cada cual en su lugar, es decir, guardando la jerarquía de cada cual, la Constitución y las leyes[59].

Así, en estas líneas, será desarrollada la manera en que la fuerza normativa de la Constitución vincula a las autoridades públicas y la medida en que el derecho de la Constitución sirve como parámetro para analizar la adecuación o la conformidad de todo el ordenamiento jurídico costarricense con respecto al texto fundamental.

Así, a continuación, se realizará una aproximación sobre las normas que componen el bloque de constitucionalidad o el derecho de la Constitución en el ordenamiento jurídico costarricense: el texto de la Constitución Política de la República de Costa Rica, el derecho internacional de los derechos humanos y ciertas disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de aprobación de las leyes.

Al respecto, la inobservancia de alguna de estas formalidades sustanciales en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, como se verá con alguna profundidad más adelante, puede dar lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad del precepto infraconstitucional cuestionado, si con motivo de su aprobación se han vulnerado dichos trámites sustanciales, especialmente vinculados con el principio democrático y de publicidad, los cuales deben ser apreciados por la Sala Constitucional en el caso concreto de que se trate.

Así no todas las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa integran el derecho de la Constitución, sino aquellas que desarrollan varios principios constitucionales en el seno del procedimiento legislativo; entre ellos, el principio democrático y de respeto a las minorías.

1. *La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949*

La Constitución Política de la República de Costa Rica fue promulgada el 7 de noviembre de 1949 y, a la fecha, presenta más de 50 reformas parciales. Sobre el particular, es evidente que el articulado de la Constitución constituye el primer elemento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense y, además, está dotado de plena normatividad, motivo por el cual es vinculante con respecto a los poderes públicos.

Es claro entonces que, en unos supuestos, las disposiciones de la Constitución y su fuerza normativa se imponen en forma directa a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos. En otros casos, es necesario realizar un proceso de concretización de las normas constitucionales a través de la interpretación o bien un desarrollo legislativo ulterior con ese propósito.

Por tanto, no es similar la forma en que las distintas normas constitucionales vinculan a

los poderes constituidos. En consecuencia, al resolver con autoridad de cosa juzgada formal y material un conflicto de intereses, los tribunales ordinarios aplican la ley y la Constitución, lo cual lógicamente implica un juicio previo de constitucionalidad y de convencionalidad sobre la norma legal que debe ser interpretada al caso particular. Dicho juicio preliminar se realiza con base en las disposiciones que, en el ordenamiento jurídico costarricense, integran el bloque de constitucionalidad.

De esta forma, si la norma legal no supera el juicio preliminar de constitucionalidad o de convencionalidad realizado por la jueza o el juez ordinario al pretender aplicar la ley, tiene la obligación de formular la consulta judicial de constitucionalidad como se ha comentado con anterioridad, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que la Sala sea quien determine si esa disposición finalmente lesiona el derecho de la Constitución o no.

Por este motivo, se debe tener en consideración que el artículo 10 de la Constitución Política le atribuye el monopolio del rechazo a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para expulsar del ordenamiento jurídico toda disposición que vulnere el derecho de la Constitución.

Por otro lado, si los tribunales ordinarios, al efectuar el examen preliminar de constitucionalidad de las disposiciones legales, estiman que no lesionan el derecho de la Constitución, aplican al caso que tanto la Constitución como la ley deben juzgar e, incluso, pueden efectuar una interpretación de la disposición legal conforme al derecho de la Constitución, siempre que no desborde los límites del mismo texto legal. De este modo, la eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución supone, en palabras del magistrado Jinesta Lobo:

> *que todos los jueces y tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla (verbigracia, enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma aplicable, el que puede traducirse en un juicio positivo de constitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto, uno dubitativo fundado de constitucionalidad que desemboca en la consulta judicial de constitucionalidad; la aplicación de los principios y valores constitucionales que deben informar la práctica judicial –entre los que destaca el de interpretación conforme a la Constitución-, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que resulta vinculante erga omnes)*[60].

En todo caso, a todas luces es evidente la manera en que el derecho de la Constitución vincula la actividad de los órganos jurisdiccionales y de todas las autoridades públicas. En unos casos, se impone de manera directa frente a la actuación de los poderes públicos, en otros, precisa de un desarrollo normativo ulterior que dote a los preceptos constitucionales de eficacia plena.

En estos últimos supuestos, la inactividad de los poderes públicos en desarrollar los preceptos constitucionales de ejecución o de eficacia diferida puede dar lugar a una inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, lo cual ha sido plenamente admitido en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (fundamentalmente a partir de la conocida sentencia n.° 2005-05649 del 11 de mayo, en la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada contra la omisión del legislador de dotar de eficacia plena los mandatos establecidos en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, así como el Transitorio Único de la Ley N.° 8281 del 28 de mayo de 2002, por cuyo medio, la Constitución se reformó parcialmente para implementar varios mecanismos de democracia participativa –iniciativa popular y referéndum– estableciéndose el plazo de un año para dictar las leyes de desarrollo, así como en la doctrina).

Al respecto, si bien algún sector doctrinal se ha levantado contra la posibilidad de la Sala Constitucional (y, en términos más generales,

de los tribunales constitucionales) de controlar la inactividad de las autoridades públicas que vulnera el derecho de la Constitución. Por el contrario, en esta investigación, se ha defendido que supone el mayor alcance del principio de supremacía de la Constitución.

En este orden de ideas, Villaverde Menéndez ha sostenido sobre las tesis que han criticado el control de inconstitucionalidad por omisión que eluden

> *la más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preeminencia entre los Poderes del Estado y la superioridad de la ley respecto de las demás formas jurídicas del concreto ordenamiento jurídico, pero no ya su relación con la Constitución, regida únicamente por la supremacía normativa de esta última*[61].

Es muy claro entonces que, al igual que los otros poderes públicos, el legislador es un poder constituido y, por ello, sus actos y sus omisiones son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, quien lógicamente puede declararlos inconstitucionales si infringen un precepto de la Norma Fundamental. Cabe mencionar que la Constitución Política de la República de Costa Rica está integrada por XVIII títulos más las Disposiciones Transitorias[62].

A diferencia del sistema francés, el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica[65] no está provisto de carácter normativo ni integra o compone el bloque de constitucionalidad. A lo sumo, podría servir al juez o a la jueza constitucional como criterio de interpretación de las normas constitucionales (como cualquier otro método o criterio de interpretación: histórico, sistemático, literal, de concretización) y de los demás elementos que conforman el derecho de la Constitución.

Además, la Constitución Política costarricense contiene una parte dogmática, de reconocimiento de los derechos fundamentales de que todo particular goza por su condición de ser humano que no es taxativa y, por el contrario, es completada con los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, los cuales son directamente exigibles ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; por ejemplo, mediante un recurso de amparo o de *habeas corpus*, o por las diferentes alternativas de control de constitucionalidad y que, incluso, la jurisprudencia de la Sala Constitucional les ha otorgado valor supraconstitucional, si confieren mayores garantías o mayor nivel de tutela que la propia Constitución.

Pero también la Constitución está conformada por una parte orgánica, en que se establece la configuración constitucional de los principales poderes públicos. Entre los principios generales que informan el texto de la Constitución, es posible mencionar los siguientes: el principio republicano, el principio democrático y el respeto de todos los valores que integran la dignidad humana.

Así, la Asamblea Legislativa es un órgano unicameral y se compone de cincuenta y siete diputados y diputadas, los cuales tienen ese carácter por la nación y son elegidos por provincias. De esta forma, los diputados y las diputadas permanecen en sus cargos por períodos de cuatro años y no pueden ser reelectos en forma sucesiva.

Entre las funciones más importantes que la Constitución Política de la República de Costa Rica le asigna al Poder Legislativo es preciso mencionar las de control político, así como las de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones.

Por su lado, en lo que atañe a la Jefatura del Estado y al Poder Ejecutivo, es preciso mencionar que es un órgano compuesto que está integrado por cuatro órganos constitucionales, a saber, el presidente o la presidenta de la República

(quien es jefe o la jefa del Estado y jefe o jefa del Gobierno), los ministros y las ministras de ramo, el Consejo de Gobierno y el Poder Ejecutivo en sentido estricto (entiéndase el presidente o la presidenta de la República y el ministro o la ministra del ramo correspondiente).

De este modo, las funciones de quien ejerce la Presidencia de la República han sido contempladas en el artículo 139 de la Constitución Política[65], mientras que los requisitos para ocupar ese cargo han sido contemplados en el artículo 131 de la Constitución Política[66]. Por su parte, en lo que atañe a la figura del Poder Ejecutivo en sentido estricto (es decir, a la conjunción del presidente o presidenta de la República y su ministro o ministra de ramo), sus funciones han sido contempladas en el artículo 140 de la Constitución.

De lo anterior, fácilmente se deduce que la Constitución Política costarricense ha preferido encomendar la mayor parte de las funciones que normalmente corresponden al ejecutivo, al órgano denominado Poder Ejecutivo en sentido estricto. De tal manera que, por ejemplo, si en la adopción de un decreto ejecutivo adoptado con arreglo al artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política[67] se omite la firma del ministro o ministra de ramo que debía suscribir ese acto con el presidente de la República, ello necesariamente produce la inconstitucionalidad del decreto en cuestión. Sobre los otros órganos que, según la Constitución, integran el Poder Ejecutivo también se recogen en esta los requisitos que los ministros y la ministras deben reunir, así como las funciones propias del Consejo de Gobierno.

Asimismo, el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Costa Rica señala que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley. Sobre el particular, el artículo 154 constitucional dispone que solo está sometido a la Constitución y a la ley. Además y, bajo la observancia del principio de independencia jurisdiccional, ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro, y solo se pueden solicitar los expedientes *ad effectum videndi*.

La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y los tribunales, las personas funcionarias y empleadas en el ámbito judicial dependen de ella. Está conformada por veintidós magistrados y magistradas, divididos en cuatro salas: cinco en la Sala Primera (que conoce asuntos civiles y contencioso administrativo); cinco en la Sala Segunda (que conoce asuntos laborales y de familia); cinco en la Sala Tercera (que conoce asuntos penales); y siete en la Sala Constitucional[68].

Finalmente y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido.

De esta forma, los magistrados y las magistradas de ese tribunal están sujetos a las condiciones de trabajo y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los magistrados y las magistradas de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijen para estos. Además, duran seis años en sus cargos y gozan de las inmunidades y prerrogativas que les corresponden a los y las miembros de los Supremos Poderes[69]. Por otra parte, es preciso resaltar lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en el sentido de que las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

2. *Las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes*

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense, el procedimiento de formación de

las normas con rango de ley ha sido contemplado en los artículos 123 a 129 del texto fundamental, y es desarrollado por las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

En este sentido, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su inciso c), establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad contra una ley cuando durante su proceso de formación se haya violado algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

De lo anterior se infiere, con toda claridad, que las disposiciones del Reglamento aludido eventualmente integran el derecho de la Constitución, si dentro del procedimiento legislativo establecen un trámite sustancial en el cual se desarrolle algún principio fundamental contemplado en la Constitución, como son los casos del principio democrático, el de respeto de las minorías, publicidad, entre otros.[70]

Del contenido de la sentencia transcrita, claramente se deduce que las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa constituyen un parámetro de constitucionalidad si establecen algún trámite sustancial en el procedimiento de elaboración de las leyes o si desarrollan algún principio fundamental previsto en la Constitución como el democrático y el de publicidad.

3. Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos

A diferencia de los criterios sostenidos sobre el particular por el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional español, en el sentido de que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no integran el parámetro o bloque de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico costarricense. En cambio, dichos instrumentos constituyen verdaderas reglas jurídicas y son utilizados por la Sala Constitucional para valorar la conformidad de una disposición infraconstitucional con respecto al derecho de la Constitución.

Lo anterior es posible en virtud de una interpretación que sostiene que tales instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del derecho internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que, en la medida en que brinden mayor cobertura o tutela de un determinado derecho, sus disposiciones deben prevalecer sobre estos.

De esta forma, lo que la Sala Constitucional ha realizado es una construcción a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, (en cuya razón es posible plantear un recurso de amparo no solo por la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución Política, sino también en un Instrumento Internacional sobre los Derechos Humanos), lo cual ha sido desarrollado por la Sala en reiteradas ocasiones.[71]

Cabe mencionar que los demás instrumentos internacionales, eventualmente, pueden ser utilizados por la Sala Constitucional como parámetro de constitucionalidad, sin que por ello integren el derecho de la Constitución o el bloque, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 73, inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad cuando alguna ley o disposición general infrinja el 7 párrafo 1º de la Constitución, justamente por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

Por otro lado, en lo que atañe al valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de una serie de fallos donde se negaba a admitir ese carácter, por medio de la sentencia n.° 2014-12703 del 1º de agosto, la Sala Constitucional puso de manifiesto la fuerza vinculante de estos precedentes, aunque la República de Costa Rica no sea parte del litigio que se trate, con sustento en la siguiente argumentación:[72]

4. *Carácter vinculante del Control de Convencionalidad.*

El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

Dicho criterio, que no es compartido por todos los magistrados y las magistradas titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a extender a la pareja del recurrente el carné para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso de que presentara las gestiones concretas, debía tramitar lo correspondiente para que pudiera incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

Cabe mencionar que, con esta decisión, la Sala Constitucional modificó el criterio vertido en la sentencia n.° 2012-5590 del 2 de mayo de 2012, dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro —norma que definía como beneficiario del seguro de salud a aquella persona de sexo distinto— en donde la mayoría de la Sala consideró que no resultaba aplicable al tema del aseguramiento para parejas del mismo sexo, lo resuelto en la sentencia dictada por la Corte IDH.

Sobre el particular, aunque compartimos sin duda los alcances del fallo n.° 2014-12703 del 1º de agosto, sobre todo en lo que respecta a la aplicación de la sentencia de la Corte IDH en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, del 24 de febrero de 2012, sí nos parece conveniente proceder con cautela en esta materia, vigilar la jurisprudencia de la Corte IDH, y aplicarla en nuestro país solo si, en aplicación del principio *pro homine,* el estándar convencional es superior al nacional con respecto a determinado derecho.

Es lógico entonces que ello depende, ciertamente, de la ponderación que realice el Tribunal Constitucional en determinado conflicto de derechos, con lo cual el principio de autocontención debe encontrarse de manera permanente en el actuar de los jueces constitucionales, quienes son los únicos facultados para expulsar del ordenamiento jurídico costarricense, con efectos *erga omnes*, una norma con rango de ley que se estime inconvencional; es decir, contrario al derecho de la Constitución o al bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

5. *Conclusiones*

En este breve artículo, se han repasado el origen del bloque de regularidad constitucional y las normas que lo comprenden en los sistemas de justicia constitucionales francés y costarricense. Ahora bien, en lo que atañe a Costa Rica, dicho bloque de constitucionalidad se ha fortalecido con la inclusión, dentro de ese parámetro, de los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, con un valor supraconstitucional, de tal modo que prevalecen, incluso por sobre la Constitución, si confieren mayores garantías o mayor nivel de cobertura de los derechos que la Norma Fundamental.

En este nuevo paradigma, por obra de la fuerza normativa de la jurisprudencia de la Corte IDH, se ha impulsado el carácter vinculante del *corpus iuris* interamericano, de tal modo que se habla, en la actualidad, de un bloque o parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, cuya tutela o aplicación le corresponde, con carácter de monopolio, a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Como se expuso, lo anterior no impide, sin embargo, que la jueza o el juez ordinario sea partícipe de dicho control paralelo de constitucionalidad y de convencionalidad. Se trata, en suma, de un examinar preliminar que la jueza o el juez ordinario realiza en consonancia con la Constitución y los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, en cuya razón, puede incluso efectuar una interpretación de la normativa infraconstitucional acorde con dicho parámetro.

No obstante, si al efectuar dicho examen previo, el juez o la jueza estima que la norma que debe aplicar es inconstitucional o inconvencional, debe promover la consulta judicial para que la Sala Constitucional efectúe el juicio último y definitivo de acuerdo con el parámetro aludido y en atención al modelo hiperconcentrado de justicia constitucional que se desprende del artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

Queda mucho por discutir en ese ámbito. Se espera efectuar un examen más profundo en otra ocasión, incluyendo un análisis de los fallos sobre el matrimonio igualitario y la unión de hecho entre parejas del mismo sexo.

6. Bibliografía

Aragón, M. (1999). *Constitución y control de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bon, P. (2002). A propósito del Consejo Constitucional francés. En *Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E.* San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Favoreu, L., y Rubio Llorente F. (1991). *El bloque de la constitucionalidad, Simposium Francoespañol de Derecho Constitucional*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Civitas.

Fernández Rodríguez, J. J. (2007). *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Segunda Edición. Madrid: Tecnos.

Fernández Segado, F. (2009). *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*. Tomo II. *La justicia constitucional en Francia*. Madrid: Dykinson, S. L.

Hernández Valle, R. (1993). Derecho de la Constitución. Volumen I-II. San José: Juriscentro, Sociedad Anónima.

Jinesta Lobo, E. (2007). Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung, A. C: 220-240.

Pardo Falcón, J. (1990). *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la Quinta República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Requejo Rodríguez, P. (1997). *Bloque de constitucional y bloque de la constitucionalidad.* Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Rivero, J, (1984). *Le Conseil Constitutionnel et les Libertes*. Paris: Économica.

Rousseau, D. (2010). *Droit du Contentieux Constitutionnel*. París: Montchrestien.

Roussillon, H. (2004). *Le Conseil Constitutionnel*. París: Dalloz.

Rubio Llorente., F. (1997). *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Solano Carrera, L. F. (1995). La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica). *Revista Judicial*. Año XIX, n.°61: 25-40.

Villaverde Menéndez, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill.

Notas al pie

1. Aragón, 1999: 12.
2. Fernández, 2003: 63-64.
3. Fernández, 2003: 64.
4. La Constitución Francesa de 1958, en su Título VII, regula la composición y las funciones del Consejo Constitucional, el cual está integrado por nueve miembros. En sus decisiones, este Órgano Jurisdiccional puso fin a una prolongada tradición de soberanía ilimitada de la Ley, al afirmar de manera tajante que el legislador "dans l exercise de sa compétence, du respect des principes et des regles de valeur constitutionnelle qui sante q´imposet a tous les organes de l´État", así como la expresión: "la loi…n´exprime la volonté générale que dan le respect de la Constitution". Pardo Falcón, 1990: 111 y 112.
5. Fernández, 2003: 65.
6. Fernández, 2003: 65.
7. Pardo Falcón, 1990: 116 y 117. En palabras del autor: "en realidad, la función de control de constitucionalidad quedaba concebida de una forma absolutamente marginal, para recurrir a ella esporádicamente. Esto era algo fácilmente apreciable en el caso de las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas, normas sobre las cuales el Consejo Constitucional efectuaría un control preceptivo, pero agotando buena parte de su competencia en el momento de ejercerla, puesto que su propia naturaleza las hace especialmente perennes y, por tanto, poco proclives a excesivas modificaciones posteriores que pudieran dar lugar a un nuevo control al menos en períodos relativamente breves de tiempo. Algo parecido se pronosticaba en relación a los tratados internacionales, que tampoco deberían ser objeto de control por el Consejo con excesiva frecuencia", pp.. 113 y 114.
8. Roussillon, 2004: 49
9. Requejo Rodríguez, 1997: 25.
10. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 20.
11. Pardo Falcón, 1990: 116 y 117.
12. Pardo Falcón, 1990: 118. Sobre el particular, el autor menciona las siguientes decisiones del Consejo Constitucional Francés D. 2DC del 17, 18 y 24 de junio de 1959 (AN) y D. 3DC del 24 y 25 de junio de 1959.
13. Pardo Falcón, 1990: 65 y 67.
14. Bon, 2002: 399.
15. El artículo 56 de la Constitución Francesa de 1958 dispone: "Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres dont le mandat dure neuf ans et n´est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres son nommés par le Président de la République, trois par le Président de l´Asamblée Nationale, trois par le Président du Sénat) […] ».

    Se debe mencionar que esta disposición ha sido modificada en virtud de la Ley Constitucional N.° 2008-724 del 23 de julio, la cual entrará en vigor en las condiciones fijadas por las leyes y las leyes orgánicas necesarias para su aplicación. De esta manera, y en virtud de esa ley constitucional, el texto del artículo 56 idem será el siguiente:

    ARTICULO 56. El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 será aplicable a sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de estos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

    Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

    El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.
16. Pardo Falcón, 1990: 77. Cabe mencionar que ni la Constitución de 1958, ni la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, someten el nombramiento de los miembros de este órgano a algún requisito, de ahí que pueda

ser escogida cualquier persona que disfrute de los derechos civiles y políticos, no necesariamente un profesional en derecho. Asimismo, el mandato de cada consejero tiene una duración de 9 años sin posibilidad de reelección. Ahora bien, en lo que atañe a los miembros de derecho, la doctrina ha considerado que su inclusión obedece a una motivación doble y hasta cierto punto paradójica: "en efecto, por un lado se pretendía destacar de este modo la continuidad del régimen republicano por encima de avatares políticos y modificaciones constitucionales, rindiéndose al mismo tiempo un homenaje a quienes habían sido en su momento Presidentes de la Cuarta República, Vicent Auriol y René Coty; pero, por otro lado, esta deferencia también tenía como finalidad fundamental, según algunos, el apartar definitivamente a ambos ex presidentes de la vida política activa, asegurándoles un retiro digno con su integración en la nueva institucional constitucional". Por su parte, el presidente del Consejo Constitucional es elegido a través de una decisión personal de quien ocupe el cargo de residente de la República, de acuerdo con el párrafo 3° del artículo 56 de la Constitución Francesa de la Quinta República.

17. Pardo Falcón, 1990: 118-119.
18. Pardo Falcón, 1990: 119. Sobre el particular Luis Favoreu afirmó: "Todas las disposiciones de la Constitución tienen la misma fuerza. Ahora bien, hay que señalar que los artículos 77 a 88 –relativos a la Comunidad, que ha desaparecido en 1960, con el acceso a la independencia de los antiguos territorios de África- ya no son aplicables". Favoreu y Rubio Llorente, 1991:26.
19. Roussillon, 2004: 51.
20. Rousseau, 2010: 92.
21. Rousseau, 2010:92.
22. Pardo Falcón, 1990: 120.
23. Pardo Falcón, 1990: 120. De acuerdo con el autor, en ese sentido Ch. Eisenmann y L. Hamon se manifestaron en el Coloquio de Heidelberg, celebrado en 1962 (La juridiction constitutionnelle en drot français, Colloque de Heidelberg, 1962, pp. 231-291).
24. Sobre lo anterior, Francisco Fernández Segado ha comentado: "Sería el propio Conseil quien, en la motivación jurídica de sus decisiones, iba a ir precisando las normas de référence que habían de servirle de base, de canon, de parámetro para su fiscalización constitucional. Como ya se ha puesto de relieve en diversos momentos, el hito fundamental de este proceso lo encontramos en la tantas veces citada Decisión de 16 de julio de 1971. En ella (considerando segundo), el juez constitucional se refería por vez primera a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", expresamente mencionados por el constituyente en la Cuarta República en el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Carta de 1958. Fernández Segado, 2009: 520-521.
25. Rousseau, 2010: 94.
26. Pardo Falcón, 1990: 122. En palabras de Jean Rivero: "Le Conseil Constitutionnel a-t-il rendu, le 16 juillet 1971, sa décision Marbury v. Madison en affirmant l'inconstitutionnalité des disposition adoptées par le Parlement qui instituaient une forme de contrôle préalable sur les déclarations d'association ? Il serait imprudent de l'affirmer. Pourtant, la décision existe, et -c'est précisément sur la violation d' un des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" que se fonde la censure prononcée par le Conseil". Véase Rivero, J, Le Conseil Constitutionnel et les Libertes, segunda edición, Économica, Paris, 1987.
27. Rivero, 1984: 168.
28. Pardo Falcón, 1990: 122.
29. Pardo Falcón, 1990: 123.
30. Rubio Llorente, 1997: 107.
31. Rubio Llorente, 1997: 107-108. Sobre lo anterior, Favoreu ha destacado la labor desplegada por el Consejo Constitucional Francés, justamente en la delimitación de las normas y los principios que integran el bloque de constitucionalidad, de modo que, en su criterio, la lista de las normas que actualmente componen el bloque de constitucionalidad francés está cerrada. En palabras del autor: "por tanto la composición actual del bloque de constitucionalidad es novedosa y está integrada por cuatro partes, por cuatro categorías de normas: están las

disposiciones de la Constitución de 1958, es decir, desde el artículo 1 al 92 y su Preámbulo, algunas de cuyas disposiciones concretas han sido ya objeto de aplicación, como la relativa al derecho a la autodeterminación de los pueblos de ultramar. Pero a estas disposiciones hay que añadir las categorías a las que también hace referencia el Preámbulo de 1858, es decir, hay que añadir los diecisiete artículos de la Declaración de 1789, más los diecisiete párrafos del Preámbulo de 1946, más los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La lista está cerrada no hay otra cosa. En algún momento anterior quizá podrían haberse añadido otras normas, pero hoy esta hipótesis debe quedar ya definitivamente excluida. Así lo pone claramente de manifiesto una comunicación que recientemente acaba de exponer el profesor Vedel: existen cuatro categorías de normas de referencia. Eso es todo. Entonces, veamos cada una de las categorías que integran esas normas de referencia y después las normas que quedan excluidas". Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 61-62.

32. Rubio Llorente, 1997: 108.
33. Pardo Falcón, 1990: 123. Sobre el particular, Luis Favoreu ha sostenido: "el conjunto de las disposiciones (arts. 1 a 17) de la Declaración de 1789 es aplicable. En un primer momento, ciertos autores sostuvieron que únicamente algunas tenían valor de Derecho positivo y eran susceptibles de recibir aplicación. Sin embargo, el Consejo Constitucional no hace ninguna distinción entre ellas y, además, ha aceptado decidir prácticamente sobre la base de todas ellas. Por otra parte, observemos, de paso, que las prescripciones contenidas en los artículos 1 a 17 de la Declaración son comparables a las que figuran en el Capítulo II de la Constitución española (arts. 14 al 38). Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 20.
34. Pardo Falcón, 1990:123. Sobre esta disputa doctrinal y su posterior resolución por parte del Consejo Constitucional Francés en el sentido de que todas las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 tienen valor constitucional y fuerza normativa, Dominique Rousseau ha comentado: "En effet, si la doctrine a pu, un moment, router de la constitutionnalité de ce texte au motif que certaines de ses dispositions ne concernent ni les droits de l´homme, ni les principes de la souveraineté nationale, ou qu´elles son contredites par les nouveaux principes de 1946, il est clair, notamment depuis la décision du 16 janvier 1982, que chacun des 17 articles de la Déclaration de 1789 a une valeur constitutionnelle". Rousseau, 2010: 94.
35. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 27-28.
36. Pardo Falcón, 1990: 123.
37. Pardo Falcón, 1990: 125. El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, es el siguiente:
38. "Apenas alcanzada por los pueblos libres la victoria sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama, una vez más, que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión o de creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Proclama, además, como particularmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales: La ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre. Todo hombre perseguido a causa de su acción en favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República. Todos tienen el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias. Todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses mediante la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección. El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan. Todo trabajador participa, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas. Todo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser propiedad de la colectividad. La Nación proporciona al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo. Garantiza a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre. Todo ser humano que, en razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad medios de existencia decorosos. La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante los gravámenes

resultantes de calamidades nacionales. La Nación garantiza la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado. La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional. No emprenderá ninguna guerra con fines de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo. Con tal que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz. Francia forma con los pueblos de ultramar una Unión fundada en la igualdad de los derechos y de los deberes, sin distinciones de raza ni de religión. La Unión Francesa se compone de naciones y pueblos que ponen en común o coordinan sus recursos y sus esfuerzos para desarrollar sus respectivas civilizaciones, acrecentar su bienestar y proveer a su seguridad. Fiel a su misión tradicional, Francia se propone conducir a los pueblos que ha tomado a su cargo a la libertad de administrarse a sí mismos y de tratar democráticamente sus propios asuntos; desechando todo sistema de colonización basado en la arbitrariedad, garantiza a todos la igualdad de acceso a las funciones públicas y el ejercicio individual o colectivo de los derechos y libertades precedentemente proclamados o confirmados".

39. Pardo Falcón, 1990: 125-126.
40. Pardo Falcón, 1990: 128.
41. Pardo Falcón, 1990:128-129.
42. Pardo Falcón, 1990: 129.
43. Rivero, 1984: 265. Esta situación ha sido descrita por Henry Roussillon del siguiente modo: "avec cette deuxième catégorie de principes, aujourd'hui "marginaux" pour le doyen Favoreu, voulue essentiellement par le MRP précisément à cause de son ambiguïté et de la possibilité que'elle offrait de consacrer un droit particulièrement contesté à l'époque, la liberté d'enseignement, nous nous heurtons à une triple question comme l'a fort bien montré J. Rivero: quels Principes? quelles Lois? quelle République?". Roussillon, 2004: 55.
44. Rivero, 1984: 154.
45. Rousseau, 2010: 95.
46. Pardo Falcón, 1990: 130.
47. Pardo Falcón, 1990: 131.
48. Pardo Falcón, 1990: 131.
49. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 31.
50. Pardo Falcón, 1990: 131.
51. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 32.
52. Pardo Falcón, 1990: 132.
53. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 30.
54. Favoreu y Rubio Llorente, 1991: 32 y 33.
55. Pardo Falcón, 1990: 134-135.
56. Pardo Falcón, 1990: 135.
57. Pardo Falcón, 1990: 142-143.
58. Pardo Falcón, 1990: 142-142.
59. Hernández Valle, 1993.
60. Solano Carrera, 1995: 35.
61. Jinesta Lobo, 2007: 230.
62. Villaverde Menéndez, 1997: 10.
63. Tales son: el Título I: La República; el Título II: Los Costarricenses; el Título III: Los Extranjeros, el Título IV: Derechos y Garantías Individuales, el Título V: Derechos y Garantías Sociales, el Título VI: La Religión, el Título VII: La Educación y la Cultura; el Título VIII: Derechos y Deberes Políticos (este título a su vez se divide en tres capítulos, que son: Capítulo I: Los Ciudadanos; el Capítulo II: El Sufragio; el Capítulo III: El Tribunal Supremo de Elecciones), el Título IX: El Poder Legislativo (que a su vez se divide en tres capítulos: Capítulo I: Organización de la Asamblea Legislativa; Capítulo II: Atribuciones de la Asamblea Legislativa, Capítulo III: Formación de las

Leyes), el Título X: El Poder Ejecutivo (que está integrado por los siguientes capítulos: Capítulo I: El Presidente y el Vicepresidente de la República; Capítulo II: Deberes y atribuciones de quienes ejercen el Poder Ejecutivo; Capítulo III: Los Ministros de Gobierno; Capítulo IV: El Consejo de Gobierno; Capítulo V: responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo), el Título XI: El Poder Judicial, el Título XII: El Régimen Municipal, el Título XIII: Hacienda Pública (que a su vez está integrado por: el Capítulo I: El Presupuesto de la República, el Capítulo II: La Contraloría General de la República; el Capítulo III: La Tesorería Nacional), el Título XIV: Las Instituciones Autónomas: el Título XV: El Servicio Civil, el Título XVI: El Juramento Constitucional, el Título XVII: Las Reformas de la Constitución, el Título XVIII: Disposiciones Finales, para un total de 197 artículos.

64. El preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica dice lo siguiente: "nosotros, los representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la democracia, decretamos y sancionamos la siguiente: Constitución Política de la República de Costa Rica".
65. Entre los requisitos para ser diputado, el artículo 108 de la Constitución Política de la República de Costa Rica menciona los siguientes: ser ciudadano en ejercicio; ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad; haber cumplido veintiún años de edad. Por su parte, el artículo 109 constitucional establece las siguientes incompatibilidades para el ejercicio de la función legislativa: el Presidente de la República o quien lo sustituya en el ejercicio de la Presidencia al tiempo de la elección; los Ministros de Gobierno; los Magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia; los Magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo de Elecciones, y el Director del Registro Civil; los militares en servicio activo; los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o de policía, extensiva a una provincia; los gerentes de las instituciones autónomas; los parientes de quien ejerza la Presidencia de la República, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, inclusive.
66. El artículo 139 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: "ARTÍCULO 139.- Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República: 1) Nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno; 2) Representar a la Nación en los actos de carácter oficial; 3) Ejercer el mando supremo de la fuerza pública; 4) Presentar a la Asamblea Legislativa, al iniciarse el primer período anual de sesiones, un mensaje escrito relativo a los diversos asuntos de la Administración y al estado político de la República y en el cual deberá, además, proponer las medidas que juzgue de importancia para la buena marcha del Gobierno, y el progreso y bienestar de la Nación 5) Comunicar de previo a la Asamblea Legislativa, cuando se proponga salir del país, los motivos de su viaje".
67. Dichos requisitos son: ser costarricense por nacimiento y ciudadano en ejercicio, debe ser del Estado seglar y ser mayor de 30 años.
68. El artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: "ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: […] 3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento".
69. Cabe mencionar que los magistrados y las magistradas de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los de la Sala Constitucional, son electos por ocho años y se consideran reelegidos para períodos iguales, salvo que, en votación no menor de las dos terceras partes del total de los y las miembros de la Asamblea Legislativa, se acuerde lo contrario.
70. Este tribunal tiene atribuidas constitucionalmente importantes funciones entre las que destacan, a efectos de nuestra investigación: Convocar a elecciones populares (función administrativa electoral); interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (función normativa electoral); investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de personas funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas. La declaratoria de culpabilidad que pronuncie el tribunal será causa obligatoria de destitución e incapacitará al culpable para ejercer cargos públicos por un período no menor de dos años, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieren

exigírsele. No obstante, si la investigación practicada contiene cargos contra el presidente de la República, ministros de Gobierno, ministros diplomáticos, contralor y subcontralor generales de la República, o magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal se concretará a dar cuenta a la Asamblea Legislativa del resultado de la investigación (función jurisdiccional electoral); dictar, con respecto a la Fuerza Pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. En caso de que esté decretado el reclutamiento militar, podrá igualmente el tribunal dictar las medidas adecuadas para que no se estorbe el proceso electoral, a fin de que todos los ciudadanos puedan emitir libremente su voto. Estas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de los delegados que designe (función normativa electoral); efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de presidente y vicepresidentes de la República, diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las municipalidades y representantes a asambleas constituyentes (función electoral); hacer la declaratoria definitiva de la elección de presidente y vicepresidentes de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación.

Sobre lo anterior, en la sentencia n.° 2002-11607 del 11 de diciembre, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 468, 469, 470, 471, 473, 474, 477, 712, 713, 716, 721, 726, 728 del Código Fiscal, la Sala Constitucional señaló: "I.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR VIOLACIÓN AL TRÁMITE LEGISLATIVO. Conforme lo establece el inciso c) del artículo 73 la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, constituye un parámetro de constitucionalidad en lo que se refiere a los requisitos o trámites sustanciales en el procedimiento de formación de leyes, acuerdos legislativos o cuando se suscriban, aprueben o ratifiquen convenios o tratados internacionales. A través de su jurisprudencia, esta Sala ha establecido que es competente para decretar la anulación de una ley o acuerdo legislativo si constata que en el procedimiento de su formación se violó algún trámite sustancial, previsto en la Constitución o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. En el presente asunto, acusa el accionante que si bien la ley que cuestiona sufrió los tres debates conforme al artículo 95 de la Constitución Política vigente a la promulgación de la norma, no respetó lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina interior del Congreso Constitucional, según el cual: "Es a cargo de la Secretaría la forma y redacción de los decretos y demás disposiciones que emita el Congreso; pero todos ellos serán sometidos a su última aprobación, antes de ser firmados y despachados". Explica que de conformidad con la norma transcrita, cada proyecto debe contar con tres aprobaciones del mismo, aprobación que de las actas del expediente legislativo de la ley en cuestión, no consta se dio en los dos primeros debates del proyecto y únicamente aparece la última aprobación en tercer debate; lo que a su criterio invalida la norma. A criterio de este Tribunal, el que no se haya estipulado expresamente en las actas la aprobación del proyecto de ley en primero y segundo debate, no invalida el trámite legislativo porque no constituye un vicio o irrespeto del trámite legislativo del el que no conste en el acta que no se aprobó en el primero o segundo debate el citado proyecto, ya que el proceso de su discusión y aprobación final se realizó en resguardo del principio democrático y se cumplieron a cabalidad los procedimientos constitucionales y reglamentarios para su aprobación. En consecuencia, la omisión que acusa el accionante no existe y no produce el efecto invalidante de la ley dentro del trámite legislativo, que se pretende en la acción".

71. Sobre el particular, es preciso consultar las siguientes decisiones: la n.° 1147-90 de 21 de septiembre; 1739-92 del 1° de julio; n.° 3435-92 y su aclaración: 5759-93; n.° 2313-95, de 9 de mayo: n.° 2000-09685 del 1 de noviembre; n.° 2002-10693 del 7 de noviembre; y la n.° 2007-1682 del 9 de febrero de 2007, las cuales serán comentadas en la última fase de mi investigación.
72. El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: "ARTÍCULO 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto".

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 55-69 ISSN 2215-2377 / junio 2019

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA ITALIANO COMO ÓRGANO DE GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Dr. Haideer Miranda Bonilla*
haideerm@gmail.com

RESUMEN:

El presente estudio analiza el modelo de ordenamiento judicial italiano ampliamente reconocido en el derecho comparado como garante de la independencia judicial. Se analizarán los antecedentes históricos, la estructura, la organización y las funciones del Consiglio Superiore della Magistratura, órgano creado en la Constitución Italiana de 1947 cuya función primordial es garantizar la autonomía y la independencia de la magistratura.

PALABRAS CLAVE: *Independencia judicial, ordenamiento judicial, derechos humanos.*

ABSTRACT:

This paper reviews the model of Italian judicial order recognized incomparative law as guarantor of judicial independence. Will analyzed the historical background, structure, organization and functions of the Consiglio Superiore della Magistratura, an organ created in the Italian Constitution of 1947 whose main function is to guarantee the autonomy and independence of the judiciary.

KEYWORD: *Italian Constitution, Superior Council of the Judiciary, judicial independence, judicial order, human rights.*

Recibido 12 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis aprobada con distinción summa cum laude; especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa; máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia; licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha realizado estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido visiting professor en el Centro de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo" y en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", ambos de la Universidad Carlos III de Madrid; además, en el Centro di Studi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Dipartimento di Diritto Pubblico, Universidad de Pisa, Italia. Es letrado de la Sala Constitucional; coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y profesor asociado en la Facultad de Derecho (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Es miembro de la Asociación Argentina, Colombiana, Paraguaya y Mundial de Justicia Constitucional.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Antecedentes históricos.- 3. El Consejo Superior de la Magistratura en la Constitución de 1947.- 4. Estructura y organización.- 5. Funciones. - 6. La inamovilidad de los jueces. - 7. Conclusiones.- 8. Bibliografía.

1. Introducción[1]

Por "ordenamiento judicial" se entiende aquel sector del ordenamiento jurídico, donde se disciplina, sobre el aspecto organizativo, la actividad de los jueces y las juezas, del Ministerio Público y de sus colaboradores, o bien aquella parte del derecho público que se ocupa, desde el punto de vista estático del conjunto de principios, reglas e institutos instrumentales, del funcionamiento de los órganos que ejercen la función jurisdiccional[2].

El presente estudio tiene como finalidad analizar el modelo de ordenamiento judicial italiano ampliamente reconocido en el derecho comparado como garante de la independencia judicial. Para ello, se analizarán los antecedentes históricos, la estructura, la organización y las funciones del *Consiglio Superiore della Magistratura,* órgano creado en la Constitución Italiana de 1947 y que entró en funciones con la promulgación de la Ley N.° 195 de 1958, cuya función primordial es garantizar la autonomía y la independencia de la magistratura[3].

Además, se estudiarán el poder disciplinario que tiene el Consejo y el contenido de las recientes reformas legales que han variado algunas de sus competencias. Lo anterior es de gran importancia, pues este modelo de ordenamiento judicial ha inspirado en la materia algunos países latinoamericanos quienes han incorporado una institución similar. Lo anterior es de gran importancia, ya que en nuestro país se presentó un proyecto de ley en la Asamblea Legislativa donde se pretende crear un "Consejo Judicial de la Judicatura", el cual sustituiría las labores que realizan la Corte Plena y el Consejo Superior del Poder Judicial. El proyecto de ley tramitado bajo expediente número 20.472 plantea la reforma parcial de los artículos 121, inciso 3); 152, 153, 154, 155, 156, 157,158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165 y 166 de la Constitución Política.

2. Antecedentes históricos

En Italia, en relación con los problemas concernientes a la magistratura, la principal exigencia presente por los y las constituyentes, al momento de dictar las nuevas reglas constitucionales fundamentales del nuevo ordenamiento jurídico a realizar como consecuencia de la caída del régimen fascista, fue, sin lugar a dudas, aquella de garantizar, en clara antítesis a la fase política precedente, los valores de autonomía y de la independencia del juez, en aplicación del principio de la separación de los poderes[4], explícitamente negado en el ordenamiento fascista[5].

Los antecedentes históricos del ordenamiento judicial italiano se encuentran en el "Estatuto Albertino" de 1848, el cual se vio ampliamente influenciado por la Constitución Francesa de 1831; es decir, en el modelo napoleónico[6]. Al respecto, el artículo 68 del estatuto indicaba: "*La Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce*". Por su parte, el numeral 69 determinaba: "*I Giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio*".

Con fundamento en lo anterior, la actividad judicial o jurisdiccional no tenía ninguna autonomía y era un órgano dependiente directamente del rey. En tal sentido, el constitucionalista DAL CANTO afirma:

> *La magistratura, in effetti, più che un potere autonomo allora si configurava come una sorta di articolazione della pubblica amministrazione, organizzata gerarchicamente e subordinata, all'interno, ai vertici delle Corti d'Appello e soprattutto delle Corti di cassazione*

> *(all'epoca cinque) e, all'esterno, al potere esecutivo, e in particolare al Ministro della giustizia, dal quale i magistrati dipendevano per tutto quanto riguardava il loro status di funzionari. Tale assetto, quasi inutile sottolinearlo, corrispondeva perfettamente all'idea di giudice "bouche de la loi", meccanico applicatore del comando inscritto nella legge*[7].

Posteriormente, las reformas Orlando (Leyes Números 511/1907 y 438/1908) reforzaron la independencia de los magistrados y a mejorar el status del profesional[8]. En este sentido, en la Ley N.° 511 de 1907, se creó el *Consiglio Superiore della Magistratura* dentro del Ministerio de la Justicia, el cual fue creado como un órgano meramente consultivo donde tenía una representación exclusiva la alta magistratura[9]. La función principal de este órgano era aquella de emitir *paeri* opiniones en relación con el nombramiento de los cargos de mayor jerarquía en la magistratura. La estructura interna continuaba a responder a una concepción jerárquica elitista, y el Consejo estaba conformado por representantes de las más altas jurisdicciones[10].

En el régimen fascista, se concentró el poder en el Poder Ejecutivo, pues se regresó a un modelo fuertemente jerarquizado de la Magistratura y a un fuerte condicionamiento del poder político[11].

Así, en la fase constitucional transitoria que se llevó a cabo entre el período posterior a la caída del régimen fascista y anterior a la promulgación de la Constitución (1947), se emitió el Decreto legislativo n.° 511/1946 denominado *"legge sulle guarentigie della magistratura"* por medio de la cual *"venivano eliminate quasi tutte le disposizioni più repressive dell'ordinamento del 1941 e ripristinate le garanzie allora abolite, perfezionandole ed estendendole ai magistrati del pubblico ministero, per la prima volta sottratti alla dipendenza gerarchica dal ministro della Giustizia e titolari della garanzia dell'inamovibili*[12]*"*. El Decreto legislativo n.° 511/1946 comúnmente denominado "Decreto Togliatti" es importante por dos motivos: el primero, por la ruptura de los aspectos más obvios de la dependencia del Poder Judicial del Ejecutivo, y la segunda, por la continuidad con la tradicional jerarquía organizativa del ordenamiento judicial[13].

3. *El Consejo Superior de la Magistratura en la Constitución de 1947*

En consideración a la precedente experiencia que se dio en el régimen fascista, la mayor preocupación del constituyente italiano fue sin lugar a dudas aquella de garantizar la autonomía y la independencia externa de la magistratura del Poder Ejecutivo y, por esto, en efecto se previó la creación del Consejo Superior de la Magistratura[14]. En la Asamblea Constituyente, se discutió ampliamente sobre las funciones que se le debían atribuir a tal órgano y, sobre todo, su composición. Sin embargo, se concordaba sobre la necesidad de garantizar efectivamente la independencia de la Magistratura[15].

Las fases principales en la preparación de los artículos de la Constitución dedicados a la Magistratura (el Título IV della II Parte) se desarrollaron en la discusión en la exposición que Piero Calamandrei presentó a la *Commissione Forti*, a la cual se le encomendó la tarea de realizar estudios preliminares en vista de los trabajos en la Asamblea Constituyente. Los resultados de estos trabajos fueron casi enteramente incluidos en la exposición que el mismo Calamandrei presentó junto con los diputados Giovanni Leone y Gennaro Patricolo a la competente *Sottocommissione dell'Assemblea*[16].

En este sentido, en su exposición sobre el punto de vista constitucional del poder jurisdiccional CALAMANDREI indicó:

> *Il principio della indipendenza del potere giudiziario deve essere praticamente attuato mediante l'autonomia amministrativa della magistratura. Ormai è comunemente riconosciuto che l'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo rimane un voto puramente platonico, fino a che*

> *il potere esecutivo anche se tecnicamente sprovvisto di ogni diretta ingerenza sulla funzione giurisdizionale, conserva però un ingerenza anche diretta sulla carriera dei magistrati. Cioè sulle loro nomine, promozioni, trasferimenti, assegnazioni di incarichi e di uffici direttivi. Se il potere giudiziario deve essere veramente indipendente, com'è il potere legislativo, bisogna che i componenti dei suoi organi, al pari di quelli che compongono gli organi legislativi, non dipendano come impiegati del potere esecutivo*[17].

La aprobación de la Constitución el 22 diciembre de 1947 reconoció expresamente los principios de autonomía e independencia de la Magistratura y el rol del Consejo Superior de la Magistratura como garante de la actuación y efectiva protección de tales principios, sobre todo del Poder Ejecutivo. En este sentido, le confirió a la Magistratura una efectiva emancipación del poder político[18].

El Consejo Superior de la Magistratura se formalizó en la constitución para sustraer al ministro de Justicia todas aquellas decisiones en tema de estatus de los jueces que en la época precedente había permitido al poder político incidir sobre la independencia de la magistratura[19].

El Consejo Superior de la Magistratura es un órgano que tiene la función de garantizar la autonomía y la independencia de la magistratura ordinaria (civil y penal). Al respecto, el artículo 104, párrafo 1, de la Constitución Italiana dispone: "*La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder*".

En efecto, la Constitución determinó atribuir a este órgano todas las decisiones más significativas sobre la carrera profesional y sobre el status de los jueces ordinarios, cuya característica fundamental es la autonomía de los órganos de carácter político. En este sentido, el artículo 105 constitucional señala: "Corresponden al Consejo Superior de la Magistratura, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento judicial, las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias concernientes a los magistrados". Un orden judicial autónomo e independiente constituye una característica fundamental de un Estado constitucional de derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional estableció en la sentencia número 44 de 1968:

> *l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura ha corrisposto all'intento di rendere effettiva, fornendola di apposita garanzia costituzionale, l'autonomia della magistratura, così da collocarla nella posizione di "ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere", e conseguentemente sottrarla ad interventi suscettibili di turbarne comunque l'imparzialità e di compromettere l'applicazione del principio consacrato nell'art. 101, secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge. Si è così provveduto (ad integrazione e rafforzamento delle altre garanzie costituzionali di indipendenza, quali risultano dalla riserva di legge (art. 108), dall'assunzione del magistrati, in via normale, mediante pubblico concorso (art. 106), dall'inamovibilità (art. 107) a concentrare ogni provvedimento relativo al reclutamento e allo stato degli appartenenti all'ordine nella competenza assoluta ed esclusiva idi un organo che, mentre realizza una particolare forma di autonomia, pel fatto di essere espresso in prevalenza dallo stesso corpo giudiziario, è poi presieduto dal Capo dello Stato, in considerazione della qualità che questi riveste di potere "neutro" e di garante della Costituzione, ed è altresì fornito di una serie di guarentigie corrispondenti al rango spettantegli, nella misura necessaria a preservarlo da influenze che, incidendo direttamente sulla propria autonomia, potrebbero indirettamente ripercuotersi sull'altra affidata alla sua tutela.*

La particularidad de las funciones jurisdiccionales conlleva específicas garantías que se exprimen en la posición de autonomía, independencia e imparcialidad de la persona juzgadora. El concepto de autonomía e independencia es con frecuencia especificado con referencia al aspecto "orgánico" o "institucional", relativamente a las relaciones de la Magistratura con los otros poderes del Estado, o bien "funcional", en relación con la actividad del juez o de la jueza en el ejercicio de sus funciones y, en particular, la tutela de eventuales presiones o influencias que podrían venir de fuera o también del interior del orden jurisdiccional o del mismo Consejo Superior de la Magistratura.

Al respecto, se diferencia entre un perfil "externo" y de uno "interno" de la Magistratura, los cuales no son necesariamente tutelados en los diferentes ordenamientos de manera paritaria. Sin embargo, pueden existir ordenamientos que se caracterizan por una rigurosa tutela de la Magistratura en relación con los otros poderes del Estado, previendo en el interno una organización jerárquica de esta o viceversa[20].

La doctrina italiana se encuentra dividida con relación a la naturaleza jurídica del Consejo. Al respecto se le considera

> *organo di alta amministrazione, di organo di governo della magistratura o ancora, definizione alla quale lo stesso C.S.M. ricorre, organo di autogoverno della magistratura"; viene invece ormai comunemente scartata la qualificazione, adombrata in passato da alcuni autori, di "organo costituzionale", preferendosi invece la definizione di "organo di rilievo costituzionale", riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale (sent. n. 148/1983). Più di recente si è parlato del C.S.M. quale "organo di garanzia", leggendo le sue numerose ed eterogenee attribuzioni, prese unitariamente, come preordinate alla realizzazione del medesimo progetto, vale a dire l'inveramento del disegno tracciato nel Titolo IV a tutela dell'indipendenza della magistratura ordinaria; e ciò nei confronti sia, e soprattutto, dei poteri esterni all'ordine giudiziario (indipendenza esterna) sia degli stessi componenti dell'ordine giudiziario (indipendenza interna)*[21].

A nivel histórico, a pesar de que la Constitución de la República Italiana entró en vigor el 1 de enero de 1948, el Consejo Superior entró en funciones con la promulgación de la Ley N.°195 de 1958[22] Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura y de su reglamento interno. La citada ley fue aprobada luego de un largo iter legislativo en el Senado y en la Cámara de Diputados.

En síntesis, el modelo italiano de ordenamiento judicial establecido en la Constitución italiana que entró en vigor el 1 de enero de 1948 está caracterizado por una serie de elementos esenciales: a) El establecimiento de un órgano especial, el Consejo Superior de la Magistratura, el cual es elegido por dos tercios de los mismos jueces o magistrados, así como por un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos titulares de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio y tiene el rol de interlocutor del Poder Judicial con los otros poderes del Estado. Además ejerce la competencias en materia de administración de la jurisdicción que antes, en particular, le correspondía al Poder Ejecutivo y al ministro de la Justicia, garantizando así principalmente la independencia externa de la magistratura y sustrayéndola de posibles interferencias o presiones provenientes del Poder Ejecutivo. b) La eliminación de la organización jerárquica de los órganos jurisdiccionales, distinguiéndolos entre sí solo con base en las funciones ejercitadas y no en consideración del grado desempeñado que obviamente no trae excepciones al sistema de las impugnaciones de las decisiones. c) La disciplina de la acción penal, con la sustracción de los órganos del Ministerio Público al control por parte del ministro de la Justicia y entonces del Gobierno y del principio de la obligatoriedad

de la acción penal. d) El carácter rígido de la Constitución, en relación con el control de constitucionalidad de las leyes como control concentrado, pero a iniciativa difusa[23].

4. Estructura y organización

El Consejo está conformado por 27 consejeros. Al respecto, el artículo 104 de la Constitución determina:

El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la República. Formarán parte de él, como miembros natos, el primer Presidente y el Procurador General de la Corte de Casación. Los demás componentes han de ser elegidos en sus dos tercios por la totalidad de los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diversas categorías, y en un tercio por el Parlamento en sesión conjunta entre catedráticos titulares de universidad en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio. El Consejo elegirá un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo permanecerán en el cargo cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles. No podrán, mientras permanezcan en el cargo, estar inscritos en los registros profesionales ni formar parte del Parlamento o de un Consejo Regional.

En este sentido, el Consejo Superior de la Magistratura se encuentra conformado por 27 integrantes[24], de los cuales la doctrina italiana denomina a tres de ellos "*membri di diritto*" que son el presidente de la República que es su presidente, el primer presidente de la Corte de Casación y el procurador general ante la Corte de Casación, así como 24 miembros que son elegidos en la proporción que determina el artículo 104, párrafo 4 constitucional, en particular 8 son nombrados por el Parlamento (comúnmente denominados *membri laici)* y 16 por los mismos magistrados ordinarios *(c. d. membri togati)*.

En cuanto a esta última categoría, la Ley N.° 44/2002 ha determinado que dos cargos deben corresponder a magistrados de la Corte de Casación; cuatro a magistrados que realizan la función de Ministerio Público; y diez a jueces. En efecto, la magistratura en su actividad de autogobierno, necesaria para asegurar la autonomía y su independencia, presupuestos de la imparcialidad de cada juez, indispensable para la tutela de los derechos de cada persona, se organiza a través de asociaciones que corresponden a los ideales entre ellos diferentes y que son normalmente indicadas como "corrientes[25]". Debe precisarse que estas últimas no tienen – y no podrían tener– algún peso en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, donde, como la Constitución afirma, los jueces (pero se entiende, todos los magistrados) se encuentran supeditados solamente a la ley (y naturalmente a su vez sujetos a la Constitución y los vínculos derivados del ordenamiento de la Unión Europea y de las obligaciones internacionales[26].

Por su parte, como requisitos mínimos, los ocho integrantes que son elegidos por el Parlamento deben ser profesores ordinarios universitarios en materias jurídicas o abogados con al menos diez años de ejercicio profesional y deben ser elegidos por mayoría calificada. La composición mixta del Consejo impide que este pueda ser calificado como órgano de autogobierno de la Magistratura, aunque la presencia largamente mayoritaria en sus componentes de jueces (18 sobre 9) en la práctica se atribuye el predominio de las decisiones a los miembros que provienen de la Magistratura[27]. En la sesión conjunta del Parlamento que se llevó a cabo el 19 de julio de 2018, se eligió a los ocho miembros laicos, todos hombres. Lo anterior generó una carta dirigida a los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados en donde las constitucionalistas italianas criticaron la poca paridad en la elección de tales cargos y en otros[28].

Los y las integrantes del Consejo ejercen el cargo durante cuatro años y no pueden reelegirse de forma inmediata. El presidente de la república es el presidente del Consejo Superior de la Magistratura[29], pues tiene la función de equilibrio

entre la componente "togata" y aquella "laica", con la finalidad de garantizar la no politización del órgano. Para DAL CANTO:

> *[…] con tale soluzione si è inteso, innanzitutto, sottolineare che l'organo di |autogoverno, lungi dall'avere un ruolo esclusivamente interno al potere giudiziario, doveva invece essere qualificato come organo dello Stato nella sua unità, valore di cui era garante proprio il Presidente della Repubblica, e ciò sia in considerazione del fatto che la tutela dell'indipendenza dei magistrati è un valore che prescinde largamente il solo corpo dei magistrati sia perché l'organo di autogoverno deve porsi in corretto equilibrio nell'ambito del sistema costituzionale nel suo complesso. Inoltre, la scelta del Capo dello Stato come Presidente dell'organo rafforza l'idea in sé dell'autonomia dell'ordine giudiziario, atteso che Egli| rappresenta l'espressione massima dell'imparzialità delle attribuzioni costituzionali*[30].

En la praxis, el presidente de la república no participa en las sesiones del Consejo, pues delega ampliamente sus funciones en el vicepresidente, quien es elegido entre los *membri laici.* Este último tiene la función de presidir el órgano en ausencia del presidente de la república –cuya participación en las sesiones del Consejo en la praxis es limitada solo a circunstancias excepcionales– y, por lo general, no asiste.

En su estructura organizativa, el Consejo se encuentra conformado por la Asamblea Plenaria *plenum*, el Comité de Presidencia y una serie de comisiones –actualmente son nueve– que tienen como función principal instruir y preparar las decisiones que se deben tomar en la asamblea.

La Asamblea Plenaria es el órgano competente para decidir en vía definitiva cualquier cuestión que le confiere con la excepción de los procedimientos disciplinarios. De conformidad con el artículo 11, párrafo 2 de la Ley N° 195/1958, la Asamblea delibera ordinariamente sobre la base del documento preparado por la comisión competente, teniendo presentes eventuales observaciones del Ministro de Justicia. De hecho, cada cuestión que compete al C. S. M. viene primero examinada por el Comité de Presidencia y, sucesivamente, por la Comisión competente por materia que instruye la cuestión y plantea al pleno la decisión final. Para la validez de las deliberaciones del Consejo, es necesaria la presencia de al menos diez magistrados y cinco integrantes elegidos por el Parlamento. Las deliberaciones son tomadas por la mayoría de los votos y, en caso de empate, prevalece la decisión del presidente[31].

El artículo 2 de la Ley N.° 195/1958 estableció el "Comité de Presidencia", el cual se encuentra conformado por el vicepresidente que lo preside, el primer presidente de la Corte de Casación y por el procurador general ante la misma Corte, y tiene como funciones promover la actividad y la implementación de las deliberaciones del Consejo y administrar los fondos asignados en el presupuesto. Como podemos ver, este es un rol potencialmente relevante, aunque definido de manera un tanto ambigua: por un lado, el Comité está investido con poderes de iniciativa y propulsión, y por otro, tiene un rol meramente ejecutivo[32].

Las comisiones se encuentran conformadas por seis consejeros y su composición cambia anualmente, con excepción de la Comisión de Presupuesto y de la Comisión de Verificación de los Títulos que se encuentran integradas por tres consejeros que son elegidos por cuatro años. Las materias de cada una de las Comisiones se encuentran establecidas en el reglamento interno[33]. En la actualidad el C.S.M. tiene diez Comisiones que se encuentran divididas en la siguiente forma:

> *1. Commissione per le inchieste riguardanti i magistrati; 2. Commissione per il regolamento interno del Consiglio;*

3. Commissione per i trasferimenti; 4. Commissione per gli uditori, la progressione dei magistrati e le valutazioni della professionalità; 5. Commissione per il conferimento degli uffici direttivi; 6. Commissione per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia; 7. Commissione per l'organizzazione degli uffici giudiziari; 8. Commissione per i magistrati onorari Attribuzioni Relazioni e proposte| nelle seguenti materia; 9. Commissione per il tirocinio e la formazione professionale Attribuzioni Relazioni e proposte nelle seguenti materia; 10. Commissione per il bilancio del consiglio ed il regolamento di amministrazione e contabilità.[34]

5. Funciones

El artículo 105 de la Constitución italiana determina: "*Corresponden al Consejo Superior de la Magistratura, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento judicial, las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias concernientes a los magistrados*".

En este sentido, el acceso a la magistratura se lleva a cabo a través de un concurso público en donde las personas candidatas admitidas son evaluadas de forma rigurosa a través de una prueba escrita, la cual, si es superada, conlleva la posibilidad de realizar un examen oral y, si es aprobado y se cumple con los demás requisitos, se logra su ingreso a la carrera judicial. Por otra parte, el Consejo se encarga de todo lo relacionado con los destinos, traslados, ascensos y procedimientos disciplinarios de los jueces y las juezas (este último aspecto será analizado en la sección 6).

En su relación con el Gobierno, rigen los principios de autonomía e independencia del ordenamiento judicial y conlleva, en especial modo, los aspectos relacionados con la organización y el buen funcionamiento de los servicios relativos a la justicia, lo cual es responsabilidad del ministro de la Justicia de conformidad con el artículo 110 constitucional.

En este sentido, el Consejo puede dar opiniones jurídicas pareri al ministro sobre aquellos decretos legislativos que tienen efectos en el ordenamiento judicial, en la Administración de la Justicia o sobre cualquier otra materia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N.° 195/1958.

Sobre el tema, la doctrina italiana se plantea si puede emitir un pronunciamiento en aquellos casos en donde el Ministerio de la Justicia no se lo haya solicitado. Por otra parte, en su relación con el Parlamento, rigen los principios de autonomía e independencia supra citados, y la única forma de comunicación se constituye en la facultad que el Consejo tiene de enviar al órgano legislativo a través del ministro de la Justicia, una relación anual sobre el estado de la justicia en donde se indican problemas que se presentan y se formulan propuestas[35].

El Consejo Superior además designa los consiglieri, es decir, los magistrados de la Corte de Casación, los cuales deben ser seleccionados entre profesores universitarios ordinarios en materias jurídicas y abogados que tengan al menos quince años en el ejercicio de la profesión y que sean inscritos en los colegios especiales para las jurisdicciones especiales. Se dispone lo anterior de conformidad con el artículo 106, inciso 3 constitucional y la Ley N.° 303 de 1998[36].

Por otra parte, tiene la función de regular todo lo relacionado con la "magistratura honoraria[37]". Finalmente le corresponder elegir a algunos de los integrantes, en particular, a seis magistrados y a un profesor universitario que conforman el Comité Directivo de la *Scuola Superiore della Magistratura,* el cual es un ente autónomo con personalidad de derecho público creado con la Reforma Castelli en el 2006 y tiene la función de formación y actualización de los jueces, juezas y personas funcionarias judiciales.

6. Inamovilidad

En el ordenamiento jurídico italiano, la inamovilidad del juez es un principio

constitucional que se encuentra reconocido en el artículo 107 de la Carta Magna, el cual determina:

Los magistrados serán inamovibles. No podrán ser destituidos ni suspendidos de servicio ni destinados a otras residencias o funciones si no en virtud de resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada o por los motivos y con las garantías de defensa establecidas por el ordenamiento de la judicatura o con el consentimiento de los propios interesados. El Ministro de Justicia tendrá la facultad de incoar expedientes disciplinarios. Los magistrados se distinguirán entre sí únicamente por la diversidad de funciones.

Al respecto, en la sentencia número 142 de 1973, la Corte Constitucional determinó:

> *[…] la disciplina diversificata che la Costituzione riserva, e vuole sia riservata, per quanto attiene allo stato giuridico dei magistrati dell'ordine giudiziario, sia garantendo loro direttamente l'inamovibilità, nei sensi e alle condizioni di cui all'art. 107, comma primo, sia sottraendoli, anche per quel che concerne tutte le vicende del predetto stato, ad ogni dipendenza da organi del potere esecutivo. Strumento essenziale di siffatta autonomia, e quindi della stessa indipendenza dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, che essa è istituzionalmente rivolta a rafforzare, sono le competenze attribuite al Consiglio superiore dagli artt. 105, 106 e 107 Cost., nelle quali deve rientrare ogni provvedimento che direttamente o indirettamente possa menomarla.*

El Consejo Superior en cuestión es el órgano competente para tramitar un procedimiento disciplinario en contra de una jueza o un juez ordinario. Al respecto, la ley que regula su funcionamiento prevé la constitución de una sección disciplinaria. El órgano disciplinario se encuentra conformada por seis integrantes: el vicepresidente del C.S.M. y por cinco personas consejeras de las cuales una debe haber sido electa por el Parlamento, un(a) magistrado(a) de la Corte de Casación y tres magistrados(as) ordinarios(as).

En relación con esta función, la Corte Constitucional ha determinado que la atribución de su ejercicio a la sección disciplinaria tuvo como finalidad configurar tal procedimiento según paradigmas de carácter jurisdiccional por la exigencia de tutelar en formas más adecuadas específicos intereses y situaciones relacionadas con el estatuto de independencia de la magistratura[38]. Asimismo, en la sentencia número 270 del 2012, los jueces constitucionales determinaron:

> *La legge dunque, nel prevedere la Sezione disciplinare e nel regolarne la composizione ed il funzionamento (artt. 4, 5 e 6 della legge 24 marzo 1958, n. 195, e successive modificazioni), non ha dato vita ad un organo autonomo dal Consiglio superiore della magistratura, né ha frazionato il "potere" di cui il Consiglio è titolare ed espressione, ma si è limitata a disciplinarne l'organizzazione interna, ferma restando l'unicità del potere medesimo. L'esercizio della potestà disciplinare attribuita al Consiglio superiore è stato poi configurato per le ragioni più volte messe in luce da questa stessa Corte (cfr. sentenze n. 145 del 1976, n. 289 del 1992, n. 71 del 1995 e n. 497 del 2000) con caratteri formalmente giurisdizionali, il che si riflette, fra l'altro, sulle modalità di funzionamento della Sezione disciplinare (composizione fissa, con sostituzione dei componenti assenti o impediti ad opera dei supplenti: articolo 6, primo, secondo, terzo e quarto comma, della legge n. 195 del 1958 e succ. modif.), e sui caratteri ed il regime delle relative decisioni (qualificate come sentenze, impugnabili davanti alle sezioni unite della Corte di cassazione).*

La sección disciplinaria tramita los procedimientos disciplinarios contra los jueces ordinarios planteados por el procurador general ante la Corte de Casación o por el ministro de la Justicia por hechos tipificados en el Decreto legislativo n.° 109 del 2006, en el cual se regulan los hechos ilícitos, el procedimiento y las sanciones aplicables. En este sentido, la acción disciplinaria tiene un carácter obligatorio para el procurador general ante la Corte de Casación y es facultativo para el ministro de la Justicia. Esto último evidencia la autonomía e independencia de gobierno.

La sección disciplinaria ejerce funciones jurisdiccionales y pronuncia sentencias y resoluciones impugnables ante las *Sezioni unite civili della Corte di Cassazione*[39], de conformidad con lo dispuesto en la Ley N.° 195/1958 y el Decreto legislativo n.° 109/2006. En particular, este Decreto legislativo publicado en la Gazzetta Ufficiale n.° 67 del 21 marzo de 2006 emitido por el presidente de la república[40] regula lo relacionado con la responsabilidad disciplinaria de los magistrados tanto en el ejercicio de sus funciones (art. 2) como cuando no lo están (art. 3). Además, hace referencia a los ilícitos que conllevan la comisión de un delito (art. 4). Por otra parte, en el numeral se regulan las diferentes sanciones disciplinarias en particular se hace referencia: a) l'ammonimento; b) la censura; c) la perdita dell'anzianità; d) l'incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo; e) la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni; f) la rimozione.

El capítulo segundo regula todo lo relacionado con el procedimiento disciplinario y sus diferentes fases. A más de 10 años de la entrada en vigor de la normativa en mención, en un reciente libro, el constitucionalista CAMPANELLI analiza la temática del proceso disciplinario de los magistrados desde el punto de vista teórico, como desde el punto de vista práctico[41]. En primer lugar, realiza un estudio sobre el carácter actual del proceso disciplinario a través de un análisis teórico, tomando como base la dicotomía procedimiento- proceso para posteriormente evidenciar las principales innovaciones y críticas al proceso disciplinario actualmente vigente. Posteriormente, hace referencia a la jurisprudencia constitucional y convencional a la luz de lo dispuesto por la Corte Europea de Derechos Humanos. Por último, plantea una serie de reformas institucionales reafirmando la necesaria sistematización de un procedimiento disciplinario concretamente garantizado para el magistrado ordinario.

7. Conclusiones

El presente estudio quiere conmemorar el 60 aniversario de la entrada en vigor de la Ley N.° 195 de 1958 a través de la cual inició funciones el Consiglio Superiore de la Magistratura, el cual es un órgano de garantías de la independencia judicial.

Al respecto, el artículo 104, párrafo 1 de la Constitución Italiana determina: "La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder". En efecto, la constitución determinó que se le atribuyeran a este órgano todas las decisiones más significativas sobre la carrera profesional de los jueces ordinarios, cuya característica fundamental era la autonomía de los órganos de carácter político y su inamovilidad.

En este sentido, el artículo 105 constitucional determina: "*Corresponden al Consejo Superior de la Magistratura, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento judicial, las admisiones, destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias concernientes a los magistrados*".

En relación con la estructura y el funcionamiento, su integración pluralista es de particular interés, pues se encuentra conformado por 27 integrantes con diferente proveniencia y formación, de los cuales tres de ellos son los denominados membri di diritto, los cuales son el presidente de la república quien es su presidente; el primer presidente de la Corte de Casación y el procurador

general ante la Corte de Casación, así como 24 miembros que son elegidos en la proporción que determina el artículo 104, párrafo 4 constitucional, en particular ocho son nombrados por el Parlamento (comúnmente denominados membri *laici) y 16 por los mismos magistrados ordinarios (c.d. membri togati)*. En cuanto a esta última categoría, la Ley n.°44/2002 ha determinado que dos cargos deben corresponder a magistrados de la Corte de Casación; cuatro a magistrados que realizan la función de Ministerio Público y diez a jueces.

En efecto, la magistratura en su actividad de autogobierno, necesaria para asegurar la autonomía y su independencia, se organiza a través de asociaciones que corresponden a los ideales entre ellos diferentes y que son normalmente indicadas como "corrientes".

Por otra parte, en su estructura organizativa, el Consejo se encuentra conformado por la Asamblea Plenaria *plenum*, el Comité de Presidencia y una serie de comisiones –actualmente son nueve– que tienen como función principal instruir y preparar las decisiones que se deben tomar en la asamblea. Además, dentro de las funciones que el Consejo lleva a cabo, se encuentra tramitar los procedimientos disciplinarios en contra de los jueces y las juezas que han incurrido en alguna falta en el ejercicio de sus funciones, así como la actividad de capacitación y formación de sus funcionarios y funcionarias a través de la Escuela Superior de la Magistratura.

Finalmente, la doctrina constitucional italiana plantea una serie de retos que tiene el Consejo Superior de la Magistratura en relación con las reformas al poder disciplinario, la responsabilidad civil de los magistrados y la magistratura honoraria, las cuales esperamos que fortalezcan sus competencias y que no las debiliten[42].

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis (coordinador). (2012). El gobierno del Poder Judicial una perspectiva comparada. Madrid. España: Editorial, Colección: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALVAZZI DEL FRATE. (2009). Paolo Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia republicana. Roma: Ed. Aracne.

BIONDI Francesca. Profili costituzionali e ordinamento giudiziario: il ruolo del C.S.M. En https://www.sisp.it/files/papers/2010/francesca-biondi-561.pdf

CAMPANELLI Giuseppe (coordinador). (2009). Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché): atti del convegno di studi, Lecce, febbraio 2008. Torino: Ed. Giappichelli.

CAMPANELLI Giuseppe. (2013). Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali. Ed. Pisa University pres.

CAMPANELLI Giuseppe. (2018). Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di reforma. Torino: Ed Giappichelli,

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA. (2012). La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita: atti del Convegno di studi del CSM, Torino, 6 marzo de 2012. Torino: Ed Giappichelli.

DAL CANTO Francesco. La Magistratura honoraria en Italia. En Revista Judicial, n.° 120, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, enero de 2017, pp. 61-66.

DAL CANTO Francesco. (2018). Lezioni di ordinamento giudiziario. Turín: Ed. Giappichelli.

GENINATTI SATÈ Luca. (2015). Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindicato giurisdizionale dei suoi atti. Turín: Ed. Giappichelli.

SICARDI Stefano. (1993). Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della

magistratura e ministro della giustizia. Turín: Ed. Giappichelli.

ROMBOLI Roberto. (2009). La Magistratura. En ROMBOLI R. (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Tomo III. Turín: Ed. Giappichelli, p. 229.

PIANA Daniela, VAUCHEZ Antoine. (2012). Il Consiglio superiore della magistratura. Bolonia: Ed. Il Mulino.

PERTICI Andrea. "L'elezione dei membri del CSM alla prova del cambiamento". En https://www.huffingtonpost.it/andrea-pertici/lelezione-dei-membri-del-csm-alla-prova-del-cambiamento_a_23482699/

PIZZORUSSO. Alessandro. (1994). La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura. En Revista Jueces para la Democracia, número 124.

PIZZORUSSO. Alessandro. (1990). L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale. Torino: Ed. Einaudi.

TERESI Renato. (1984). Il Consiglio superiore della magistratura: venticinque anni di applicazione della legge 24 marzo 1958 n. 195. Ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Notas al pie

1. En el presente estudio, el término Magistratura es utilizado como sinónimo de Poder Judicial.
   Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.
   Agradezco enormemente a los profesores Giuseppe Campanelli, Francesco Dal Canto, Antonello Lo Calzo y Roberto Romboli por la valiosa colaboración que me brindaron en la preparación del presente estudio.
2. DAL CANTO Francesco. (2018). Lezioni di ordinamento giudiziario. Turín; Ed. Giappichelli, p. 1.
3. En la doctrina italiana y extranjera, se encuentran múltiples estudios sobre el ordenamiento judicial dentro de lo que se destacan: AGUIAR DE LUQUE, Luis (coordinador). (2012). El gobierno del Poder Judicial una perspectiva comparada. Madrid, España: Editorial, Colección: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; ALVAZZI DEL FRATE Paolo. (2009). Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia repubblicana. Roma: Ed. Aracne, BIONDI Francesca. Profili costituzionali e ordinamento giudiziario: il ruolo del C.S.M. En https://www.sisp.it/files/papers/2010/francesca-biondi-561.pdf CAMPANELLI Giuseppe. (2018). Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma. Turín: Ed. Giappichelli; DAL CANTO Francesco. (2018). Lezioni di ordinamento giudiziario. Turín: Ed. Giappichelli; GENINATTI SATÈ Luca. (2015). Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindicato giurisdizionale dei suoi atti. Turín: Ed. Giappichelli; ROMBOLI Roberto. La Magistratura, p. 229. En ROMBOLI R. (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. (2009). Turín: Ed. Giappichelli, Tomo III; PIZZORUSSO Alessandro. (1990). L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema político e istituzionale. Torino: Ed. Einaudi.
4. El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada en 1779 señalaba: "Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".
5. ROMBOLI Roberto. La Magistratura, p. 232. En ROMBOLI R. (a cura di). (2009). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Turín: Ed. Giappichelli, Tomo III.
6. Sobre la evolución histórica de la normativa sobre el ordenamiento judicial en Italia, se puede consultar el exhaustivo y minucioso estudio realizado por el constitucionalista de la Università di Pisa, DAL CANTO Francesco. (2018). Lezioni di ordinamento giudiziario. Turín: Ed. Giappichelli.
7. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 31.
8. Ibid, p. 30.
9. El Consejo Superior de la Magistratura estaba conformado: "[…] dal Presidente della Corte di cassazione di Roma, che lo presiedeva, dal Procuratore generale presso la stessa Corte, da sei consiglieri e tre sostituti procuratori generali di Cassazione, designati dalle cinque Corti di cassazione del Regno e nominati dal Ministro della giustizia, e da nove componenti nominati dal Consiglio dei ministri tra magistrati di grado non inferiore a quello di primo Presidente di Corte d'appello". En DAL CANTO Francesco, Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 32.
10. La genesi della legge 195/58, i lavori parlamentari, i materiali relativi alla prima elezione del Consiglio Superiore della Magistratura. En https://www.csm.it
11. DAL CANTO Francesco, Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 30.
12. Ibid, p. 35.
13. La genesi della legge 195/58, i lavori parlamentari, i materiali relativi alla prima elezione del CSM. En https://www.csm.it
14. ROMBOLI Roberto. La Magistratura, p. 229. En ROMBOLI R. (2009). (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Turín: Ed Giappichelli, Tomo III.
15. PIZZORUSSO. Alessandro. L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale. Torino: Ed. Einaudi, 1990.

16. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit. p. 36.
17. ALVAZZI DEL FRATE. (2009). Paolo Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari. Dall'assolutismo francese all'Italia republicana. Roma: Ed. Aracne, p. 114.
18. La Constitución de la República italiana entró en vigor el 1 de enero de 1948.
19. BIONDI Francesca. Profili costituzionali e ordinamento giudiziario: il ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura. En https://www.sisp.it/files/papers/2010/francesca-biondi-561.pdf
20. ROMBOLI Roberto. (2009). La Magistratura. En ROMBOLI R. (a cura di). Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Turín: Ed. Giappichelli. Tomo III, p. 229.
21. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 100.
22. Publicada en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, número 75 del 27 marzo de 1958.
23. ROMBOLI Roberto. La Magistratura, op. cit., pp. 233-234.
24. La actual conformación del Consejo Superior de la Magistratura, cuyo periodo va del período 2018 al 2022 se encuentra disponible en el siguiente sitio web: https://www.csm.it/web/csm-internet/csm/composizione/consiliatura-attuale
25. Artículo de opinión realizado por el profesor ordinario en derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Andrea Pertici denominado "L'elezione dei membri del CSM alla prova del cambiamento". Lo anterior fue publicado en blog: https://www.huffingtonpost.it/andrea-pertici/lelezione-dei-membri-del-csm-alla-prova-del-cambiamento_a_23482699/
26. Andrea Pertici "L'elezione dei membri del CSM alla prova del cambiamento".
27. PISANESCHI Andrea. (2015). Diritto costituzionale. Turín: Ed. Giappichelli, p. 563.
28. https://www.gruppodipisa.it/images/news/LetteraDelleCostituzionalisteItalianeAiPresidentiDelleCamere.pdf
29. En relación con el rol del presidente de la república como presidente del Consejo Superior de la Magistratura, en la sentencia número 1 del 2013, la Corte Constitucional indicó: "Le stesse considerazioni è possibile fare a proposito dei contatti necessari per un efficace svolgimento del ruolo di Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, che non si riduce ai discorsi ufficiali in occasione delle sedute solenni di quest'organo o alla firma dei provvedimenti dallo stesso deliberati, ma implica la conoscenza di specifiche situazioni e particolari problemi, che attengono all'esercizio della giurisdizione a tutti i livelli, senza ovviamente alcuna interferenza con il merito degli orientamenti, processuali e sostanziali, dei giudici nell'esercizio delle loro funzioni".
30. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 108.
31. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 113.
32. Ibid., p. 109.
33. https://www.csm.it/web/csm-internet/csm/commissioni/tutte-le-commissioni
34. DAL CANTO Francesco. Lezioni di ordinamento giudiziario, op. cit., p. 113. http://www.magistraturaindipendente.it/csm-composizione-delle-commissioni.htm
35. https://www.quirinale.it/page/csm
36. La Corte de Casación Italiana es "el organo supremo della giustizia che assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni e regola conflitti di competenza e di attribuzione, adempiendo agli altri compiti conferitigli dalla legge (art. 65 r.d. 12/30 gennaio 1941). Ha un'unica sede in Roma e giurisdizione su tutto il territorio della Repubblica e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato. È divisa in sezioni, ciascuna composta da un presidente e da 4 consiglieri, distinte per attribuzioni differenziate per materie. Quando una questione giuridica dà luogo a un particolare contrasto giurisprudenziale, la Suprema Corte, sollecitata dalla procura generale, da una sezione semplice o dal difensore, decide a sezioni unite, composte cioè da 8 consiglieri e dal primo presidente". En Enciclopedía Treccani http://www.treccani.it/enciclopedia/corte-di-cassazione/

37. Sobre el tema, se puede consultar el estudio de DAL CANTO Francesco. La magistratura honoraria en Italia, pp. 6-66. En Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, número 120, enero de 2017.
38. Corte Constitucional Italiana, sentencias números 497 del 2000; 262 del 2003 y 87 del 2009. El texto integral de las sentencias puede ser consultado en https://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do
39. https://www.csm.it/web/csm-internet/csm/sezione-disciplinare.
40. Decreto legislativo n.° 109/2006 denominado "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonche' modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150". El texto integral puede ser consultado en http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/06109dl.htm
41. CAMPANELLI Giuseppe. (2018). Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma. Turín: Ed. Giappichelli.
42. CAMPANELLI Giuseppe. (2018). Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di reforma. Torino: Ed. Giappichelli. DAL CANTO Francesco. (2018). Lezioni di ordinamento giudiziario. Turín: Ed. Giappichelli.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 71-92 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LOS PRINCIPIOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

LL.M. Alonso Salazar Rodríguez*
luis.salazar@ucr.ac.cr

RESUMEN:

El presente artículo aborda la problemática de las garantías procesales en la ejecución penal. Centra el objeto de estudio en cuatro garantías, a saber: la posición de garante del Estado frente a la persona privada de libertad, el principio de legalidad en el proceso de ejecución, la noción de debido proceso en la fase de ejecución penal y las condiciones mínimas en que debe cumplirse la pena privativa de libertad.

PALABRAS CLAVES: *Cárcel, debido proceso, principio de legalidad, condiciones mínimas de la pena privativa de libertad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

ABSTRACT:

This article analyzes the issue of due process in criminal enforcement. The object of this study focuses on four guarantees namely: the role of guarantor of the state against the detainee, the principle of legality in the enforcement process, the notion of due process in the enforcement phase and the minimum conditions that must be complied at imprisonment.

KEYWORDS: *Jail, due process, principle of legality, the minimum conditions at imprisonment, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission of Human Rights.*

Recibido 10 de setiembre de 2019 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Profesor catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Costa Rica; bachiller y 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.

La creencia de que el enemigo es más fuerte puede debilitar la resolución de lucha y provocar una derrota.
Andreski
La estupidez y la lentitud de pensamiento probablemente se distribuyen en forma bastante equitativa en todo el espectro social. Pero donde existe inteligencia y donde esta procura liberarse de las anteojeras de la respetabilidad, podemos esperar una visión más clara de la sociedad que en los casos en que se toma la fantasía retórica como si fuese la vida real.
Berger

Sumario.

1) Planteamiento del problema. 2) La condición de garante del Estado en la ejecución penal. 3) El principio de legalidad en la ejecución penal. 4) El debido proceso en la fase de ejecución penal. 5) Las condiciones mínimas de la ejecución penal.

Planteamiento del problema

Cuando se habla de la fase de ejecución penal, generalmente se cae en un sinsentido que deseo denominar la «paradoja de la ejecución».

Es una paradoja precisamente por ser una idea extraña u opuesta a la común opinión y al sentir de las personas, principalmente los legos, quienes no conocen el derecho [me atrevo incluso aquí a conjeturar (POPPER[1]), que muchas veces hasta los mismos operadores jurídicos)] caen en la cándida superstición de que el derecho penal, al ser el derecho de la pena y/o castigo, precisamente por derivar su nombre de la pena misma, enfatiza todo su arsenal teorético en la pena, fin último de su campo de estudio y, por supuesto, en su ejecución.

Tal ingenuidad, propia del ignaro, sería admisible en un mundo ficticio, alejado por completo de la vivencia misma del fenómeno jurídico penal y sus distintas manifestaciones; pero resulta impropio de quienes vivimos inmersos en este campo de estudio.

Cuando hablamos de la ejecución penal, en lenguaje de Iñaki Rivera, se trata aquí de la denominada "hija pobre del principio de legalidad"[2]. En nuestro medio en particular, este supuesto cobra especial trascendencia, por cuanto en Costa Rica, no existe una ley de ejecución penal que regule la forma en que se deben cumplir las penas; cómo se deben ejecutar las sentencias penales; en qué condiciones y términos, etc., sino que la ejecución penal está librada prácticamente de reglamentos de orden penitenciario y directrices administrativas.

El compendio de la normativa que regula la materia en nuestro país es el siguiente[3]:

- Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social.
- Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.
- Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario.
- Reglamento para la Autorización del Beneficio del Artículo 55 del Código Penal, a la Prisión Preventiva y a la Pena de Prisión de las Personas Privadas de Libertad.
- Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social.
- Reglamento de Valores en Custodia y Fondo de Ayuda a los Privados de Libertad del Sistema Penitenciario Nacional.
- Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad.
- Reglamento de Visita Íntima.

Durante los procesos de reforma iniciados en Costa Rica en la década de los años 70 del siglo anterior, se promulgó un nuevo Código Penal, un Código de Procedimientos Penales, el cual se mantuvo vigente hasta 1998. Se realizó el cierre de la Penitenciaría Central (un modelo panóptico, de corte decimonónico y arquitectura propia de

la época, construido en los albores del siglo XX y funcionó de 1906 a 1979) y se impulsó un sistema progresivo de penas, basado en la ideología de la resocialización penal, propia del estado del bien estar (welfare) que inspiró los procesos de reforma de la época.

Incluso el complejo penitenciario más grande de nuestro país, construido en esos años, se conoce como el Centro Penitenciario "La Reforma", precisamente en clara alusión a aquel movimiento ideológico y a los cambios que en teoría se pretendían introducir y que, finalmente, no produjeron los efectos deseados o, al menos, no correspondieron a los fines confesados de ese movimiento. Hoy en día, constituye un modelo sin ningún norte que no hace más que administrar las penas, de una manera bastante deshumanizada y en condiciones absolutamente inadmisibles en un Estado democrático de derecho. De ello puedo dar cuenta de manera directa, porque he estado allí en múltiples oportunidades[4] y he visto las condiciones carcelarias en mi país.

Este trabajo no es dedicado a la pena, ni a sus fines, ni su justificación filosófica y, por ese motivo, omitiré referirme al tema. Tampoco es un estudio de los reglamentos y directrices que al respecto se aplican en nuestro medio, pues son una diáspora de documentos ut supra citados, sin ninguna sistematización, jerarquización ni ordenación, que permitan hacer un tratamiento de estos, sino es en forma aislada y casuística. De esta forma, dejaré esos temas para otra oportunidad.

Deseo centrar el presente análisis con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como eje central, en el estudio de cuatro ideas (VAZ FERREIRA, pensamiento por ideas no por sistemas, con la consigna de ser ideas para tener en cuenta nada más[5]), el Estado como garante, principio de legalidad, debido proceso y condiciones mínimas de la ejecución penal.

Esta renuncia expresa que cualquier fin holístico no es gratuito, y encuentra fundamento en varias razones de tipo metodológico de las cuales (a manera de justificación) quiero ofrecer dos a la persona lectora: la primera, lógicamente la razón de espacio y extensión del trabajo, limitada por su condición de artículo de revista; y la segunda, la imposibilidad de abarcar todos los precedentes de la Corte, así como la doctrina existente al respecto.

Pergeñar una teoría tampoco es un fin de este trabajo, (concibo el derecho no como una disciplina normativa, sino como una tecnología social, (ALBERT 2007: 49-50). Deseo por ello, centrar mi análisis en llamar la atención acerca de una idea que me acompaña desde hace muchos años y al estilo de Gabo[6], podría aquí adelantarla: los y las penalistas hemos abandonado de manera incomprensible el fin último del derecho penal, privilegiando el desarrollo de teorías y metateorías sobre toda clase de cuestiones, muchas «sin trascendencia», y hemos dedicado muy poco esfuerzo intelectual a la ejecución penal.

2) *La condición de garante del Estado en la ejecución penal*

No cabe duda de que la condición de privado de libertad de un individuo es la más clara manifestación del ejercicio monopólico de la violencia estatal que es como se entiende aquí el sistema jurídico pena[7]. Esa condición del sujeto que es «alcanzado» por los tentáculos del poder sancionador lo coloca en una condición particular y cuando es privado de libertad, forma una especial relación de sujeción del individuo en relación con el Estado y de este último, de supremacía absoluta sobre el particular.

En las sentencias de los casos *Tibi e Instituto de Reeducación del Menor "Panchito López"*, así como anteriormente en las resoluciones de los casos Hilaire, Constantine y Benjamín (sentencia del 21 de junio de 2002) y Bulacio (sentencia del 18 de septiembre de 2003), al igual que en la Opinión Consultiva OC-17/02, emitida el 28 de agosto de 2002, sobre la situación jurídica y los derechos

del niño, la Corte Interamericana ha afirmado la condición específica de garante que corresponde al Estado con respecto a los derechos de quienes se hallan sometidos a privación o restricción de libertad en instituciones del poder público y a cargo de agentes de este[8].

Esta especial condición del ciudadano privado de libertad, quien no tiene más opción que cumplir su condena en las condiciones que el Estado determine, la forma y lugares en que se le ubique, en una convivencia obligatoria con otras personas so pena de ser sometido violentamente por el Estado mismo a través de la Policía penitenciaria, lo colocan en una condición de sometimiento total a la institución penitenciaria, pero a la vez, lo hacen vulnerable a las relaciones de poder inherentes a la condición de privado de libertad.

CASTILLO señala que, si poder es la potestad de imponer decisiones a los demás, el ejercicio del poder estatal es, en el sentido más puro del término, ejercicio político. Si el poder del Estado se emplea en propiciar el desarrollo de la sociedad o en tratar el fenómeno criminal, es cosa poco menos que circunstancial: ambas cosas tienen en común la misma esencia, es decir, son práctica o ejercicio del poder estatal[9].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, en el derecho penal, el garante del bien jurídico está llamado a responder del resultado lesivo que no impide, pudiendo y debiendo hacerlo, bajo la fórmula de la comisión por omisión. En la jurisprudencia de la Corte se ha manejado el concepto de garante con una caracterización que guarda cercanía conceptual con la que acogen los ordenamientos de aquella materia: por una parte, la existencia de una obligación que proviene de determinada fuente; por la otra, la presencia de un resultado lesivo típico que se pone en la cuenta del obligado[10]

En este mismo sentido, el juez García señala que

> *está claro que el Estado debe proveer ciertas condiciones de vida y desarrollo a todas las personas que se hallan bajo su jurisdicción. Hacerlo así –particularmente, aunque no exclusivamente, en lo que corresponde a la seguridad y la justicia– constituye, inclusive, una "razón de ser" del Estado, y por lo tanto un punto de referencia para ponderar la justificación y eficacia del poder público. Ahora bien, esa obligación y la responsabilidad consecuente se extreman, adquieren una intensidad mucho más acentuada, son aún más exigibles, con todo lo que ello supone, cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del Estado –por ejemplo, en una "institución total", donde todo se regula y supervisa– y no puede, por sí mismo, ejercitar sus derechos e impedir el asedio de quienes los vulneran[11].*

La Corte Interamericana ha establecido también que

> *como parte de las obligaciones generales de los Estados, estos tienen un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención […][12].*

Una primera conclusión: Aceptado como ha sido, que la relación de ejecución penal, por su carácter coercitivo, coloca al individuo en una sujeción con respecto al Estado en cuanto al momento, lugar, modo, forma de cumplimiento y demás condiciones relacionadas con el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El Estado que ha colocado al individuo en tal condición no puede renunciar a ser garante de que el cumplimiento de la pena se ejecute en condiciones que respeten la condición humana y los derechos inherentes al

ciudadano en cuanto tal parto aquí, de manera dispositiva–sin entrar por ahora en ningún tipo de conflicto epistemológico– de la definición de los derechos humanos con carácter inherente de la persona13.

Téngase presente que esta es, por así decirlo, la posición mayoritaria. Al respecto LLOBET (2007: 45) apunta que el principio sobre el que giran los diversos derechos humanos es el de dignidad de la persona, el cual parte de que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene una serie de derechos, y se prohíbe el trato discriminatorio. En ese sentido, la consideración del ser humano es relevante conforme al imperativo kantiano, como un fin en sí mismo, al no podérsele tratar como un mero objeto o instrumento[14].

3) El principio de legalidad en la ejecución penal

En relación con el principio de legalidad, la persona lectora debe tener presente lo indicado ut supra, en cuanto a que en torno a su contenido como garantía de ejecución, este ha sido visto como «la hija pobre», a la que no se le presta la atención debida.

LLOBET (1999:123) señala que se hace una distinción del principio de legalidad en garantía criminal y garantía penal que corresponde al sentido tradicional del principio de legalidad expresado por Beccaria; garantía procesal y jurisdiccional que exige que, para el juzgamiento de los delitos, se siga el proceso judicial establecido legalmente; y garantía de ejecución o de legalidad de la ejecución que requiere que la pena se ejecute conforme a las disposiciones legales respectivas, requiriendo en definitiva también la regulación por ley de las condiciones de ejecución de la pena[15].

El artículo 9 de la Convención señala:
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello[16].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que el principio de legalidad es la piedra basal del Estado de derecho y principio estructural del derecho penal. Al entroncar con los principios de certeza y de seguridad jurídica, se despliega en una serie de principios que le sirven de complemento: 1) de la garantía criminal, 2) de la garantía penal, 3) de la garantía jurisdiccional, 4) de la ejecución penal, 5) de irretroactividad y prohibición de la retroactividad desfavorable, 6) de prohibición de la analogía, 7) de reserva de ley y de ley orgánica, 8) de la proporcionalidad o conmensurabilidad de la pena, 9) de prohibición de la creación judicial del derecho, 10) de la no indeterminación de la ley, 11) de la reforma peyorativa de la sentencia o *reformatio in peius, etc*[17].

Llama poderosamente la atención (aquí retomo lo ya dicho en torno al desarrollo de teorías y metateorías penales) que se centra el énfasis en los aspectos "perimetrales" del asunto sin entrar en lo verdaderamente importante. No debe perderse de vista aquí el proverbio que indica: "Cuando el sabio señala la Luna, el necio se queda mirando el dedo".

Lo anterior se debe a que el problema en relación con la garantía de ejecución penal derivada del principio de legalidad, debe procurar, según la entiendo, que el condenado "cumpla su condena". Pero dicho cumplimiento no puede "degenerar" en sufrimientos y/o tratos crueles o inhumanos o degradantes derivados ya no de la "sentencia", sino de su ejecución.

La Corte indicó que

> *[e]l sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen.*

> *En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.*[18]

Un ejemplo de lo que deseo exponer es el caso, conocido por nuestra Sala Constitucional con respecto al uso de gas mostaza en el ámbito penitenciario como *offendiculum* para controlar a los privados de libertad. La Sala hace referencia al recurso de habeas corpus número 06-001545-0007-CO, resuelto mediante sentencia 2006-03678, y con base en los dictámenes y peritajes utilizados en ese caso, la Sala no tiene claro el uso de gas mostaza en el caso bajo estudio; pero sí le resulta totalmente claro, que se empleó gas vesicante[19], en una actuación policial efectuada por un elevado número de agentes.

La Sala reconoce que el personal de seguridad penitenciario debe garantizar el orden institucional con personas que, a menudo, demuestran conductas agresivas y severos problemas convivenciales. Y literalmente indica que

> *No obstante, en cualquier circunstancia, las prácticas de contención no pueden sobrepasar el límite de lo permitido, desde el punto de vista de la dignidad humana. Si para reducir de manera racional a la impotencia a un privado de libertad se aplican gases mostaza u otros tóxicos como el gas CN, resulta obligatorio declarar que tales técnicas son contrarias a la dignidad e integridad personales y, como tales, prohibidas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Como la Sala dispone, en su sentencia 2006-03678, la prohibición de la tortura y los tratamientos crueles y degradantes es absoluta[20]. Se trata de un derecho fundamental sin limitación ni límite alguno: cualquier acto que constituya tortura está vedado por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esta prohibición está contemplada, además, del artículo 40 de la Constitución Política, el cual prohíbe los "tratamientos crueles o degradantes".

La Sala declara con lugar el recurso, por vulneración de la dignidad humana y los derechos fundamentales del amparado a la salud y no ser objeto de tratamientos crueles y degradantes. Señala que cualquier utilización del gas mostaza (mostaza azufrada) contra una persona y, en particular, su uso para reducir a impotencia a un privado de libertad es violatorio del derecho de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El uso del gas CN es igualmente violatorio de los derechos y las libertades fundamentales. Asimismo, ordenó que, en forma inmediata, se iniciaran los procedimientos administrativos contra los recurridos, a fin de establecer las responsabilidades disciplinarias correspondientes.

Por su parte, la Corte entiende que, en la elaboración de los tipos penales, es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. "La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad […] que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana"[21].

Nótese cómo la Corte pone el énfasis en cuanto a la definición de tipos penales, de acuerdo con su

construcción, interpretación, contenido, sentido, etc. La pregunta que me planteo en este punto es: ¿Qué debemos entender por pena privativa de libertad?, ¿en qué consiste?, ¿cómo se cumple?, ¿cómo se computa?; algo más mundano, más simple: ¿Cuándo dice X años de cárcel o prisión? ¿qué significa pragmáticamente "cárcel o prisión"?

El artículo 1.1 de la Convención establece la obligación general que los Estados partes tienen de respetar los derechos y las libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. No debemos perder de vista esta obligación, no se excluye por encontrarse una persona privada de libertad.

En cumplimiento de esa obligación de garantía, el Estado parte tiene la obligación erga omnes de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como la Corte ha indicado, tal obligación general se impone no solo en relación con el poder del Estado, sino también con las actuaciones de terceros particulares[22].

La Corte ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado[23].

Los deberes especiales se derivan de estas obligaciones generales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención impone a los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el derecho internacional general[24;25]; .

Una segunda conclusión: En la jurisprudencia de la Corte, la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional y la doctrina tanto internacional como nacional, al hablar del principio de legalidad, pone especial énfasis en los aspectos "definitorios" y las "reglas de interpretación de los tipos penales" para lograr una "correcta" aplicación de la ley. No he encontrado aún (y no es poco lo que he buscado) una sola observación o apunte en cuanto a la forma de interpretar la pena, su forma de cumplimiento, objetivos implícitos y/o manifiestos y condiciones de cumplimiento de la pena que se hagan en el momento de juzgar a los individuos.

En sus sentencias, las persona juzgadoras hacen análisis de las conductas, análisis de prueba, análisis de las normas, inferencias lógicas para vincular las conductas humanas con los tipos penales, incluso se toman la molestia de fundamentar el quantum de la pena (no siempre de la mejor manera). Pero no he visto un solo cuestionamiento en torno a las condiciones de cumplimiento, a los fines de la pena que se impone en el caso concreto no en abstracto (art. 51 del CP), no he encontrado una sola sentencia que explique en el momento de su imposición, en relación con los aspectos establecidos en el artículo 71 del CP, qué es lo que se pretende en el caso particular.

Incluso, la frase lacónica de las sentencias penales, la cual indica "pena que deberá descontar en el lugar y forma que indiquen los respectivos reglamentos penitenciarios" transmite una idea de que "hasta aquí llegamos". El resto no nos corresponde a nosotros; los jueces y las juezas decidimos su responsabilidad, no su vida. Eso es un problema de cumplimiento de la pena, ya

no es nuestro asunto (me refiero a los jueces y las juezas). Entonces pregunto, ¿para qué estudiar derecho penal, si no nos importa la pena?

4) El debido proceso en la fase de ejecución penal

LLOBET (1999: 207) señala que el origen del debido proceso se encuentra en el derecho anglosajón, pero que ha llegado a ser admitido junto con el principio de presunción de inocencia[26] con el que, en ocasiones, se le llega a identificar, como el principio del que se derivan las diversas garantías procesales en el proceso penal.

Coincido con AGUILAR (2010:102) en que la Administración penitenciaria, como se desprende de ese mismo nombre, depende del Poder Ejecutivo y se rige, entonces, por las leyes y los principios elementales del derecho administrativo. El "procedimiento administrativo" se ubica dentro de los que la doctrina más respetable ha denominado "las garantías formales de la posición jurídica del administrado"[27].

En mi caso, otra de las grandes dudas que me atormentan en torno a la ejecución penal, es la relacionada con las garantías penales en la fase de ejecución. Debo ser claro, que tengo serias dudas acerca de si realmente el privado de libertad tenga derechos. Esta última idea debe ser aclarada porque podría mal interpretarse de una forma lamentable.

De manera dispositiva, defino "derecho" como el reconocimiento por parte del Estado de una "necesidad". Bajo este entendimiento, al no existir en nuestro medio una ley de ejecución penal, la materia referente los "beneficios carcelarios" que una persona privada de libertad pueda recibir durante su ejecución debe ser vista entonces como eso, "un beneficio"[28]; es decir, lo primero por comprender aquí es que ninguna necesidad de las personas privadas de libertad es reconocida como tal por el sistema a nivel legal y, por tanto, carecen de derechos (se dice que los tienen, al menos los derechos humanos, los civiles y políticos, pero cómo se hacen valer esos derechos y en qué medida se disfrutan; esa es otra historia).

Véase un caso «curioso» que ilustra mi punto de vista:

> *Respecto de los derechos a las garantías y protección judiciales, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención, el Estado reconoció que los hechos del presente caso se mantienen en la impunidad y que ello viola el derecho de los familiares de las víctimas [¿y los privados de libertad qué, no importan?]y propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos [¿de quién, de esas víctimas o de los privados de libertad?]. Además, toda la actividad procesal desplegada por las autoridades judiciales hondureñas se dirigió a establecer la responsabilidad penal del entonces director del Centro Penal de San Pedro Sula al momento del incendio. En este sentido, la decisión de sobreseimiento por parte de los órganos judiciales determinó que la responsabilidad de los hechos recaería en otras autoridades. Sin embargo, no se investigó con la debida diligencia a ninguna otra autoridad. Por otra parte, han transcurrido más de siete años sin haberse deslindado las responsabilidades correspondientes de un hecho que desde el principio se establecieron sus causas, razón por la cual tal plazo excede lo razonable para este tipo de investigaciones. Por lo anterior, el Estado no proveyó a los familiares de las víctimas de un recurso efectivo para esclarecer lo sucedido y determinar las responsabilidades correspondientes, lo cual violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.*[29] *(La negrita, subrayado y corchetes son suplidos por el autor).*

Una lectura "poco reflexiva" del pasaje transcrito no permite advertir lo que señalo. Se analizan a profundidad por el fallo estudiado, los derechos de las familias de los privados de libertad que murieron calcinados en una cárcel hondureña, se valoran en concreto las consecuencias del siniestro y los derechos resarcitorios de los sobrevivientes; pero, y es aquí donde quiero enfatizar, no encuentro en el fallo, un análisis en torno a las violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad por las condiciones en que se encontraban, no se extiende el análisis a las condiciones de los demás privados de libertad "quienes aún no han muerto", pero que se encontraban y se encuentran en condiciones de riesgo similares o, incluso, "peores". Entonces, resulta que la Justicia se torna en "reparadora", no tiene efectos preventivos, sino paliativos.

Esta forma de actuar transmite una idea nefasta, a saber: "si no hay consecuencias que lamentar, no hay violaciones de derechos humanos". En el fondo, nótese que se están reconociendo los derechos de los y las familiares de las personas privadas de libertad "víctimas", pero ¿y los derechos de los presos y las presas?

El juez García nos define el debido proceso, diría yo, con carácter *cuasi epopéyico:*

> *El debido proceso –due process, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento–, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además, constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quién lo suyo, por parte del tribunal; en suma, fair trial. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso*[30].

Tal definición, más emotiva que efectiva, se limita a presentar el debido proceso como una característica del "proceso" que no representa más que una *engañapichanga* de incautos que no han entendido que, al hablar de "proceso," no nos referimos a la ejecución penal, sino al juzgamiento.

Por tanto, tal falacia de construcción oculta la verdad "más que evidente" de que la persona privada de libertad está a disposición de sus carceleros; por lo general, despiadados ignorantes que la ven como una "no ciudadana", como una "enemiga" (JAKOBS), quien debe agradecer cualquier deferencia hacia ella, pues se trata de una o un "delincuente quien descuenta una pena", y por ende, encuentra sus derechos suspendidos (MELOSSI/PAVARINI).

> *Habíamos ganado un amplísimo terreno en la procuración del debido proceso. La Corte se ha referido a este en la Opinión Consultiva OC-16/99, acerca de "El derecho a la información sobre la asistencia consular", del 1 de octubre de 1999, a la que agregué un voto particular en el que analizo este punto como un sistema de garantía con poder expansivo.*
>
> *La estática del debido proceso, guarecido en ciertos actos, derechos y garantías inderogables, se ha reforzado con la dinámica moderna de ese concepto: un progreso constante que ha traído consigo, al paso de la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, nuevos derechos y garantías emergentes, que concurren a formar la idea y la práctica más avanzadas del debido proceso.*

En esta misma línea discursiva, el juez García recorre los grandes avances que se han alcanzado en torno a la noción de "debido proceso". En esta evolución, se añadieron y florecieron el derecho al silencio, la asistencia oportuna de abogado defensor, el derecho a la información inmediata sobre los cargos que motivan el procedimiento, las restricciones a la prisión preventiva, las garantías judiciales en la adopción de medidas cautelares o en la práctica de ciertos actos de investigación, el derecho a la información sobre la asistencia consular en beneficio de personas enjuiciadas extranjeras, el carácter público y oral del proceso, el descrédito de la prueba confesional, para no mencionar sino algunos de los avances que ha llegado a incorporar el debido proceso, desbordando su núcleo original.

Resulta un tanto paradójico el abandono manifiesto de la noción de debido proceso en torno a ejecución penal, por cuanto la misma Corte expresamente ha indicado:

> *Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, "lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción[32]".*

De lo dicho, se infiere que, en definitiva, la Corte se inclina por la garantía judicial en la noción de "debido proceso"; pero la verdadera pregunta sería ¿cómo puede garantizarse lo que no existe? Si no existe un cuerpo normativo con carácter de ley que establezca los derechos y los deberes de las personas involucradas tanto activa como pasivamente en el proceso de ejecución de una sentencia penal, y no se establecen normas procedimentales claras en torno a los medios para hacer valer tales disposiciones, señalaría emulando a BELING que, evidentemente sin una ley de ejecución penal –que pueda tocar a la persona privada de libertad– es falaz hablar de debido proceso en la ejecución de la pena.

Por otra parte, esta Corte ha establecido en la Opinión Consultiva OC-16/99 que "para que exista 'debido proceso legal' es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables[33].

En este último precedente citado, se ha indicado que

> *[…] la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que "sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho[34]", es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial[35].*

Claro que, cuando hablo de que exista una ley que regule la ejecución penal, esta debe ir acompañada de mecanismos que la hagan aplicable y que no sea más que letra muerta. Como la Corte lo ha expresado en relación con los recursos, dichos mecanismos deben ser efectivos.

Sobre el particular, la Corte ha reiterado que no basta con que se prevea la existencia de recursos[36], si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención[37].

MONTENEGRO apunta (2001:61) otro dato curioso, para mi gusto, más retórico que pragmático, quien refiriéndose al tema, señala que el principio del debido proceso se extiende necesariamente a la población penal y que, sobre esto, se puede extraer del voto de la Sala Constitucional número 6829-93, que el

condenado recluido en una prisión no solo tiene deberes, sino también derechos que han de ser reconocidos y amparados por el Estado.

Al respecto pregunto ¿cuáles deberes, ¿de dónde los saca el autor?, ¿quién se los estableció? ¿Se le condenó al cumplimiento de ciertos deberes o qué? Peor aún, con respecto a los derechos, si estos han de ser reconocidos por el Estado, entonces aun no existen, serán derechos en cuanto sean reconocidos, antes de ello, se quedan en el mero plano de las expectativas jurídicas y, desde luego, una vez reconocidos, podrán ser exigidos por la persona privada de libertad, mas nunca antes de ello.

Una tercera conclusión: La noción "debido proceso", en el plano de la ejecución penal, como también en general, es polisémica, ambigua, tiene más un contenido emotivo-retórico que concreto. Es una especie de cascarón vacío que puede ser llenado con cuanto contenido se le ocurra al intérprete que encuentra en la palabra "debido" una suerte de legitimación im voraus *[es decir, por adelantado]*.

En el plano estrictamente de la ejecución penal, la ausencia de una ley que establezca de manera clara y precisa la forma, momento, lugar y demás condiciones del cumplimiento de la pena, hace de esta noción, de por sí porosa y polisémica, una verdadera utopía, librada al arbitrio del intérprete de turno.

Me adelanto a la crítica que no estamos aquí frente a lo que VAZ FERREIRA señala como una simple cuestión de palabritas o lo que WITTGENSTEIN identifica como juegos del lenguaje, sino que, a como yo lo veo, estamos más bien frente a lo que LLEWELLYN o FRANKL conciben como la diferencia entre la Law in action o law in books (la ley en cuanto texto y la ley en la práctica).

Creo firmemente que la ausencia de una ley de ejecución penal ha llevado a que, en la práctica, la ejecución de la pena no sea más que arbitraria e inhumana dejando de lado el plano meramente semántico y volviendo los ojos hacia el plano pragmático de nuestra realidad penitenciaria.

5) Las condiciones mínimas de la ejecución penal

Cuando hablo de condiciones mínimas, me refiero a las condiciones básicas de existencia del ser humano que no afecten su dignidad. No debe perderse de vista que a la persona privada de libertad se le ha condenado a eso; es decir, a vivir privado de su libertad ambulatoria, no se le ha rebajado su condición a "no ser humano". Por tal motivo, la privación de libertad debe ser compatible con la condición de ser humano, de ciudadano o ciudadana, de persona.

Al respecto la Corte ha señalado:

> *Este Tribunal ha establecido que, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Además, el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los privados de libertad, en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas*[38].

No solo en Costa Rica, sino también en prácticamente todo el mundo, la condición de las prisiones ha sido, por lo general, objeto de análisis y críticas. Conozco al menos un caso en Europa, específicamente en Alemania, durante mi estancia por razones de estudio, haber visitado la cárcel del Friburgo de Brisgovia en compañía de Hans Jörg Albrecht a la sazón y todavía director del área de Criminología del Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht con sede en esa ciudad, y mi sorpresa y la de mis compañeros no se borran de mi mente, pues durante la visita guiada en dicha cárcel intercambié algunas palabras con el director quien

nos instruía al respecto sobre las condiciones carcelarias, los problemas de las "listas de espera" para ingresar a prisión y los reclamos de los presos por más drogas suministradas por el sistema, mejor conexión a Internet, una mejor biblioteca y algunas otras que, con el pasar de los años, ya no preciso.

Mi sorpresa fue que no tenía idea de las "excelentes condiciones" en las que se descontaba la pena en Alemania, al menos en dicha cárcel, y me llamaban la atención mis compañeros, quienes veían como normal dichas condiciones, y la cara de sorpresa que mostraban cuando yo les indicaba las condiciones de las cárceles en mi país.

El tema ha sido abordado por la Corte y, al respecto, ha señalado:

Este Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad[39]. En particular, como ha sido establecido por esta Corte:

a. el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal[40]; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios[41];

b. la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición[42];

c. todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia[43];

d. la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente[44];

e. la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario[45] y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;

f. la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;

g. las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios[46]. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias[47];

h. todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene[48];

i. los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad[49];

j. los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano[50], y

k. las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales[51], la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas[52].

La observancia de las condiciones mínimas por parte de los Estados parte como garantía de

ejecución penal ha sido considerada por la Corte como

> *[una] de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de [procurar] a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención*[53].

La Corte ya ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar –garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto a toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado[54].

De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención impone a los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el derecho internacional general[55].

Se han sentado responsabilidades en contra de un Estado parte por inobservancia de las condiciones mínimas de las personas privadas de libertad específicamente con "respecto del deber de garantizar el derecho a la vida, el Estado reconoció que era responsable de la violación del artículo 4.1 de la Convención Americana, por la muerte de las 107 víctimas, como consecuencia de una cadena de omisiones de las autoridades (supra párrs. 29 a 50), entre ellas las condiciones específicas de la bartolina n.° 19 y la negligencia de las autoridades para prevenir el incendio.

Por otra parte, en relación con el derecho a la integridad personal, el Estado es responsable de la violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, debido a que tales detenidos padecían muchas de las condiciones de detención calificadas como tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como por la forma en que murieron dichos internos, lo cual constituyó una violación del derecho a la integridad personal, incompatible con el respeto a la dignidad humana.

Además, el Estado violó el artículo 5.6 de la Convención, al no permitir a los internos realizar actividades productivas, por considerarlos miembros de la mara Salvatrucha. Finalmente, el Estado violó el artículo 5.4 de la Convención, en perjuicio de los 22 internos que se encontraban en prisión preventiva por el delito de asociación ilícita, quienes compartían en la misma celda con internos condenados.

Adicionalmente, el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención en perjuicio del grupo de 83 familiares individualizados, debido a los sufrimientos inherentes al maltrato a los fallecidos durante el incendio, la demora en los trámites de identificación y reclamo de los cadáveres en la morgue, así como por la inacción de las autoridades en esclarecer y establecer responsabilidades por los hechos[56].

A diferencia del supuesto ut supra analizado del debido proceso, en cuanto a las condiciones de las personas privadas de libertad, la Corte ha abordado el tema y ha señalado la existencia de un deber adicional de prevención de situaciones críticas:

> *[…] la Corte ha establecido que el Estado en su función de garante debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia[57]. En este sentido, el Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, manutención y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia ó incendios y en el evento que se produzcan estas situaciones se pueda reaccionar con la debida diligencia, garantizando la protección de los internos o una evacuación segura de los locales[58]. Entre esos mecanismos se encuentran sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, alarmas[59], así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los privados de libertad[60].*

La Corte indica también que, en "los términos del artículo 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos"[61].

La incomunicación ha sido concebida como un instrumento excepcional por los graves efectos que tiene sobre el detenido, pues "el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecient[a] el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles"[62].

La Corte sostuvo en el caso Loayza Tamayo que

> *[l]a infracción del derecho a la integridad física[63] y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos [...] El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima[64].*

En el mismo caso, la Corte afirmó:

> *[t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.*

Asimismo, la Corte Interamericana manifiesta que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad, y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos[65].

En este mismo caso, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también ha sostenido que "[…] la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en lo conducente que nadie debe ser sujeto a la tortura o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes"[66].

No solo en el ámbito interamericano, sino también el ámbito europeo al analizar el caso del

llamado "corredor de la muerte", se ha hecho énfasis en la necesidad de valorar adecuadamente las condiciones de los privados de libertad:

> *[…] la Corte Europea determinó en el Caso Soering vs. Reino Unido que el llamado "fenómeno del corredor de la muerte" (death row phenomenon) es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución*[67].

Una cuarta conclusión: La pena privativa de libertad, pena principal por excelencia del sistema penal, es eso, privación de libertad, la cual, lógicamente por la forma en que debe ejecutarse, conlleva la limitación de otras libertades propias del encierro. No pretendo aquí discutir si la pena de cárcel como tal, tiene o cumple algún fin. Estoy dando por sentado que, en el estado actual de la cuestión, dicha pena existe y, aplicando aquí un principio de neutralidad valorativa (WEBER), omito referirme a esta en términos de ser y deber ser. Lo que sí apunto y me parece el quid de la cuestión (por ahora), es que, bajo ningún concepto, la ejecución de la privación de libertad debe llevar aparejada una forma tal de ejecución, de que más allá de la cárcel en cuanto institución, la persona privada de libertad deba sufrir consecuencias mayores y distintas de las previstas. Al reo se le condena a estar preso, no se le condena a perder su condición de ser humano, no se le degrada ni se le convierte en un "no ciudadano". Por tal motivo, la ejecución penal no puede obviar el hecho de que debe ajustarse a la condición del individuo y respetarla de un modo absoluto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Herrera, G. (2011). Ejecución de la pena. historia, límites y control jurisdiccional. San José: Poder Judicial, Defensa Pública.

Albert, H. (2007). La ciencia del derecho como ciencia real. México: Distribuciones Fontamara, S. A.

Andreski, S. (1973). Las ciencias sociales como forma de brujería. Madrid: Taurus Ediciones.

Berger, P. (1967). Introducción a la sociología. México; Limusa, 3 ed.

Castillo Barrantes, E. (2008). Vida social y derecho. Cuarenta años de investigación y análisis. San José: Editorial Jurídica Continental.

Defensoría del Pueblo. (2004). La ejecución de la pena privativa de libertad. Análisis y perspectivas para una reforma penitenciaria. Lima.

Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline. (1984). Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A.

Llobet Rodríguez, J. (2007). Derechos humanos y justicia penal, San José: Poder Judicial, Escuela Judicial.

Llobet Rodríguez, J. (1999). Garantías y sistema penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria. San José: Arete.

Llobet Rodríguez, Javier. (2005). Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy. Segunda edición, San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Melossi, Dario/Pavarini, Massimo. (1985). Cárcel

y fábrica. Segunda edición: México: Siglo XXI editores.

Montenegro Sanabria, C. (2001). Manual sobre la ejecución de la pena. San José: IJSA.
Popper, K. Conjeturas y refutaciones. (1972). El desarrollo del conocimiento científico. Barcelona: Paidós.

Salazar Rodríguez, A. (2012). Poder político y fenómenos de criminalización. Estudio sobre el poder político "derivado" y "oculto" hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente. San José: Isolma.
Silva Portero, C. (2008). Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de la libertad. Quito: V & M Gráficas.
Vaz Ferreira, Carlos. (1963). Lógica viva (Adaptación práctica y didáctica). Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Texto original de 1910.

Notas al pie

1. POPPER, K. (1972) in toto.
2. El profesor Rivera señala que el principio de legalidad se compone de cuatro garantías: a) No hay delito sin ley (nullum delicte sine lege), b) No hay pena sin delito (nullum poena sine delicte), c) No hay delito sin proceso (nullum delicte sine procesum) y d) La hija pobre del principio de legalidad: la garantía de ejecución penal conforme a la ley y en estricto apego a los derechos fundamentales del imputado.
3. El texto de toda la normativa citada se encuentra al alcance bajo la dirección: http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leyes.html. (Consultado el día 9 de septiembre de 2012).
4. Incluso, puedo afirmar que he sido "cliente" del sistema, por lo que lo conozco por dentro, razón más que me acredita para verter esta opinión.
5. VAZ FERREIRA, C. (1910) obra cuya lectura se recomienda en forma completa por la profundidad y agudeza del pensamiento de su autor y su capacidad para ver los detalles que otros no han logrado ver hasta mucho tiempo después
6. Recordemos aquí su novela intitulada: Crónica de una muerte anunciada.
7. HULSMAN define al derecho al igual que "la teología moral, la interpretación de las entrañas, la astrología en cuanto a su funcionamiento como sistemas señalando que funcionan de la misma manera […]". Son sistemas que tienen su propia lógica, una lógica que no tiene nada que hacer con la vida ni con los problemas de la gente. En cada sistema, me decía, se hacen depender las respuestas de signos que no tienen nada que ver con las verdaderas cuestiones planteadas". HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:16). Más elocuente y ejemplificativa de la posición de HUSLMAN deviene la cita que hace de ORTEGA Y GASSET: "Se construyen sistemas abstractos para sentirse seguro en tanto civilización y se trabaja para perfeccionarlos. Pero, con el tiempo, su elaboración se ha hecho detallada y las condiciones para las cuales han sido creados dichos sistemas han cambiado de tal manera que toda esta construcción no corresponde ya a nada. La distancia entre la vida y la construcción llega a ser tan grande, que ésta se reduce a ruinas […]". Ibid. p. 17.
8. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi Vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004. En adelante citado como García. Voto.
9. Así CASTILLO E. (2008: 357).
10. García. Voto.
11. García. Voto.
12. Corte I.D.H., Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A n.° 11, párr. 34. […] . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002.
13. En otro sitio y con respecto al derecho penal, he manifestado a partir de una idea que el mismo Eugenio Raúl Zaffaroni (ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, manifestó en el cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: "Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación" (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires)], ha indicado, a saber: que "la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales" y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social "no es absolutamente directa". Sin embargo, teniendo claro lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa [producto de esa manifestación], en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no

solo el contenido de los tipos penales, sino que al mismo tiempo la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica. Esta idea, creo es válida ceteris paribus cuando hablamos de derechos humanos, no obstante, por no ser este el lugar adecuado para tal discusión, la reservo para otro más oportuno". Cfr. Salazar (2012: 21).

14. Cfr. con referencias adicionales.
15. Cfr SALAZAR (2012:159 y sgtes).
16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.
18. Cfr. La Expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A n.° 6, párr. 21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
19. Las sustancias vesicantes, llamadas también agentes vesicantes, son sustancias que pueden ser sólidas, líquidas o gaseosas y que, en contacto con la piel, producen irritación y ampollas. Su acción va desde la irritación leve de la piel a la ulceración y fuertes quemaduras y llega a producir la destrucción de los tejidos. Los ojos son una zona especialmente sensible a ellas. También, en el caso de ser ingeridas o aspiradas, pueden producir un efecto asfixiante por su acción vesicante en la tráquea y los bronquios (las células muertas producidas por esta acción pueden llegar a obstruirlos). Así http://es.wikipedia.org/wiki/Vesicante.
20. La Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) coordina las actividades de la red SOS-Tortura, que constituye la mayor coalición del mundo de organizaciones no gubernamentales de lucha contra la tortura y los malos tratos, la detención arbitraria, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras violaciones graves de derechos humanos. La creciente red global de la OMCT comprende actualmente 282 organizaciones locales, nacionales y regionales en 92 países extendiéndose a todas las regiones del mundo. Un aspecto importante del mandato de la OMCT consiste en responder a las necesidades de promoción y defensa y de creación de capacidad de los miembros de su red, incluyendo la necesidad de desarrollar estrategias efectivas de litigación internacional, a fin de asistir a las víctimas de tortura y de malos tratos a acceder a recursos legales cuando ninguno está disponible a nivel interno, así como de darles apoyo en su lucha por acabar con la impunidad en Estados donde la tortura y los malos tratos son endémicos o representan prácticas toleradas. Así Martín/Pinzón, op. cit.
21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
22. Cfr., en ejercicio de su función contenciosa, Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C n.° 140, párrs. 113 y 114; Caso de la "Masacre de Mapiripán". Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C n.° 134, párrs. 111 y 112; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C n.° 124, párr. 211; Caso Tibi. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.° 114, párr. 108; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C n.° 110, párr. 91; Caso 19 Comerciantes. Sentencia del 5 de julio de 2004. Serie C n.° 109, párr. 183; Caso Maritza Urrutia. Sentencia del 27 de noviembre de 2003. Serie C n.° 103, párr. 71; Caso Bulacio. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C n.° 100, párr. 111, y Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C n.° 99, párr. 81. Ver también, en función consultiva, cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 140. Además, al haber ordenado medidas provisionales, cfr. Caso el Internado Judicial de Monagas ("La Pica"), considerando décimo sexto; Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de noviembre de 2005, considerando décimo cuarto; Caso de las

Penitenciarias de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2005; Caso del Pueblo Indígena Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución del 6 de julio de 2004; Caso de la Comunidad Kankuamo. Medidas Provisiones. Resolución del 5 de julio de 2004; Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución del 6 de marzo de 2003. p. 169; Caso de la Comunidad de Paz de San José Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002. p. 141 y Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales. Resolución del 18 de junio de 2002. p. 53. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarias de Mendoza.

23. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 111, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.°. 18, párr. 140.
24. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 108, y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 72.
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pacheco Teruel y Otros vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012. Cfr. resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de marzo de 2006. Medidas provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.
26. Debo aclarar que no acepto de buena gana la existencia en el proceso penal de un principio de presunción de inocencia; más bien, me inclino por señalar que lo que existe es un principio de presunción de culpabilidad. Comparto con Velez Mariconde la tesis de que lo que existe es un estado de inocencia que cede ante la existencia de una sentencia condenatoria. De lo contrario, no tendría el menor sentido sostener que se presume inocente a quien se le investiga ¿por qué se le investiga entonces?
27. Si es correcto o no, que la pena privativa de libertad sea administrada por el Poder Ejecutivo y no por el Judicial, es harina de otro costal. En mi opinión, debería judicializarse la pena, pero no me es posible señalar aquí, en razón de la materia tratada, dicho punto, baste por ahora indicar que, al trasladarse la ejecución penal a la administración, se corrompe el sistema, se deslinda la responsabilidad de las personas juzgadoras y se confunde al administrado. De nada me sirve un proceso judicial lleno de garantías, si el fin último de este, que es la administración de una pena, cobra vida en un ente burocrático de la administración que no se entera "ni quiere enterarse" de los principios rectores del procedimiento judicial y parte del reduccionismo de que, para todo efecto, las sentencias penales son verdades absolutas.
28. La consideración de los por mí denominados "pseudoderechos de los privados de libertad" por no haber sido expresamente reconocidos mediante una ley como "beneficios carcelarios", no resulta exclusiva en nuestro medio, al respecto puede consultarse el documento preparado por la Defensoría del Pueblo, Lima, Perú. (2004). La ejecución de la pena privativa de libertad. Análisis y perspectivas para una reforma penitenciaria, p. 119.
29. Al respecto, los representantes coincidieron con lo establecido en el Informe de Fondo de la Comisión. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pacheco Teruel y Otros Vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012.
30. Así García. Voto.
31. Así García. Voto.
32. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
33. Asimismo, en la referida Opinión Consultiva (OC-16/99) este Tribunal dispuso que [p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a

la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Corte I.D.H., El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A n.° 16, párrs. 117 y 119. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002".

34. Corte I.D.H., el habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A n.° 8; párr. 25.
35. Corte I.D.H., Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A n.° 9; párr. 28 y Corte I.D.H., El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 118.
36. Cfr. Corte I.D.H., Caso Cesti Hurtado. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Serie C n.° 56, párr. 125; Corte I.D.H., Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros). Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 164; Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63. En este mismo sentido, el tribunal también ha indicado que "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o, incluso, por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios". Corte I.D.H., Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 24.
37. Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C n.° 69, párr. 163. Cfr. Corte I.D.H., Caso Durand y Ugarte, párr. 101 y Corte I.D.H., Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), párr. 234. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.
38. Cfr. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Sentencia del 19 de enero de 1995. Serie C n.°. 20, párr. 60 y Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Serie C n.°. 226, párr. 42. El mismo criterio ha sido mantenido en el Caso Pacheco Teruel y Otros Vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012.
39. Cfr. ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977; ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990. Ver también: ONU, Observación General n.°. 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General n. 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10): 44° período de sesiones 1992, y CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados durante el 131° Período de Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

40. Cfr. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C n.° 114, párr. 150 y Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia del 23 de noviembre de 2011. Serie C n.° 236, párr. 85.
41. Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C n.° 150, párr. 20, y Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C n.° 218, párr. 204.
42. Cfr. Artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Caso Tibi, párr. 263, y Caso Servellón García y Otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de septiembre de 2006. Serie C n.° 152, párr. 200.
43. Cfr. Caso Vélez Loor, párr. 216.
44. Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.° 141, párr. 209.
45. Cfr. Caso Tibi, párr. 156, y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C n.° 160.
46. Cfr. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia), párr. 146 y Caso Vélez Loor, párr. 204.
47. Cfr. Caso Loayza Tamayo, párr. 58, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 315.
48. Cfr. Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia), párr. 146, y Caso del Penal Miguel Castro Castro.
49. Cfr. Caso López Álvarez, y Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 319.
50. Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 85 y Caso Vélez Loor, párr. 198.
51. Cfr. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo de 2005. Serie C n.° 123, párr. 70 y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 2009 respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva Presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Castigo Corporal a Niños, Niñas y Adolescentes, Considerando 14.
52. Cfr. Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de FEBEM. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de noviembre de 2005, Considerando 13 y Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa. Medidas Provisionales Respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, Considerando 21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel Y Otros Vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012).
53. Cfr. Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de junio de 2005, considerando séptimo, y Caso "Instituto de Reeducación del Menor". Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C n.° 112, párr. 159. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.
54. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 111, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n.° 18, párr. 140.
55. Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", párr. 108 y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 72. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de marzo de 2006. Medidas Provisionales. Caso de las Penitenciarías de Mendoza.
56. Por su parte, en su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes coincidieron con los alegatos expuestos por la Comisión y agregaron que el Estado permitió que el centro penitenciario se convirtiera en un espacio riesgoso para la vida y seguridad de los internos. Asimismo, el Estado incumplió con su deber de prevención en el diseño de estrategias para situaciones de emergencia, aun conociendo las condiciones de la infraestructura del penal.

57. Cfr. Caso "Instituto de Reeducación del Menor", párr. 178.
58. Cfr. Código de Seguridad Humana NFPA-101, adoptado por la National Fire Protection Association, Inc., Nueva Orleans, EEUU. Editada por el Consejo de Normas el 14 de enero de 2000, vigente a partir del 11 de febrero de 2000. Edición 2012, puntos 22.1.1.2.1 y 23.1.1.2.1.
59. Cfr. Código de Seguridad Humana NFPA, puntos 23.3.4.4.2, 9.6.3.2 y 23.3.5.4.
60. Cfr. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla n.° 32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso. Pacheco Teruel y Otros Vs. Honduras. Sentencia del 27 de abril de 2012.
61. Caso Neira Alegría y Otros, párr. 60.
62. Caso Suárez Rosero, párr. 90. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
63. En el ámbito del Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y, al mismo tiempo, establece que la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes son conductas que violan este derecho. Cfr. SILVA (2008: 19).
64. Cfr. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A n.° 25. párr. 167 DE L; y Caso Loayza Tamayo, párr. 57. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.
65. Cfr. Corte I.D.H., Caso Neira Alegría y otros. Sentencia del 19 de enero de 1995. Serie C n.°. 20, párr. 60 y Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides, párr. 87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.
66. Cfr. Corte I.D.H., Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 86, que cita: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Moriana Hernández Valentini de Bazzano v. Uruguay, n.° 5/1977 del 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.
67. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Soering v. United Kingdom. Sentencia de 7 de julio de 1989. Serie A, Vol. 161. Igualmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha reconocido en Furman v. Georgia que el período de espera en lo que se lleva a cabo una sentencia de ejecución destruye al espíritu humano y constituye una tortura psicológica que muchas veces conduce a la locura. Cfr. Furman v. Georgia, 408 US 238, 287-88 (1972). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros Vs. Trinidad Y Tobago. Sentencia del 21 de junio de 2002.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 93-106 ISSN 2215-2377 / junio 2019

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD: DOS IDEAS IRRECONCILIABLES

M. Sc. Marvin Vargas Alfaro
marvinvargasalfaro@gmail.com

RESUMEN:

En el presente artículo, el control de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es estudiado desde una perspectiva crítica. Por la verticalidad de su dinámica, el control judicial interno de convencionalidad no deja espacio para el diálogo jurisprudencial, sobre los estándares de tutela, entre el tribunal internacional y las altas cortes nacionales. El concepto fue construido desde una visión de la CIDH como un tribunal de alzada, supranacional o Corte Suprema regional.

PALABRAS CLAVE: *Control de convencionalidad, diálogo jurisprudencial, desnaturalización del Tribunal Internacional, supranacionalidad, monismo en el derecho internacional público./*

ABSTRACT:

In this paper, the intern judicial conventionality control created by the Interamerican Court of Human Rights(ICHR), is studied from a critical perspective. Because of its vertical dynamic, this control does not let any space for dialogue, about the protection standards, between the international Court and the national High Courts. The concept was buildfrom a vision of the ICHR as an appeal Court, or a supranational or regional Supreme Court.

KEYWORDS: *Conventionality control, jurisprudential dialogue, denaturalization of an International Court,supranationality, monism in the international public law.*

Recibido 27 de mayo de 2017 ***Aceptado 14 de febrero 2019***

---

* Bachiller y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid).Doctorando del programa "América Latina y la Unión Europea en el contexto internacional" de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

I. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el control judicial interno de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) representa un punto de inflexión, tanto en la historia del sistema regional de protección de los derechos humanos, como en la evolución y consolidación del Estado de derecho en América Latina.

Tal y como lo explica Ernesto Jinesta Lobo:

> *[…]El control de convencionalidad supone un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho, un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el surgimiento de otras absolutamente novedosas […]*[1].

Quienes impulsan este instituto pregonan con igual esmero la necesidad que exista un diálogo jurisprudencial entre la CIDH y las altas cortes nacionales, lo anterior, como la forma ideal de consolidar la cultura de los derechos humanos en el subcontinente.

En el presente artículo, luego de exponer el andamiaje conceptual que sostiene ambas ideas, hacemos una serie de reflexiones sobre lo que consideramos que es la incompatibilidad intrínseca de estas nociones.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

En sentido amplio, el término diálogo jurisprudencial se emplea cada vez que, en una sentencia, se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento o sistema jurídico distinto, externo, de aquel en que un determinado juez actúa[2].

Se suele distinguir entre diálogo jurisprudencial horizontal y vertical. El primero se verifica entre órganos de un mismo nivel; el segundo, entre Cortes nacionales e internacionales[3].

Debemos resaltar lo inconveniente de designar el pretendido diálogo entre Cortes que operan en ordenamientos de diversa naturaleza -como lo es el internacional y los nacionales- como "vertical". No debe perderse de vista que, per se, no existe una relación de jerarquía entre ambos sistemas, sino de complementariedad.

Emplear adjetivos como el citado, lejos de ayudar a una relación fluida y constante entre el orden internacional e interno, genera anticuerpos, incomodidades o reticencias: la permeabilidad que la globalización exige y la resistencia que genera -una verdadera paradoja- torna inapropiada cualquier categoría que denote división. Si se debe acuñar algún concepto para describir el fenómeno, basta la idea que el "diálogo jurisprudencial" implica.

Ahora bien, en el contexto del sistema regional de protección de los derechos humanos, el diálogo jurisprudencial se traduce en el deseo o aspiración que las Cortes o tribunales locales realicen una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la CIDH; pero, que,al unísono, esta tenga presentes las observaciones que desde las jurisdicciones domésticas, se formulen a los criterios del tribunal interamericano[4].

III. SOBRE EL CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD CREADO POR LA CIDH

III.1. Una mirada al continente europeo

La noción "*control judicial interno de convencionalidad*"[4] -respecto de normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH)- no se encuentra arraigada en el ámbito europeo y, con regularidad, es motivo de controversia.

Hacemos el énfasis en "normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos," pueslos jueces del entonces Tribunal de Justicia

de las Comunidades Europeas plantearon el principio fundamental del control judicial interno de convencionalidad, desde 1964[5]. Hoy en día la doctrina comunitarista califica al juez nacional como el principal responsable de hacer valer la normativa comunitaria y su primacía[6]. Por consiguiente, se trata de una idea novedosa en el DIDH, **mas no original**[7]**.**

Ahora bien, en el ámbito nacional, algunas altas Cortes europeas han admitido el postulado fundamental de lo que la CIDH llama control judicial interno de convencionalidad; pero otras lo han rechazado categóricamente.

En la sentencia n.° 74 - 54 del 15 de enero de 1975, sobre la interrupción voluntaria del embarazo *(Interruption volontaire de grossesse)*, el Consejo Constitucional francés subrayó las diferencias entre el control de constitucionalidad y el control de la conformidad de la Ley con los Tratados Internacionales que es, precisamente, uno de los pilares del control judicial interno de convencionalidad[8].

En los Países Bajos, se ha consolidado el principio (respaldado en el artículo 94 de la Constitución neerlandesa), según el cual, las normas internas incompatibles con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (en adelante Convenio europeo) deben ser inaplicadas directamente por los jueces[9].

La Corte Constitucional austriaca utiliza el Convenio europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como fuente constitucional directa, por lo que se puede declarar la inconstitucionalidad de leyes austriacas por su irrespeto[10].

El caso italiano es una muestra de todo lo contrario. La Corte Constitucional italiana ha afirmado que el Convenio europeo no es equiparable al derecho comunitario, con lo cual, lógicamente, no goza de su primacía, eficacia directa y aplicabilidad inmediata -razón por la cual, no cabe la inaplicación directa de normas internas que resulten contrarias y, mucho menos, puede darse algo similar al control judicial interno de convencionalidad por parte de los jueces ordinarios [11].

Tampoco debemos olvidar la posición del "guardián" del orden constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA).

Como regla general, el TCFA considera al Convenio europeo como una fuente potencial de ayuda en la interpretación de los derechos reconocidos por la Ley fundamental alemana[12]. El juez nacional tiene un "deber de observancia del Derecho Internacional" (Berücksichtigungspflicht des Völkerrechts): debe tener presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al momento de analizar el caso concreto, siempre y cuando no contraríe normas de mayor jerarquía (v.gr.el derecho constitucional alemán)[13].

Ese "deber de observancia del derecho internacional" cede cuando se ha descartado, después de aplicar todos los métodos científicamente aceptados, una interpretación armónica entre el Convenio europeo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos yla Ley Fundamental: ante una colisión, siempre debe prevalecer la última[14].

En este sentido, el TCFA otorga al Convenio europeo un significado o importancia constitucional" (verfassungsrechtliche Bedeutung)[15].

III.2. Precisiones conceptuales sobre el control judicial interno de convencionalidad

La doctrina del control judicial interno de convencionalidad elaborada por la CIDH no es lineal ni coherente. Se encuentra en formación y adaptación constante[16].Aun así, es posible definir, claramente, sus lineamientos esenciales.

Podemos afirmar que el control de convencionalidad (en sentido amplio) se ejerce en

dos niveles: el internacional y el interno[17]. A nivel internacional, le corresponde a la CIDH juzgar en casos concretos, si un Estado ha vulnerado la CADH u otros convenios regionales en los cuales se ha reconocido su competencia [18] al emitir una norma, dictar un acto, o bien, al no adaptar su ordenamiento interno a lo dispuesto por el instrumento internacional.

De esta forma, el control de convencionalidad internacional se lleva a cabo sobre un caso concreto. Miranda Bonilla ha hecho referencia también a un control de convencionalidad internacional "preventivo y abstracto":

> *[…] la CIDH desempeña un control de convencionalidad "preventivo y abstracto", cuando en ejercicio de su competencia consultiva reconocida en el artículo 64 de la Convención Americana, un Estado le solicita su opinión sobre un proyecto de ley o incluso de reforma constitucional […] pese a que no son sentencias jurisdiccionales de la Corte IDH, las opiniones consultivas poseen fuera (sic) vinculante y deben ser tomadas en consideración por los jueces y demás órganos públicos internos al desarrollar la tarea de inspección convencional a su cargo […].*[19]

En función del control de convencionalidad ejercido a nivel interno, todas las autoridades del poder público tienen el deber de verificar la conformidad de cualquier acto (administrativo, normativo o jurisdiccional) con la CADH u otros instrumentos regionales aplicables y la jurisprudencia que la integra, interpreta y delimita.[20]

Cuando una autoridad jurisdiccional realiza el control interno de convencionalidad, se denomina control judicial interno de convencionalidad.[21]

III.3. Lineamientos esenciales del control judicial interno de convencionalidad

El concepto de control judicial interno de convencionalidad fue planteado por primera vez, en términos generales, por el exjuez interamericano Sergio García Ramírez en su voto concurrente razonado a la sentencia del caso "*Myrna Mack Chang contra Guatemala*", resolución del 25 de noviembre de 2003[22].

La noción fue asumida y empleada por la Corte en pleno, a partir del caso "*Almonacid Arellano y otros contra Chile*", sentencia del 26 de setiembre de 2006. En el famoso párrafo 124, la CIDH señaló:

> *[…]124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.* ***En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*** *En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana […]*[23]*. (El subrayado no pertenece al original).*

En el caso "*Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*", sentencia del 24 de noviembre de 2006, la instancia regional interamericana señala la obligaciónde las instancias judiciales de aplicar, ex officio, el control judicial interno de convencionalidad[24].

Posteriormente, en el caso "*Heliodoro Portugal contra Panamá*", sentencia del 12 de agosto de 2008,

la CIDH explicó que la obligación de llevar a cabo el control judicial interno de convencionalidad deriva del deber de garantía estipulado por el artículo 2 de la CADH[25].

En el párrafo 225 de la sentencia del 26 de noviembre de 2010, caso "*Cabrera García y Montiel Flores contra México*", la Corte reafirmó la obligación de todas las instancias judiciales, independientemente de su nivel jerárquico (lo que incluye a los tribunales o salas constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia) de efectuar ex officio el control de convencionalidad[26].

En la resolución del 20 de marzo de 2013, dictada en la fase de supervisión de cumplimiento del caso "*Gelman contra Uruguay*", la CIDH insistió en el carácter de cosa juzgada de sus sentencias, así como en el carácter complementario del control judicial interno de convencionalidad respecto del control de constitucionalidad, llevado a cabo por los tribunales o salas constitucionales.[27]

En el caso "*Gudiel Álvarez y otros (Diario militar) contra Guatemala*", sentencia del 20 de noviembre de 2012, la CIDH incluye en el parámetro de convencionalidad, otros instrumentos regionales para cuya salvaguarda se le ha reconocido competencia[28].

Por otra parte, en la sentencia del 21 de noviembre de 2012, caso "*Atala Riffo y niñas contra Chile*", la CIDH enfatizó que, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales, administrativas y las garantías judiciales se ejecuten adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia del tribunal[29].

En resumen, de acuerdo con el control judicial interno de convencionalidad creado por la CIDH[30]:

> *a) los jueces de todos los niveles o instancias están obligados a velar por que la CADH no se vea mermada en su "efecto útil", ante la aplicación de leyes o el dictado de cualquier otro acto, contrario a su objeto o fin,b) forman parte del parámetro de convencionalidad no solamente la CADH, sino también todos los demás instrumentos regionales en los cuales se haya otorgado a la CIDH competencia, así como la jurisprudencia que interpreta, integra o delimita dichos conveniosy,c) es ejercido ex officiopor los jueces, de conformidad con las regulaciones procesales vigentes a esa fecha.*

Los postulados del control judicial interno de convencionalidad definen la jerarquía que los Estados sujetos a la jurisdicción de la CIDH deben otorgar a sus criterios jurisprudenciales, a las disposiciones de la CADH, y demás instrumentos interamericanos: motu proprio la CIDH determina que la CADH y cualquier otro instrumento en el cual se le haya reconocido competencia, así como los estándares precisados en su jurisprudencia, son la norma superior de todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte.

Lo anterior es contrario a la práctica generalizada en el ámbito del derecho internacional público, pues, por regla, se ha aceptado que:

> *[…] En virtud del principio de soberanía, cada Estado tiene la libertad de determinar el mecanismo de recepción del Derecho Internacional en su Derecho interno. En efecto, la determinación del mecanismo de recepción del Derecho Internacional en el Derecho interno no es cuestión regida por el Derecho Internacional Público, sino que resulta de una opción que toma cada Estado […]*[31].

IV. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD: DOS IDEAS IRRECONCILIABLES

1. Tal y como se pudo notar al estudiar un poco el caso europeo, la idea central del control judicial interno de convencionalidad no es

nueva; pero su implementación e impulso en el ámbito del DIDH sí son originales.

2. El instituto es una creación de la CIDH, por consiguiente, es una doctrina en formación: asistemática, llena de vacíos y propensa a contradicciones.

3. El control judicial interno de convencionalidad busca potenciar la aplicación del DIDH, en los países miembros del sistema regional de protección y, en igual medida, afianzar el poder y la autoridad de la CIDH. A través de sus postulados, esta última señala a los Estados el rango que deben otorgar al DIP en sus ordenamientos jurídicos.

4. Esto es inusitado, tomando en cuenta que la CIDH es un tribunal internacional, no uno supranacional. En efecto, los Estados no han cedido potestades soberanas a la CIDH, para el juzgamiento exclusivo de las violaciones a los derechos humanos en sus territorios.

5. Como todo órgano jurisdiccional de DIP, la CIDH se rige por los principios de subsidiariedad y complementariedad: a) interviene cuando el Estado sea incapaz o haya renunciado a perseguir, juzgar y sancionar una lesión de los derechos reconocidos por los Estados en la CIDH y b) la medida de su poder y legitimación se encuentra, precisamente, en la CADH. De otro modo, como tribunal, su accionar debería circunscribirse a determinar la responsabilidad internacional de los Estados que han reconocido su competencia contenciosa, por incumplir ese pacto…nada más.

6. La CIDH busca, con el control judicial interno de convencionalidad, que sus criterios se apliquen, a nivel nacional, sin solución de continuidad, como si rigieran los principios de primacía, eficacia directa y aplicabilidad inmediata (trilogía que caracteriza lo verdaderamente supranacional) o más preocupante, como si se tratara de un tribunal de alzada, constitucional o una Corte Suprema regional. Lo que se pierde de vista, lastimosamente con mucha frecuencia es que, si bien toda supranacionalidad implica una limitación de la soberanía estatal, no toda limitación de la soberanía estatal lleva necesariamente a lo supranacional, en el correcto sentido técnico jurídico del término.[32]

7. El control judicial interno de convencionalidad es vertical no deja espacio para un "diálogo jurisprudencial":

> *[…] El problema […] es la actitud tipo "todo-o-nada" que la Corte asume; en realidad, una actitud más del tipo "todo" que "nada". La Corte pretende que todos los jueces, aun de oficio, contrasten sus normas locales con las de la Convención y, en caso de estimar que hay conflicto, den preferencia a esta por sobre aquellas […] Si hay diálogo, entonces las dos partes debieran tener igual derecho a participar y los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia […] la opinión de la Corte tiene mayor peso relativo, operando como una última palabra, y lo que interesa a esta – incluso al punto de realizar visitas oficiales a los Estados – es que los jueces locales reciban, entiendan y ojalá internalicen los estándares internacionales y la comprensión que tiene de estos […]*[33].

8. La posibilidad de mejorar los estándares de protección ya definidos por la CIDH, a tenor de los principios pro homine y pro libertatis (artículo 29 de la CADH), es ofrecida como un calmante para la ansiedad que generan: a) los "malabares jurídicos" ideados con el fin de justificar el control judicial interno de convencionalidad, y b) la mutación del orden regional acordado por los Estados que genera el control judicial interno de convencionalidad. Es posible inaplicar los

criterios definidos por la Corte, solamente si es para mejorar o elevar los parámetros de tutela. En lo personal, esto más que tranquilizarnos, más bien genera más dudas.

9. Piénsese en el eterno problema de la ponderación de los derechos humanos en colisión. A lo largo de la historia se han ideado distintos métodos para lograr cierto grado de objetividad, durante el momento en que los jueces y las juezas realizan la complicada operación de sacrificar un derecho para dar prevalencia a otro (el due process of law y el principio de proporcionalidad, son los más célebres): ¿si la Corte se equivoca y da más peso a cierto derecho sobre otro?, ¿si la Corte, al momento de ponderar, no toma en cuenta valores y circunstancias sociales concretas de cada uno de los Estados, sino que parte de preconcepciones o prejuicios que considera uniformes en la región?, ¿será que la Corte es dueña de la verdad de pensamiento o ideología, factores de gran peso en la toma de decisiones en este campo? Ciertamente, "[…] En un contexto en que los Estados reclaman mayores espacios de autodeterminación constitucional, la Corte Interamericana ha asumido una actitud maximalista, como de un tribunal de casación supranacional, a través de la doctrina del control de convencionalidad […] »[34].

10. Los parámetros del control judicial interno de convencionalidad son delimitados por la CIDH, al ejercer el control de convencionalidad internacional. Si para un caso particular, no hubiera un estándar definido, el juez o la jueza nacional tendría mayor libertad, pero, por la forma en que el control judicial interno ha sido configurado y por el autoempoderamiento de la CIDH, el criterio de esta será el que al final prevalezca: *"[…] En el ámbito interamericano, la CADH se ha sobrepuesto a las constituciones nacionales, así como a toda norma infraconstitucional en un Estado, de tal suerte que todo el ordenamiento jurídico debe adecuarse […] "*[35]. Bajo este orden de cosas, ¿cómo es posible un diálogo o intercambio de posiciones entre las instancias doméstica e internacional?

11. No es este el lugar ni el momento para decir si el control de convencionalidad es algo bueno o malo para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Lo que sí criticamos es que, en ocasiones, no se discuta, de forma clara y frontal, sobre los puntos que en este artículo fueron subrayados, y se pregone la existencia de un espacio para efectuar un diálogo jurisprudencial abierto y transparente, en el marco de un orden vertical impuesto pretorianamente.

12. Si a sabiendas de todo esto, con conocimiento de causa, los Estados deciden aceptar la dinámica del control judicial interno de convencionalidad y ceder tácitamente potestades a la CIDH que inicialmente no le fueron conferidas, ¡en hora buena sí va a resultar beneficiada la protección de los DDHH! Pero estas ideas se deben exponer, analizar, estudiar, criticar … no se deben esconder o maquillar: ¡la honestidad intelectual lo demanda!

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

Miranda Bonilla, Haideer. (2015). Derechos fundamentales en América Latina. San José: Editorial Jurídica Continental.

Miranda Bonilla, Haideer. (2016). Diálogo judicial interamericano. San José:Ediciones Nueva Jurídica.

Mangas Martín, Araceli y Liñán Nogueras, Diego. (2010). Instituciones y derecho de la Unión Europea. Madrid:Editorial Tecnos.

Salazar Grande, César Ernesto y Ulate Chacón, Enrique Napoleón. (2013). Manual de derecho

comunitario centroamericano. San Salvador: Orbi.Iure.

Monografías

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Control de Convencionalidad.Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 7, Recuperado enero 5, 2016, dehttp://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). Manual autoformativo para la aplicación el control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia.San José:Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Artículos en obras colectivas

Ayala Corao, Carlos. (2015). "Sobre el concepto del control de convencionalidad".En Osvaldo Gozaíni (et al.).Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, pp.898-932.San José: Ed. InvestigacionesJurídicas.

Bazán, Víctor. (2015). "Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial". En O.A. Gozaíniet al.Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, pp.31-53.San José: Ed. InvestigacionesJurídicas.

Bazán, Víctor.(2011)."Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos". EnEduardo Ferrer McGregor(coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales c onstitucionales y Cortes Internacionales, pp.569-598. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc.

Brewer- Carías, Allan.(2015)."Sobre el marco conceptual del control de convencionalidad: antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo".En Allan Brewer-Carías (et al.).Estudios sobre el Control de Convencionalidad, Colección Estudios Jurídicos n.° 109, pp.35-111. Caracas:Ed. Jurídica Venezolana, Caracas.

García Ramírez, Sergio. (2011)."El Control judicial interno de convencionalidad". En EduardoFerrer McGregor (coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y Cortes Internacionales, pp.767-804.Valencia:Ed. Tirant lo Blanc.

Hitters, Juan Carlos.(2011)."Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto erga omnesde las sentencias de la Corte Interamericana)". EnEduardo Ferrer McGregor. Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y Cortes Internacionales, pp.889-906. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc.

Ragone, Sabrina. (2011). "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación". En E. Ferrer McGregor y A. Herrera García (coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y Cortes Internacionales, pp. 415-445.Valencia:Ed. Tirant lo Blanc.

Santolaya, Pablo. (2011). "La apertura de las constitucionales a su interpretación conforme a los tratados internacionales".En E. Ferrer McGregor y A. Herrera García (coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, pp. 447 - 456. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc.

Sagüés, Néstor Pedro. (2015). "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". En Osvaldo Gozaíniet al.Derecho constitucional contemporáneo.

Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle, pp.115-121.San José:Ed. InvestigacionesJurídicas.

Sagüés, Néstor Pedro. (2011).“El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano,y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”.EnEduardo Ferrer McGregor (coord.).Diálogojurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, pp. 993-1030. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc,

Artículos de revista

Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2013).“El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”. Revista derecho GV. Vol. 9, n.° 2 pp.721-754.

Castilla Juárez, Karlos. (2013).“¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XIII,pp.51-97.

Contesse, Jorge. “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Universidad de Yale [versión electrónica] Recuperado en enero 29 de 2017, de https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

Fuentes Torrijo, Ximena. “International Law and DomesticLaw: DefinitelyanOddcouple”. Universidad de Yale, [versión electrónica]. Recuperado en junio 5 de 2015, dehttp://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__English_.pdf

Jinesta Lobo, Ernesto. (2015).“Control de convencionalidad difuso ejercido por la jurisdicción constitucional”. Revista Peruana de Derecho Público.Año 16, n.º31 pp.47 y ss.

NogeiraAlcala, Humberto. (2014). “El Control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 10, n.° 19, pp.221-270.

Olano García, Hernán. (2016). “Teoría del Control de Convencionalidad”.Estudios Constitucionales. [versión electrónica]. Año 14, n.° 1, pp. 61-94. Recuperado en enero 29 de 2017, de http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf

RuizChiriboga, Orlando.(2010). “The Conventionality Control: Examples of (Un) successfull Experiences in Latin - America”. Inter-American and European Human Rights Journal. Vol. 3, n.° 1-2, pp.200 - 219.

Sagüés, Néstor Pedro.(2010).“Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. Opus Magna.Constitucional Guatemalteco. Tomo IV, pp.271 - 291.

Torres Zúñiga, Natalia.(2010).“Control de Convencionalidad (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos)”. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, n.° 9, pp.186 - 194.

Vargas Alfaro, Marvin.(2015), “La tutela de los derechos humanos en los procesos de integración regional de carácter supranacional”. [Versiónelectrónica]. Revista de Derecho Empresarial (REDEM), n.° 3, pp. 103 a la 118. Recuperado en febrero 5 de 2017de http://www.redemcr.org/contenido/la-tutela-de-los-derechos-humanos-en-los-procesos-de-integracion-regional-de-caracter-supranacional/

Vargas Alfaro, Marvin. (2016).“El control judicial interno de convencionalidad: ¿una verdad absoluta?”. [Versiónelectrónica].Revista de Ciencias Jurídicas, n.° 141 (septiembre-diciembre, pp. 111-136.Recuperadomarzo 7 de 2017.dehttp://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/27820/28023.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Consejo Constitucional francés

Sentencia n.° 74 - 54 del 15 de enero de 1975 del Consejo Constitucional Francés. Recuperado en enero 15 de 2017, de http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 15 de julio de 964, caso n.° 6/64, "Costa contra ENEL". Recuperado en enero 16 de 2017, de http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 9 de marzo de 1978, caso n.° 106/77 "Simmenthal". Recuperado en enero 16 de 2017, de http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=5051311

Tribunal Constitucional Federal de Alemania

BverfG 2BvR 1481/04 del 14 de octubre de 2004. Recuperado en enero 16 de 2017, de http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/10/rs20041014_2bvr148104.html

BverfG 2BvR 2365/09 del 4 de mayo de 2011. Recuperado en enero 16 de 2017, de https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia del 25 de noviembre de 2003, dictada en el caso "Myrna Mack Chang contra Guatemala",voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez. Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

Sentencia del 26 de septiembre de 2006, dictada en el caso "Almonacid Arellano y otros contra Chile". Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Sentencia del 23 de noviembre de 2006, dictada en el caso "Radilla Pacheco contra México". Recuperado enero 29, de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

Sentencia del 24 de noviembre de 2006, dictada en el caso "Trabajadores cesados del Congreso contra Perú".Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Sentencia del 20 de noviembre de 2007, dictada en el caso "Boyce y otros contra Barbados". Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

Sentencia del 12 de agosto de 2008, dictada en el caso "Heliodoro Portugal contra Panamá". Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

Sentencia del 26 de noviembre de 2010, dictada en el caso "Cabrera García y Montiel Flores contra México".Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Sentencia del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso "Gelman contra Uruguay" (fondo y reparaciones).Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Sentencia del 20 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Gudiel Álvarez y otros ("Diario militar" contra Guatemala". Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf

Sentencia del 21 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Atala Riffo y niñas contra Chile". Recuperado enero 29 de 2017, dehttp://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Resolución de supervisión de cumplimiento de 20 de marzo de 2013, dictada en el caso "Gelman contra Uruguay" (supervisión de cumplimiento). Recuperado enero 29 de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

Opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Recuperado enero 29 de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Notas al pie

1. Ernesto, Jinesta Lobo. "Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa". En Allan Brewer-Caríaset al.(2015). Estudios sobre el Control de Convencionalidad.Colección Estudios Jurídicos n.° 109.Caracas:Ed. JurídicaVenezolana, pp.47 y ss.
2. Haideer, Miranda Bonilla. (2016). Diálogo judicialinteramericano. San José:Ediciones Nueva Jurídica, p.260.
3. Ibid, pp. 263 y 268.
4. Jorge, Contesse. "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Universidad de Yale, en formato pdf, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (Consultada el 29 de enero de 2017).
5. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 15 de julio de 1964, caso n.°. 6/64, "Costa contra ENEL", disponible en: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=843016 (consultada el 16 de enero de 2017).
6. Araceli, Mangas Martín, y Diego, Liñán Nogueras. Instituciones y derecho de la Unión Europea. (Madrid: Tecnos, 2010), p. 438: «…No hay que olvidar que son los jueces nacionales de los Estados miembros a quien corresponde llevar a cabo la mayor parte del control jurisdiccional de la interpretación y aplicación de la normas de la UE […]». Ver también: César, Salazar Grande,y Enrique, Ulate Chacón. (2013). Manual de derecho comunitario centroamericano. San Salvador: Orbi.Iure, pp. 257 y ss., así como la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 9 de marzo de 1978, caso n.° 106/77 "Simmenthal", disponible en: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=5051311 (consultada el 16 de enero de 2017).
7. Marvin, Vargas Alfaro. (2016)."El control judicial interno de convencionalidad: ¿una verdad absoluta?" Revista de Ciencias Jurídicas, n.° 141,septiembre-diciembre, p.116.
8. Sentencia n.° 74 - 54 del 15 de enero de 1975 del Consejo Constitucional francés, disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html (consultada el 15 de enero de 2017).
9. Sabrina, Ragone. "Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal de Justicia y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación". En Eduardo, Ferrer McGregoret al.(coord.). (2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc, p. 425.
10. Pablo, Santolaa.(2011). "La apertura de las Constitucionales a su interpretación conforme a los tratados internacionales". EnEduardo, Ferrer McGregoret al.(coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales.Valencia:Ed. Tirant lo Blanc, p. 452.
11. Sentencias n.° 311 y 317 de 2009, en Sabrina, Ragone, op.cit., p. 432.
12. Sabrina, Ragone, op.cit., p. 442. Ver también: Pablo, Santolaya, op.cit., p. 452.
13. BverfG 2BvR 1481/04 del 14 de octubre de 2004. disponible en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2004/10/rs20041014_2bvr148104.html (consultada el 16 de enero de 2017).No debe perderse de vista que en Alemania, el Convenio europeo tiene, por imperativo constitucional, el rango de una Ley federal.
14. BverfG 2BvR 2365/09 del 4 de mayo de 2011, disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html (consultada el 16 de enero de 2017).

15. «[…]El texto de la Convención y la jurisprudencia de la Corte Europea está al servicio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en el ámbito del Derecho Constitucional, como una ayuda interpretativa, para la determinación del contenido y la extensión de los Derechos Humanos y los principios estructurales de la Ley Fundamental, en el tanto y en el cuanto esto no lleve a una limitación o disminución de la protección de los Derechos Humanos tal y como está establecida por la Ley Fundamental - algo no querido por la Convención Europea, claro está –[…]»(Traducción del autor).
16. Néstor Pedro, Sagüés. (2015).“Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. En Osvaldo Gozaíniet al.Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle.San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, pp.115-121.
17. Víctor, Bazán.“Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”. En Eduardo, Ferrer McGregor et al. (coord.).Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales (2011). Valencia:Ed. Tirant lo Blanc, p. 574. Humberto, NogeiraAlcala. (2013).“El Control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año 10, n.°19, p. 232.
18. Víctor, Bazán. “Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”.En Osvaldo Gozaíniet al. (2015). Derecho constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle,San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, p.42.
19. Haideer, Miranda Bonilla. (2015). Derechosfundamentales en América Latina. San José:Editorial Jurídica Continental, pp. 115, 117 y 130. En este sentido, la CIDH en la opinión consultiva n.° OC-21/14 explicó: «[…]la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos […]». Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf (consultada el 29 de enero de 2017).
20. Néstor Pedro, Sagüés.“El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. En Eduardo, Ferrer McGregoret al.(coord.).(2011). Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entretribunales constitucionales y cortes internacionales. Valencia:Ed. Tirant lo Blanc, p.1027.
21. Gonzalo, Aguilar Cavallo. “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”.Revista derecho GV, Vol. 9, n.° 2 (2013): p.721.
22. Juez S. García Ramírez, voto concurrente razonado a la sentencia del 25 de noviembre de 2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso “Myrna Mack Chang contra Guatemala”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017).
23. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de setiembre de 2006, dictada en el caso “Almonacid Arellano y otros contra Chile”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 124.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de noviembre de 2006, dictada en el caso "Trabajadores cesados del Congreso contra Perú", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 128.
25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 12 de agosto de 2008, dictada en el caso "Heliodoro Portugal contra Panamá", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 180.
26. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de noviembre de 2010, dictada en el caso "Cabrera García y Montiel Flores contra México", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 225.
27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolución de supervisión de cumplimiento de 20 de marzo de 2013, op.cit., párrafo 87.
28. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Gudiel Álvarez y otros ("Diario militar") contra Guatemala", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 330.
29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2012, dictada en el caso "Atala Riffo y niñas contra Chile", disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), párrafo 282.
30. Humberto, Nogeira Alcalá,op.cit., p.241. Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 7, San José, Costa Rica, disponible en línea en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf (consultada el 21 de enero de 2017), p.6.
31. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.(2015). Manual autoformativo para la aplicación el control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. San José:Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p.22.
32. Marvin, Vargas Alfaro."La tutela de los derechos humanos en los procesos de integración regional de carácter supranacional".Revista de Derecho Empresarial (REDEM), n.° 3 (2015): pp. 103 a la 118, disponible en: http://www.redemcr.org/contenido/la-tutela-de-los-derechos-humanos-en-los-procesos-de-integracion-regional-de-caracter-supranacional/: «[…] Los procesos de integración regional de carácter supranacional – como la Unión Europea y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) – conllevan necesariamente la transferencia de competencias soberanas a un nuevo centro de poder, para la atención y solución de problemas comunes, en diversos campos, pero esencialmente en las áreas económica (desde la construcción de las zonas de libre comercio, pasando por la unión aduanera, el mercado interior y la unión monetaria) social y política. En palabras de Andreas Nölke, se trata de una suerte de "gobernanza supranacional": el poder de las autoridades creadas de establecer reglas vinculantes para todos los actores involucrados, sean estatales o no […]».
33. Jorge, Contesse. "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Universidad de Yale, en formato pdf, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (consultada el 29 de enero de 2017).
34. Jorge, Contesse. "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Universidad de Yale, en formato pdf, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (Consultada el 29 de enero de 2017).
35. Hernán, Olano García. (2016)."Teoría del Control de Convencionalidad".Estudios Constitucionales. Año 14, n.° 1: p. 68, disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art03.pdf(consultada el 29 de enero de 2017).

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 107-136 ISSN 2215-2377 / junio 2019

EL DERECHO A LA IMAGEN DE LA PERSONA SERVIDORA PÚBLICA

Dr. Cesar Hines Céspedes *
cesarhines.136@gmail.com

RESUMEN:

La imagen de la persona, inicialmente considerada como un valor de la personalidad por alguna doctrina, se ha transformado en un bien ingresado a su patrimonio, cuya utilidad le es absolutamente personal y exclusiva. Si bien no es transmisible, puede autorizar su uso a su libre discreción sin que, en ningún caso, pierda el poder y los derechos que sobre ella ostenta. Esta condición atinente a toda persona no escapa a las personas servidoras públicas, quienes por esa condición no están excluidos de la protección constitucional a tan fundamental derecho.

PALABRAS CLAVES: *Funcionario público, imagen, privacidad, intimidad, representación, actividad ordinaria interés público*

RESUME:

L'image personnelle est un attribut de la personnalité qu'au début de sa régulation était considéré comme une valeur d'accord à certains auteurs, mais que, au pas du temps, d'autres l'ont qualifié comme un bien qu'intègre le patrimoine de la personne. On dit qu'elle n'est pas transmissible, mais en revanche, la personne peut donner au tiers, le droit d'utilisation sans que cela signifie un retrait de son droit exclusif à elle. Tel condition appartenant à toute personne n'exclut pas les employés ou serviteurs publiques, qui ont aussi la protection constitutionnelle à tel droit fondamental.

MOTS-CLÉS : *Fonctionaire publique, image, vie privée, intimité, représentation, activité ordinaire, intérêt public*

Recibido 14 de junio de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Master en derecho Tributario y derecho Empresarial, Doctor en Derecho Administrativo, Arbitro Internacional de Derecho del Centro Latinoamericano de Arbitraje empresarial Universidad para la Cooperación Internacional en convenio con el Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial, Arbitro ad-hoc de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya-Paises Bajos, Arbitro de Derecho de la Cámara de Comercio Costa Rica-Estados Unidos- AMCHAM-, Arbitro del Centro de Concicliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, Miembro de la Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo, profesor universitario, autor de varios libros y una serie de artículos en el campo del derecho.

Introducción

La naturaleza de la persona humana es la de ser social, sumada esa condición intrínseca a la necesidad de serlo frente a la imposibilidad de desarrollarse en soledad. Esas relaciones, que en la sociedad moderna son cotidianas, complejas y en algunos casos extensas, se extienden a los vínculos económicos con otras entidades derivados de sus necesidades materiales, tales como educación y trabajo, o bien para satisfacer sus requerimientos emocionales a través de manifestaciones culturales, deportivas o de mera distracción, en general de ocio, como se les denomina en un lenguaje más purificado[1].

Es paradójico que en los últimos años se hayan fortalecido los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad, siendo precisamente la época presente donde más fácilmente se conculcan. Las redes sociales se han propagado como una peste sobre la humanidad entera, ante lo cual existe muy poca o ninguna posibilidad de eximirse a la exposición mediática. Dichas redes han roto -diría que casi sin posibilidades de reparación- el dique protector de la regla jurídica garantista de esos derechos.

La situación tiende a agravarse en determinados espacios. Uno de ellos es el de las funcionarias y los funcionarios del Estado -en sentido general- por confusiones conceptuales a lo interno de las instituciones del Estado, en la prensa y en la sociedad , que sin diferenciar entre las distintas categorías , consideran que su exposición forma parte de los deberes y obligaciones del cargo por aplicación a los principios de publicidad, transparencia y rendición de cuentas, junto a la obligada probidad personal e institucional, así como frente a otras modalidades de exposición pública relacionadas con las tecnologías de la información, la infocomunicación y el mercadeo institucional.

El Estado está dividido en diferentes estructuras administrativas, subdivididas a su vez en organizaciones públicas que realizan una actividad en régimen de competencia comercial o mercantil, para las que aplican un doble orden jurídico. Así, en las organizaciones que están apegadas a los principios del servicio público, esto es proveedoras o gestoras de servicios públicos, su régimen jurídico es enteramente público en cuanto a la organización, niveles de autonomía: administrativa, política y de gobierno y en sus relaciones con terceros. Por su parte, en las entidades que aun siendo públicas su actividad se desarrolla bajo un régimen de competencia, o aunque no teniéndola se considera por su contenido como una actividad puramente mercantil (comercial, financiera, industrial) tiene el doble régimen: público para regular las competencias, las potestades y los cuadros de poder internos y un régimen de Derecho privado dirigido a regular las relaciones con terceros y resolver los conflictos que la actividad genera.

Sin embargo, con independencia de la forma y contenido de estas organizaciones jurídicas-políticas, de su origen y de su actividad, la naturaleza jurídica de las relaciones con sus propios colaboradoras y colaboradores se encuentra regulada por dos regímenes jurídicos distintos, a saber: el público y el privado, según la posición en la estructura y funcionalidad administrativa de la entidad u órgano concernido; de un lado las personas funcionarias públicas, con un estatus particular por la forma de obtener el cargo, y por el otro, las *empleadas* y los *empleados públicos*. Se trata de dos categorías distintas, como diferentes son los deberes públicos y las obligaciones laborales, en atención a aquellos principios antes señalados de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y probidad con respecto a las responsabilidades derivadas.

Ante la falta de una diferenciación de esos estatus entre una categoría y otra, se cometen atropellos a los derechos fundamentales a la intimidad, a la privacidad y a la imagen de algunas personas. Estas no necesariamente se concentran en los medios de prensa; no obstante, son los asiduos infractores a esos derechos De manera que dejan en la conciencia social la idea de que todo el

personal del sector público, con independencia de su jerarquía institucional, son funcionarias y funcionarios públicos y como consecuencia derivada, están obligadas y obligados a dar declaraciones públicas cada vez que se les demande., Además, en un número nada despreciable de veces, pretenden ponerlos frente a las cámaras para que emitan sus comunicados o su versión de los hechos cuestionados o tratados, según sea la situación concreta.

Esa oscuridad sobre la condición y naturaleza jurídica de la relación de empleo público, ha derivado en múltiples violaciones a los derechos fundamentales a la intimidad y privacidad contentivos del derecho a la imagen, razón por la que desarrollaremos un artículo sobre el particular, sobre la base del Derecho interno aplicable, sin perjuicio de algunas referencias al Derecho Comparado.

El tema central es el "derecho a la propia imagen de la persona servidora pública". La pregunta que se busca contestar con este trabajo es: ¿la imagen de las personas servidoras públicas de una entidad pública, está disponible para un uso indiscriminado por su patrono o por terceros, sin previa autorización del o la titular por el simple hecho del cargo que ocupa?

A. El derecho a la imagen como una especie del derecho a la intimidad

1.- La intimidad como derecho individual desde la perspectiva general

En la antigüedad, los griegos vieron la esencia del ser humano en el ser político, pero al ciudadano ateniense le repugnaba la descripción y difusión de su intimidad personal. Se distinguía en la actividad política de la persona y su desprendimiento con la vida familiar al momento de salir de la mirada pública. En Roma, el hogar doméstico tiene un significado moral, donde la idea de la paz de la casa fue reconocida con tal fuerza que se consagraba su inviolabilidad; nadie tenía derecho a intervenir en los asuntos domésticos[2], posición que produjo una sacralización de la casa del ciudadano, ampliándose el privilegio a cualquier lugar donde se encontraran las personas, que no fuera público. Se estableció la regla de que lo que no fuera público se consideraba privado. Ese deseo de aislamiento parcial, con división entre lo público y lo privado. se fue consolidando en la Edad Media a medida que las condiciones sociales y económicas condujeron al desarrollo de los núcleos urbanos, vinculados a las necesidades y a la ideología de la clase social que la reclama. Lo anterior porque se orquesta como un anhelo de la burguesía, tanto que en el periodo en que la revolución industrial hace su aparición, se margina de ese derecho a la clase baja obrera.

Salvaguardar la intimidad, dice alguna doctrina, es una consecuencia de la orientación personalista del Estado liberal. La consideración de ese derecho como un componente de la libertad individual, se afirmar que la intimidad es un derecho de libertad. Así, Garrido Falla, concluyó que la generalización del derecho a la intimidad se ligó a las ideologías burguesas, por cuanto en el periodo medieval el aislamiento era un privilegio de la nobleza, o de quienes por libre elección o por necesidad, renunciaban a la vivencia comunitaria. Asimismo, agregaba que se configura así la intimidad como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes era un privilegio de pocos, lo que remarca el matiz individualista, concretado en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente[3].

La conclusión anterior, es respaldada por varios otros autores, entre ellos, Pérez Luño[4]. Este autor señalaba que la aparición del concepto de intimidad está estrechamente ligada al advenimiento de la burguesía, oponiéndose a la opinión de que la intimidad nace vinculada al cristianismo. Para ello hace una disección: la intimidad como autoconsciencia de la subjetividad y la intimidad como proyección

jurídica, como un conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular. Romero Coloma que se suma a la línea de pensamiento expuesta, afirma que el *nacimiento de la intimidad coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del ser humano y no supuso en la sociedad burguesa, la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase*.[5]

De este lado del Atlántico, el tema de la intimidad y la privacidad habían asentado sus bases y a finales del Siglo XVlll, en 1890, se publicó en los Estados Unidos, un artículo icónico sobre el derecho a la intimidad. Dicho escrito permitió sentar las bases jurídicas de la noción anglosajona de la privacidad, al conceptuarla como un derecho a la soledad, como la facultad de estar solo, para salvar a la burguesía de las críticas e indiscreciones de la prensa, que comenzaba a constituirse en un poder relevante[6]. También guardaba pretensiones de protección a elementos externos de la persona, propiamente, las de ocultar al poder fiscal del Estado, las situaciones de esa clase privilegiada. Cuando Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis escribieron su famoso artículo *The Rigth to Privacy*[7], no podían ni remotamente imaginar el desarrollo que los medios de comunicación tendrían en la modernidad. Para ellos la concepción del derecho, se enfoca hacia la intromisión de los medios de comunicación escritos, que ya para esas fechas (1890) causaban molestias en el ámbito personal de los ciudadanos. De ese precario punto de partida, al que la mayoría de la doctrina le adjudica el surgimiento del derecho a la intimidad, a los requerimientos actuales de tutela, hay un largo camino cuyo tránsito no ha sido sencillo y que se ha dado con mucha mayor riqueza y profundidad en unos países que en otros.

En Costa Rica, el artículo 24 de la Constitución Política contiene una regla general sobre los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad. Señala la mencionada norma superior:

"ARTÍCULO 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.
Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.
Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.
La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.
Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

> *No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación. (Así reformado por Ley No.7607 de 29 de mayo de 1996)"*

Se elevó el derecho a la intimidad a la condición de derecho individual fundamental, inquebrantable, con imposibilidad formal y material hasta para la misma legisladora o legislador de intervenirlo. Este derecho, abocado a la protección absoluta del fuero interno de la persona, es un espacio intocable si se atiende la doble condición del ser humano: carne y espíritu, por lo que estamos frente a un derecho construido sobre esa condición abstracta; el espíritu, que comprende los sentimientos y las emociones, subdivisible a su vez multifactorialmente, para integrar las relaciones personales, familiares, decisiones sobre el matrimonio, inclinaciones sexuales, credo y a decidir sobre su propia imagen y su voz, bajo la condición de que esas garantías constitucionales sean consonantes con la moral, las buenas costumbres y apegadas a la ley, como postula el artículo 28 ibid[8].

En la misma línea concluyente de García Morillo[9], ni siquiera la legisladora o el legislador ordinarios pueden regular con absoluta discrecionalidad esos derechos fundamentales, que restrinjan su contenido o las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto. Por tanto, esta garantía del derecho fundamental a la intimidad (constitutivo de la privacidad, imagen y voz) también postula el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo. En relación con el nivel constitucionalmente previsto, el Tribunal Constitucional español asocia dos acepciones complementarias: la noción generalmente admitida y preexistente que lo hace reconocible, del tipo abstracto en la regulación concreta y, los intereses jurídicamente protegibles como núcleo o médula del derecho- Caracteriza el contenido esencial del derecho como aquella parte sin la cual este pierde su peculiaridad. Esto es, aquello que lo hace reconocible como un derecho perteneciente a una determinada persona. Agrega el elevado órgano jurisdiccional que, ese núcleo del derecho, es aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular, la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga[10].

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, en relación con los contornos de los derechos que se desprenden del fundamental a la intimidad y privacidad, lo siguiente:

> *[…] El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de intimidad del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos por virtud del artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Para determinar el contenido y extensión del derecho fundamental […] se debe tener en cuenta […] la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales. Además […] Ese derecho fundamental protege también las situaciones legales, que son necesarias para el desarrollo de la personalidad. […] Por consiguiente, toda persona puede determinar, en principio, en forma autónoma e independiente, si alguien puede grabar su voz y, en dado caso, si ésta puede ser reproducida y ante quien […] Como puede advertirse en derecho a la privacidad de las comunicaciones se amplían a cualquier forma de estas y conlleva un importante aspecto de la intimidad*[11].

El texto del artículo 24 de la Carta Constitucional de Costa Rica, está redactado en parecidos términos, pues asoma los dos frentes de protección: la esfera espiritual de la persona (emociones, sentimientos), contemplada en el derecho a la intimidad; y otra que se podría considerar más del orden material, al referirse al derecho individual a la privacidad que adolece

de un grado mayor de apertura externa, al dirigirse más hacia la protección de los datos y las relaciones externas de las personas. De esta manera están relativamente protegidas en relación con la masa pública, las comunicaciones de toda naturaleza, los documentos comerciales, el historial clínico, los estados financieros -con acceso regulado para las entidades públicas que mediante una ley agravada se autoricen para incursionar en alguna de esas esferas en particular- el derecho a la imagen y a la propia voz.

Si bien, en el texto constitucional no hay una específica mención al derecho a la imagen, la doctrina y jurisprudencia comparadas lo han desenvainado del derecho fundamental a la intimidad y privacidad, atribuyéndole las mismas características de protección atribuidas de su base jurídica nodriza. Esto es, la intransmisibilidad sin perjuicio de la posibilidad de ceder su uso por terceros para distintos fines. La o el titular se reserva el derecho de justipreciar esa cesión o reclamar la indemnización cuando sea víctima de un uso indebido.

2. *La propia imagen como derecho individual*

Este derecho, como diría Gitrama González[12], es fruto de nuestro tiempo. Alude a la irrupción de las artes fotomecánicas y los medios de reproducción de la imagen de una persona, con reproducciones individuales o colectivas con ocasión de acontecimientos de todo tipo, que ocupan espacio amplio en periódicos, revistas, diapositivas, noticieros, programas de televisión, anuncios comerciales y otras formas de reproducción, actualmente incontables con el desarrollo de la tecnología y las irrefrenables redes sociales.

Esa trepidante carrera expositiva de los atributos esenciales de la persona, como lo es (en este caso) su imagen, impone la configuración jurídica del poder estrictamente individual para disponer de la reproducción de la propia fisonomía, al igual que concluyó el Tribunal Constitucional alemán con relación a la reproducción de la voz de la persona, como se indicó en la cita al pie anterior. La concepción más antigua y radical, considera la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo, por la que se entendió que tanto como la persona tiene un derecho de disposición sobre su propio cuerpo, lo tiene sobre su propia imagen, que es como su sombra, inclinándose hacia una protección absoluta del derecho a la imagen, que incluía el calificar incluso como un caso de *legítima defensa,* para el caso de que alguien quisiera, por sorpresa y contra la voluntad de la persona, hacerle una fotografía o una filmación.

El derecho a la imagen está en la misma línea de protección a la reserva de la vida privada, con una construcción y reconocimiento de que el derecho a la imagen tiene existencia propia e independiente al honor y a la reputación. Esto es que la violación al derecho a la imagen, se tipifica con independencia de si su difusión le produjo beneficios o daños a la reproducida o al reproducido inconsultamente. De la doctrina jurisprudencial comparada se desprende que: lo que hace reconocible a la propia imagen, es el derecho subjetivo de impedir que otros la capten o la difundan sin la previa autorización o consentimiento de la o del titular, razón por la que se ha reducido el derecho a la imagen a la pura representación gráfica, material, con exclusión de la llamada imagen social constituida por otros factores que adornan a la persona, cuya abstracción no los hacen aprehensibles por los sentidos.

Sobre el punto, ha señalado el Tribunal Constitucional español, *que el derecho a la imagen solo adquiere su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de un ámbito propio y reservado a la acción y consentimiento de los demás. Esto se considera* como el primer elemento configurador de la intimidad de la persona, ya que el primer elemento por salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, en cuanto instrumento básico

de identificación y proyección exterior, factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo[13].

Balaguer Callejón, en la definición de la trilogía de los derechos íntimamente ligados, señalaba que el honor se diferencia de la intimidad, en que esta supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar; la privacidad como derecho excluyente, es el contenido esencial del derecho a la intimidad y la imagen como derecho fundamental significa el derecho al cuerpo en su aspecto más externo, el de la figura humana[14].

No existe controversia en cuanto a la existencia y reconocimiento del derecho a la imagen, concentrándose el conflicto -en mayor medida- en el uso desautorizado o no autorizado por terceros, lo que ha sido objeto de múltiples debates judiciales y de antigua data. En 1902, se dicta en los Estados Unidos, la primera sentencia relacionada con el derecho a la intimidad, particularmente con el derecho a la propia imagen. Un comerciante utilizó una fotografía con el rostro de Abigail Robertson para la publicidad de su harina; los jueces concluyeron que, si la cara o el retrato de la persona tiene un valor, este le pertenece entera y exclusivamente a su titular, salvo que ella o él lo ceda voluntariamente, con independencia de que medie un pago. Posteriormente, en 1905, la Corte Suprema de Georgia admite reconocer este derecho en el caso Pavesich versus Nueva Inglaterra Life Insurance Co, en el que se hacía uso de la imagen de una persona por parte de la empresa aseguradora para un anuncio, sin autorización, lo que dio lugar a responsabilidades civiles[15].

El derecho al valor publicitario de la imagen tal y como se conoce en la actualidad, se configuró por primera vez -según alguna doctrina- en 1953, a raíz del caso Hallan Lavoratories. En este caso, el demandante reclamó su derecho como una violación a su derecho a la intimidad; fundamentación que fue modificada por el juez en la estructura de la reclamación y resolvió que se trataba de un uso comercial de la imagen. Estos dos momentos son considerados por esa doctrina, como los que marcan el inicio del reconocimiento del impacto comercial y la injuria causada por el uso comercial no permitido de la identidad de una persona[16].

El contenido del derecho a la propia imagen desde la altura constitucional, transporta una prohibición absoluta para que terceros *no autorizados o desautorizado*s[17] la propaguen, la utilicen o la tergiversen con cualquier finalidad, sea esta de naturaleza económica (para uso en publicidad comercial o institucional, por ejemplo) para atracción política partidista (cuando la imagen de una persona atrae votantes a sus huestes) o para actos de altruismo social (como en campañas de beneficencia, ambientales, preventivas, y similares). Para cualquiera de los casos indicados, se requerirá del previo y expreso consentimiento de la o el titular de la imagen, quien en la misma medida ostenta el derecho subjetivo a la indemnización, que se transmite a sus herederas y herederos cuando la infracción a ese derecho se ejecute *post morten*.

Según la doctrina, el derecho a la imagen ha tenido un mejor desarrollo jurisprudencial que legislativo, con aplicación de normas intuitivas del sentido común sobre el respeto debido a la disponibilidad exclusiva que la persona debe tener sobre su figura.Este derecho se encuadra o en el marco de los derechos de la personalidad, derechos esenciales de la persona o derechos innatos, o bien, como también se ha señalado, como bienes de la personalidad[18].

La imagen es una reproducción de la figura de un objeto que, en nuestro caso, sería de una o un sujeto: la persona humana.Para ello se utiliza cualquier soporte material (piedra, papel, madera, vidrio, filmes). De esta manera, se engloba la idea de imagen, a toda reproducción de la figura por medio de las manifestaciones artísticas dirigidas al sentido de la vista, a saber: dibujo, grabado, pintura, escultura, fotografía, representación escénica, proyección cinematográfica o televisiva.

Se trata de la persona física, la natural, por lo que al mencionarse la imagen personal, en sentido amplio y realista, se entiende como la representación o reproducción de la figura de una persona física, cuando se hace de modo tal que resulta fácilmente reconocible la persona de que se trate, incluso aunque la semejanza no sea perfecta, solamente así, dice Gitrama González, es posible hablar de un derecho a la propia imagen[19].

Albaladejo, por su parte, se cuestionaba, como punto de partida para su disertación sobre el tema, si la persona tiene derecho a su propia imagen, para concluir positivamente y agregar que, la obtención o uso de la imagen sin licencia del interesado, constituiría una intromisión injusta en el círculo de la persona, que según el principio de que cada uno tiene poder para intervenir sólo en lo suyo, se reserva su señorío al sujeto titular[20].

Como síntesis parcial, se establece la existencia material y formal de un derecho a la propia imagen, derivado esencialmente de los derechos fundamentales a la privacidad e intimidad; en tanto ese derecho a disponer de la propia imagen, está intrínsecamente ligado a la emocionalidad del individuo, que se encuentra conforme o disconforme con su aspecto físico, exterior con repercusiones en su interior, en su ánimo y en su espíritu.

B. El derecho a la intimidad y a la propia imagen en la función pública

Es regla común que las legislaciones que protegen y garantizan el derecho a la imagen, contengan excepciones para permitir la captura y publicación de fotografías, sin autorización de la o del titular de la imagen reproducida, cuando tienen por objeto fines científicos, académicos o didácticos, o bien, se relacionen con hechos o acontecimientos públicos de interés colectivo Igualmente, se permite la reproducción inconsulta en los casos donde la persona reproducida está inmersa en actividades que por su propia naturaleza resultan de interés público. Esto debido aque es una figura pública, como en el caso de las candidatas y los candidatos a puestos de elección popular; personas deportistas de alto nivel o artistas, representantes de cualquiera de las manifestaciones de arte que haya. Esa es la línea legislativa del artículo 47 del Código Civil, que a la letra dispone:

> *"La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla (sic) la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes o fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna".*

De todas las posibilidades anteriores, la que interesa a este trabajo es el derecho a la propia imagen de los servidores del Estado.

1.- Distinciones entre funcionaria y funcionario públicos, empleada y empleado público y empleado de una organización pública

Para el correcto análisis de la situación planteada, y para la aplicación e interpretación conforme al texto del artículo 47 del Código Civil transcrito, es básico establecer las diferencias conceptuales y jurídicas entre las funcionarias y los funcionarios públicos, empleadas y empleados públicos, trabajadoras y trabajadores de una organización pública. La legislación costarricense, carece de una ajustada definición de cada una de esas categorías de trabajadores, incurriéndose en un uso indiscriminado de cualquiera de las tres acepciones, tanto en el orden legislativo como en

el jurisdiccional, generando con esa imprecisión, una confusión e inseguridad en el tratamiento de los conflictos jurídicos de intereses. Veremos algunos ejemplos de regulaciones que en algunos casos diferencian entre una y otra categoría, así como de algunas reglas que unifican las dos categorías; sin pretender -por supuesto- agotar toda la normativa en que se hace mención a esos rangos.

El artículo 134 del Código Político dispone:

> *"Artículo 134.- El período presidencial será de cuatro años. Los actos de los funcionarios públicos y de los particulares que violen el principio de alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia, o el de la libre sucesión presidencial, consagrados por esta Constitución, implicarán traición a la República. La responsabilidad derivada de tales actos será imprescriptible".*

Bajo una interpretación lógica, razonable y sistemática, se entendería que los las funcionarias y los funcionarios, a quienes se refiere, cuentan con suficiente poder de acción y decisión para trastocar el orden constitucional, con una exclusión implícita para todas y todos aquellos que carecen de las potestades de mando y decisión suficientes para tales fines. Consecuentes con la razonabilidad y lógica anterior, la norma constitucional comprendería, en esos supuestos de infracción al orden constitucional, a los diputados de la Asamblea Legislativa, los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el presidente y vicepresidentes de la República, los ministros de Gobierno y los jefes supremos de las fuerzas del orden y la policía. El artículo 140, inciso 1) ibid, disecciona las categorías como sigue:

> *"Artículo 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:*
> *Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil;"*
> *La "y" entre empleadas-empleados y funcionarias-funcionarios establece una diferencia conceptual y de contenido entre el personal servidor público, cuyo nombramiento o remoción compete de manera exclusiva al Poder Ejecutivo (presidente y ministro). El texto permite interpretar que para el Constituyente hay una distancia funcional entre una y otra categoría de servidores del Estado, lo que también se extrae de lo dispuesto en el ordinal 162 de la Constitución Política, que a la letra señala:*
> *"Artículo 161.- Es incompatible la calidad de Magistrado con la de funcionario de los otros Supremos Poderes".*

La exclusión de las incompatibilidades de la magistratura, frente a las empleadas y los empleados de los otros poderes, asienta que para esa discrepancia funcional se está considerando el nivel de las potenciales incompatibilidades por las funciones separadas e independientes, que solamente resultan posibles entre los cargos públicos de más alta jerarquía en los otros poderes para equipararlas en su antagonismo, al contenido valor y jerarquía de las funciones delegadas por el Constituyente en las magistradas y los magistrados. Más aún, se refuerza la tesis anterior porque el artículo comentado, se refiere de manera específica a las funcionarias y los funcionarios de los *Supremos Poderes*. Por lo que limita la incompatibilidad para los cargos de presidenta o presidente, vicepresidenta o vicepresidente y misnistras o ministros de gobierno para el caso del Poder Ejecutivo, y para el legislativo, la prohibición está limitada a los diputados.

Esa conclusión está en estrecha relación con la doctrina nacional. Al respecto, Hernández Valle[21] ha señalado[22] que el Estado tiene tres funciones básicas y distintivas, la función ejecutiva, la

función legislativa y la función judicial[23]; delegada en tres poderes distintos e independientes que se equilibran entre sí, identificando el núcleo esencial de cada una, como la de administrar para el caso del ejecutivo;, la de legislar, en el caso del legislativo y la de juzgar, para el judicial, por loa que las incompatibilidades están abiertamente fotografiadas.

El artículo 165 constitucional distingue entre las dos categorías de servidores estatales, al disponer:

> *"Artículo 165.- La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil".*

Nótese como en el inciso 1) del artículo 140, así como en el numeral 165 ambos de la Constitución Política, se marcó la separación entre el funcionariado y la empleada-el empleado, delimitando las clases sin precisar el contenido de la diferencia (las que se verán más adelante). Por su lado, el ordinal 169 del Código Político, retoma el término funcionaria-funcionario para aplicarlo al que ahora es el alcalde municipal[24], al disponer:

> *"Artículo 169.- La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".*

La responsabilidad de administrar los intereses locales de los cantones fue atribuida puntualmente a dos distintos tipos de funcionarias y funcionarios municipales, que los distingue, sin que la norma así lo disponga, de las empleadas y los empleados municipales. Estos últimos están limitados en su mandato, a la ejecución de las decisiones políticas dispuestas por los primeros, sin que se les pueda acreditar ninguna responsabilidad, más allá de los actos concretos que por su cargo deben realizar.

Otra norma constitucional que se inclina por la categoría jurídica de funcionaria y funcionario, es el artículo 183, al establecer:

> *"Artículo 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes. El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o procederes incorrectos".*

Luego, el numeral 186 de la Norma prima continúa con la misma línea distintiva, con el siguiente texto:

> *"Artículo 186.- La Tesorería está a cargo de un Tesorero Nacional y de un Subtesorero. Ambos funcionarios gozan de independencia en el ejercicio de sus atribuciones, las cuales serán reguladas por la ley. Los nombramientos se harán en Consejo de Gobierno, por períodos de cuatro años, y sólo podrán ser removidos estos funcionarios por justa causa".*

Se resalta nuevamente, que el Constituyente diferenció las dos categorías del personal a cargo

de los deberes públicos: las y los que tienen la potestad de programar, planificar y ejecutar políticas públicas institucionales, y aquellas y aquellos sometidos a un régimen puntual de actividades.

El artículo 192 establece una de las distinciones, que será finalmente, la que marcará la diferencia, al disponer:

> *"Artículo 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.*

Es importante subrayar que en este numeral recién transcrito, el Constituyente se concentra en las condiciones de reclutamiento de las servidoras y los servidores del Estado, distintos a las funcionarias y los funcionarios públicos, porque para estos últimos no estableció requisitos especiales de capacidad intelectual o de formación académica para ejercer los cargos, salvo en los casos en que la preparación en un campo definido del conocimiento es requerido, pero que obedece estrictamente al área de conocimiento en que ejercerá su magisterio, sin ninguna otra condición adicional. Tal es el caso de la magistratura del Poder Judicial, cuyo único requisito de formación es el de ser abogada o abogado, con independencia de su excelencia académica y demostrada capacidad profesional.

En el artículo 193 de la Carta Magna, se articula otro de los elementos que distingue a la funcionaria y al funcionario de la empleada y del empleado público, como lo es la custodia, administración y disposición de los recursos públicos (a la par de la potestad de planeación, programación y ejecución de políticas institucionales) señala el citado ordinal:

> *Artículo 193.- El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley.*

El denominador común en todas las normas antes transcritas, es que en las categorías jurídicas donde se utiliza el término *funcionaria y funcionario*, se acompañan expresa o implícitamente de las funciones que son atinentes al cargo, como una actividad del más alto nivel que identifica el quehacer del órgano o entidad en referencia. Esto resulta gramaticalmente correcto, porque funcionaria y funcionario es aquel que funciona o hace funcionar, que realiza funciones en el sentido estricto del término. De acuerdo con un análisis lógico sistemático de las normas transcritas, se interpreta que el Constituyente atribuyó a la funcionaria o al funcionario público, poderes distintos y superiores para crear, diseñar, programar, planear y ejecutar las políticas institucionales de la organización en la que desempeña su cargo, incluida, la disposición presupuestaria para el cumplimiento de los fines. Lo anterior significa que el término funciones se refiere al contenido político de la actividad, inclusiva del manejo de los fondos públicos destinados a aquellos objetivos.

Es llamativo, aunque sirve para ratificar la tesis esgrimida en este artículo. A modo de ejemplo,- el artículo 192 constitucional impone la idoneidad como un requisito esencial para el nombramiento de las servidoras y los servidores públicos, sin que esa exigencia se demande para ninguno de los otros casos reseñados. La conclusión es que la categoría de funcionaria y funcionario está reservada para los puestos de mando con poder de disposición política y financiera en la estructura del Estado, sin ninguna otra exigencia para acceder al puesto distinta a la de ser elegida y elegido o nombrado bajo los criterios políticos regentes al momento de la elección o decisión. La anterior conclusión tiene respaldo en lo dispuesto en los artículos 1,

2, 3, 4 y 5 del Estatuto del Servicio Civil[25]. Los artículos citados facilitan la trazabilidad de las diferencias entre las categorías a las que se hace referencia, a partir de la forma de nombramiento; los requisitos exigidos para el cargo, así como de las funciones que se le atribuye a cada una de ellas y cada uno de ellos. Siempre bajo los principios de la interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico, se concluye que las funcionarias y los funcionarios públicos se diferencian de los empleados públicos, por las funciones y actividades que respectivamente, ejecutan y desarrollan apegados a los distintos niveles de responsabilidad derivada de ese ejercicio. Nótese cómo, de manera precisa, el Estatuto del Servicio Civil nos lleva de la mano a esa conclusión, a través de las normas que a continuación se transcriben[26].

> "*Artículo 16.- La Dirección General de Servicio Civil elaborará y mantendrá al día un Manual Descriptivo de Empleos del Servicio Civil, que contendrá una descripción completa y sucinta, hecha a base de investigación por la misma Dirección General de Servicio Civil, de las atribuciones, deberes y requisitos mínimos de cada clase de empleos en el Servicio del Estado a que se refiere esta ley, con el fin de que sirvan como base en la elaboración de pruebas y en la determinación de los salarios.*
> *Artículo 17.- Por empleo se entenderá un conjunto de deberes y responsabilidades ordinarios, asignados o delegados por quien tenga autoridad para ello, que requieran el trabajo permanente de una persona.*
> *Artículo 18.-La clase comprenderá un grupo de empleos suficientemente similares con respecto a deberes, responsabilidades y autoridad, de tal manera que pueda usarse el mismo título descriptivo para designar cada empleo comprendido en la clase; que se exija a quienes hayan de ocuparlos los mismos requisitos de educación, experiencia, capacidad, conocimientos, eficiencia, habilidad y otros; que pueda usarse el mismo tipo de exámenes o pruebas de aptitud para escoger a los nuevos empleados; y que pueda asignárseles con equidad el mismo nivel de remuneración bajo condiciones de trabajo similares.*
> *Artículo 19.- Las clases de empleos se agruparán en grados, determinados por las diferencias en importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo. (todos los subrayados son suplidos)*

Estas normas -y posiblemente otras de igual formación gramatical- denotan en una primera percepción doctrinal, la claridad legislativa en el desarrollo del capítulo constitucional relativo a las servidoras y a los servidores del Estado. Lastimosamente se perdió en algún recodo del tiempo, cuya prueba más palpable es el inciso 2) del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, que consideró sinónimos los términos "funcionario público, empleado público, servidor público, encargado de servicio público"[27], a pesar de la suficiente diferenciación que la doctrina y jurisprudencia (fundamentalmente la francesa) habían realizado[28]. No obstante la confusión legislativa del artículo 111 citado, esa regla se ha ido interpretando -cada vez más- con mayor claridad y fineza, al identificarse un común denominador en la articulación comentada, a partir del uso de un lenguaje distintivo, con referencia constante al termino empleos y empleadas y empleados, así como en el contenido de los empleos, que no está señalado para el caso de las funcionarias y los funcionarios.

Al disponerse legislativamente que se hará una descripción *completa y sucinta de las atribuciones, deberes y requisitos mínimos de cada clase de empleos (artículo 16) y que empleo es el conjunto de deberes y responsabilidades ordinarios asignados a delegados por quien tenga autoridad para ello* (artículo 17) se clarifica: a) que la empleada y el empleado tienen deberes, obligaciones, derechos y responsabilidades que son comunes a todos los que están en su misma categoría laboral; b) que el cumplimiento de los requisitos del puesto

es condición primaria para su nombramiento; c) que su nombramiento se tramita a través de un procedimiento de selección, denominado de oposición, en razón de la confrontación de sus calidades profesionales con las de otros concursantes para la plaza, y; -el detalle final- d) su designación está suscrita por quien tenga poder para ello, que sin ninguna oposición alguna, se direcciona inexorablemente a una funcionaria o un funcionario, en quien recae la obligación de cumplir y hacer cumplir los fines públicos institucionales.

En este mismo orden interpretativo, el artículo 18 del Estatuto de Servicio Civil, al referirse a la creación de una tabla rasa de requisitos, tareas, deberes y condiciones para los "empleos", descarta esa misma nivelación para las funciones y las funcionarias y los funcionarios. Esto debido aque le corresponde al funcionariado, establecer las metas, la programación y el diseño de ejecución de los fines públicos atribuidos a la organización política en la que ejercen su ministerio. El artículo 19 ibid reafirma que las diferencias entre los empleos está limitada a las diferencias de importancia, dificultad, responsabilidad y valor, pero no es una tabla entre empleos y funciones, sino entre los diferentes niveles de empleos diseñados según la descripción que se haga de cada clase, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 ibidem, antes analizado.

Sin embargo, como se indica previamente, esa claridad inicial, se empañó con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, al disponer este último:

> *"Artículo 111.1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.*
> *2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario".*

No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Apesar de que la norma es doctrinalmente regresiva y procesalmente conflictiva, en la práctica forense se intenta establecer las diferencias. Así -a modo de ejemplo- la Sala Constitucional ha resuelto que es constitucional excluir de los beneficios de las convenciones colectivas a determinadas servidoras y determinados servidores que, por su jerarquía, participan en la negociación de los beneficios laborales -bajo cualquier título. Por tanto, no se quebranta la Norma Prima al impedirles el disfrute de las ventajas convencionales a la gerencia, subgerencia, auditoría, direccionesjurídicas, presidencias ejecutivas y personas miembros de las juntas directivas. Se confirma, bajo esa exclusión, la desigualdad entre empleados y funcionarios. En esa misma línea de pensamiento, un elemento de gran calado en las diferencias que separan a la funcionaria y al funcionario de la empleada y del empleado (ambos públicos) es la distinta naturaleza jurídica de los actos de investidura para cada uno. El funcionariado público tiene dos formas de ocupar el cargo: a) por elección popular, o, b) por decisión política, mientras que los empleados o servidores regulares lo adquieren por concurso de oposición con exclusión de la discrecionalidad.

a. Funcionariado público por elección popular

Los cargos que se ocupan por elección popular pertenecen a la categoría de funcionariado público. En este caso,el de más elevado rango es

la Presidencia de la República, y luego en orden descendente, las diputadas y los diputados a la Asamblea Legislativa, las regidoras y los regidores municipales y la alcaldía municipal. La característica principal en estos casos, es la primacía de dos voluntades paralelas: la de la persona postulante, quien resulta elegido y la de la persona electora, quien decidió elegirla o elegirlo. De esta manera, quien adquiera la categoría de funcionaria y funcionario público, por haberse propuesto y logrado el triunfo electoral, queda sometido al escrutinio público en el más amplio sentido del término. Esto es, se reconoce una renuncia voluntaria a determinados ámbitos de la intimidad y la privacidad; entre ellos, al de su propia imagen, que deja de ser propia e individual para pasar al patrimonio público, para lo bueno y para lo malo, sin que en ningún caso pueda reclamar derechos exclusivos a su utilización, mientras se encuentre en el ámbito público y en el ejercicio del cargo.

b. Funcionariado público por decisión política

Esta tipología de servidoras y servidores del Estado, están divididos en dos subcategorías: i) las y los que participan de un concurso público, abierto en cuanto a las personas interesadas en competir, pero cerrado en cuanto a quienes son responsables de elegir y, 2) los que son nombrados subjetivamente por razones partidistas, ideológicas o de amistad y confianza. En el primer caso, se trata de los concursos para nombrar a las Magistrastura del Poder Judicial, a la Defensora o al Defensor de los Habitantes, la Contralora o el Contralor y Sub Contralora o Sub Contralor General de la República. En estos casos, la participación es abierta para todas y todos los que quieran postularse a cada uno de esos cargos. No obstante, la decisión es cerrada, en relación con las y los que tienen el poder de seleccionar, pues se resuelve en un predeterminado y cerrado grupo de personas electoras.

También, se pueden considerar en esta categoría particular, a las personas funcionarias nombradas directamente por el Poder Ejecutivo con posterior confirmación del Poder Legislativo. Tal es el caso de la Reguladora o del Regulador General de los Servicios Públicos y de la Procuradodría General de la República. Seguidamente, está el caso de las funcionarias y los funcionarios cuyo nombramiento está en una reducida conjugación de voluntades, como es el caso de las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Fiscalía General de la República, elegidas y elegidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Se ubican como personas funcionarias nombradas bajo criterios estrictamente subjetivos, del orden político, económico, ideológico, de amistad y confianza a: las ministras y los ministros de Gobierno, las presidencias ejecutivas y personas miembros de las juntas directivas de las entidades autónomas. Los primeros se nombran por decisión directa y personal de la presidenta o del presidente de la República, y los otros puestos por acuerdo del Consejo de Gobierno. En ninguno de los supuestos anteriores, salvo el caso de los cargos que por su contenido material requieran de una destreza técnica o académica en particular, como en el caso -a modo de ejemplo- de la magistratura del Poder Judicial que deben ser abogadas y abogados, en los cargos de elección popular o de simple decisión política, los requisitos imponibles son de reserva constitucional y legal, con exclusión de los reglamentos autónomos; por lo que, con excepción de los requisitos biológicos, de compromiso y de credo, lo único que se necesita es resultar ganadora o ganador en la contienda electoral de que se trate o ser considerada o considerado políticamente para el puesto[29].

2. Empleado o servidor público

La funcionaria y el funcionario público es pues, quien tiene el poder de creación, diseño, planeación, programación y ejecución de las políticas públicas de la entidad a la que sirve con plena disposición de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines públicos jurídicamente

impuestos. Toca ahora señalar que la empleada y el empleado o persona servidora pública, es quien presta su fuerza física y psíquica para que los lineamientos, proyectos y programas nacidos en el funcionariado público, se ejecuten y logren el objetivo previsto. Sin embargo, se subraya que esta categoría jurídica está particularmente reconocida a las personas incorporadas en la estructura administrativa de las Administraciones Públicas que prestan servicios públicos, para diferenciarlas de las entidades, que aunque públicas, realizan actividades industriales o mercantiles comunes y sobre todo cuando lo realizan en régimen de competencia (lo que se desarrollará en el punto 3) infra) o que no teniéndolo, actúan como cualquier empresa privada en la venta de bienes y servicios.

El régimen público o estatutario que regula la relación entre el empleado y la entidad prestadora o proveedora de un servicio público, es un elemento cardinal por considerar, porque las actividades que debe desarrollar en el ejercicio del cargo, escapan a los caprichos o veleidades de las funcionarias y los funcionarios, en razón de su previa regulación. Implica lo anterior, que la empleada y el empleado público están sometidos a un conjunto de reglas de comportamiento y de acción tendientes a satisfacer una necesidad de interés general, derivada igualmente de otra regla jurídica que la impone, con prescindencia de la voluntad particular de la superior o del superior. A esta persona se le atribuye el poder de diseño y programación para la consecución de unos fines, que están previamente determinados, sin que ese poder sea válidamente reconocido para modificar de manera unilateral o singular las condiciones preestablecidas, para sustituirlas por las que personalmente considere más apropiadas.

Hay múltiples diferencias pasibles de ser reseñadas, entre la funcionaria y el funcionario y la empleada y el empleado o persona servidora pública. Sin embargo, para nuestros efectos, baste con indicar el procedimiento de nombramiento y los niveles de responsabilidad atribuibles de acuerdo a sus deberes y obligaciones laborales.

En el caso de las servidoras y los servidores públicos, el régimen jurídico de su nombramiento está fundamentado en el concurso público (que no es de escrutinio público), constituido por unas bases de contenido técnico, preconcebidas para la actividad que desarrollará en el ejercicio del cargo. Lo anterior desatiende la discrecionalidad y subjetividad en el nombramiento, que está enteramente sujeto al cumplimiento de los requisitos de conocimiento para ejercer el cargo, tales como título académico, experiencia, manejo especial de herramientas tecnológicas o conocimiento en una determinada área del saber humano, etc.

En cuanto a los niveles de responsabilidad son diversos a los establecidos para el funcionariado público, pues la persona servidora pública responde únicamente por los actos concretos, en los que participe por acción u omisión y en el límite de sus atribuciones, potestades y deberes, a diferencia de la funcionaria y del funcionario, a quienes compete una responsabilidad genérica por toda la actividad de la entidad u oficina, incluidos los incumplimientos de los objetivos específicos o generales, y no solamente por los actos particulares y propios.

Por el régimen de su nombramiento, por la naturaleza de sus actividades y por el régimen de responsabilidad, la empleada y el empleado público, no es representante de la Administración en la que presta su fuerza motriz; aunque tenga un régimen de responsabilidad bifacial: frente a la entidad patronal y frente a terceros. En el primer caso, los actos dañosos o irregulares se le imputan internamente a quien los haya cometido, pero frente a terceros responde la Administración, bajo el principio de la responsabilidad objetiva, que rige en el sistema costarricense, al tenor de los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública[30]. Por tanto, la Administración asume los costos frente a terceros con la obligación posterior de resarcirse frente a la persona infractora.

Bajo la tesis anterior, las obligaciones de la empleada y del empleado público son frente

a su empleador o empleadora, salvo el caso de delito, por lo que su imagen física está excluida del uso público no autorizado o desautorizado. Lo anterior porque la rendición de cuentas, la publicidad y la transparencia en la gestión pública, es enteramente parte del resorte de la representatividad institucional según su rango y función, que le impone el deber genérico y la obligación puntual[31] de rendir directamente, cuentas públicas. En otros términos, la exclusividad de decidir por sí y ante cualquiera sobre la difusión o propagación de su propia imagen se mantiene incólume a favor y para la empleada y el empleado público, y parcialmente abierta para el funcionariado público.

3. Empleado de una organización pública

Todavía en el Derecho Comparado existe una tercera categoría jurídica de empleada y empleado o persona servidora estatal[32]. Esta es para aquella y aquel que presta su fuerza motriz en una entidad pública -empresa pública-, pero totalmente regulada bajo un régimen jurídico de Derecho privado o común. Se retoma lo señalado por el numeral 111, inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, que a la letra dice:

> *"3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".*

Las empresas y servicios económicos del Estado son prácticamente todas las entidades públicas que, antes de la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de Norteamérica, prestaban un servicio público, y en la actualidad son vendedoras de bienes y servicios de interés público. Por ejemplo, el caso del Instituto Nacional de Seguros; el Instituto Costarricense de Electricidad, en el área de las telecomunicaciones; los bancos públicos (estos cambiaron de régimen mediante la reforma a la Ley Orgánica del Banco Central mediante la Ley Ley No. 7558 de 3 de noviembre de 1995, publicada en el Alcance No. 55 a La Gaceta No. 225 de 27 de noviembre de 1995, de manera que las relaciones jurídico laborales con su personal están bajo un régimen de Derecho Laboral Común.

Hay otras entidades públicas consideradas como empresas de servicios económicos del Estado, a pesar de que su actividad ordinaria calificaría como un servicio público. Así lo dispone el artículo 5 de la Ley Reguladora de la Autoridad de los Servicios Públicos, número 7593, por el control y fiscalización a los que están sometidas, especialmente en materia tarifaria, tal es el caso de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, JAPDEVA. Sin embargo, y a pesar de su condición de titular de servicios públicos, sus empleadas y sus empleados están sometidos al régimen laboral común.

4. El derecho a la propia imagen en el sector público

Hechas las distinciones entre las diversas categorías de trabajadoras y trabajadores del Estado, queda por determinar los límites y alcances de los derechos fundamentales a la intimidad, privacidad e imagen de estas personas. En una primera aproximación y como antes se señaló, en las legislaciones que incorporan el derecho a la propia imagen, se contemplan excepciones a la regla de la protección de esos derechos de la personalidad. Lo anterior en consideración a su particular vinculación con la sociedad en general, ya sea porque voluntariamente se someten al escrutinio general o bien, porque ante la naturaleza de su actividad es poco probable mantenerse en el anonimato, con independencia de la voluntad individual de querer constituirse en un ícono público, tal es el caso de las y los personajes políticos, donde su imagen pública es el núcleo central de su actividad en tanto sin ella, tampoco ocuparían los cargos que les dan esa exposición; los artistas públicamente reconocidos (de todo género) y los deportistas de alto nivel; por otro lado, quedan igualmente excluidos de

la especial protección de su imagen, las personas involucradas en actos o acontecimientos en sitios públicos que sean de evidente interés público.

Una característica que adorna las situaciones de excepción señaladas, es la previa valoración de la voluntad individual como elemento sustancial que abre el portillo a la publicación, divulgación o exposición pública inconsulta de la imagen de la persona concernida. Efectivamente, quien acepte someter su nombre al escrutinio público para competir por un puesto público de elección popular o de nombramiento político, como los señalados arriba[33], autoriza implícitamente la utilización de su imagen sin previa autorización, siempre y cuando esa utilización sea exclusivamente para fines informativos en temas de interés general relacionados con su ámbito de actividad, manteniéndose el resguardo de los derechos a la intimidad, privacidad e imagen para los asuntos que carezcan de valor noticioso o sean completamente ajenos al objeto central de su exposición pública[34] . Queda excluida en esa misma medida, la posibilidad de utilizarse la imagen de esas personas, para fines distintos a los informativos, como lo serían la publicidad comercial o institucional, sin previa y expresa autorización, en cuyo caso, la protección al derecho se mantiene inmutable, con independencia de la posición pública del titular, esto es, que se mantiene la prohibición de su difusión sin la previa autorización, cuando los intereses sean privados, aunque sean perseguidos por una entidad pública, lo que se expone en los siguientes apartados.

5. *El interés público frente al derecho sobre la propia imagen para el caso del sector público*

Con más frecuencia, de la que jurídica y políticamente es admisible, se alude al interés público como la llave de la bóveda para incursionar en ámbitos de la vida privada de las personas servidoras públicas. Sin embargo, para el objeto de nuestro trabajo, lo delimitaremos al derecho fundamental a la intimidad, genérico del específico a la propia imagen, acudiendo al soporte del inciso 1) del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, que define el interés público como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

Esta clara definición del interés público, proveída a la indicada ley por el todavía irreemplazable Profesor Ortíz Ortíz[35], demanda de la operadora y del operador jurídicos un riguroso análisis -en cada caso- del cuadro fáctico en relación con el contenido de las demandas, para determinar si se configuran dentro del concepto, dado que no es la voluntad individual ni el criterio subjetivo de la funcionaria o del funcionario o de la Administración, lo que define el principio democrático de lo que es interés público. Por el contrario, este deviene constituido por el conjunto de los intereses colectivos coincidentes en un determinado espacio, con previa valoración y determinación del contralor de legalidad frente a condicionantes de modo, tiempo, lugar, sujeto, objeto y fin.

Al estar definido legislativamente, el interés público escapa a la opinión de un órgano (individual o colegiado) o de una funcionaria o de un funcionario, al tratarse de una calificación objetiva que se define al momento de fiscalizar la conducta administrativa contentiva de ese supuesto interés público con el que se busca legitimar la específica acción pública, en relación con los requerimientos legales tendientes a validar esa calificaciónEntre los mismos se consideran la existencia de un motivo legítimo, real o potencial (pero siempre posible) y de un contenido ajustado a ese motivo para cumplir un fin público, que el ordenamiento jurídico dispuso como de obligado cumplimiento para la Administración Pública concernida. No es cualquier acto, conducta formal o material que, originada en una entidad pública, se encuentre protegida por el manto sagrado del interés público sino únicamente aquellas que realmente conduzcan a satisfacer necesidades generales pero sobre todo -he ahí un elemento que escapa en ocasiones al ojo visor de

la contralora o del contralor de legalidad- las que formen parte del radio de acción competencial de la organización política en lisa y, además, que ese comportamiento institucional sea necesario para satisfacer ese fin previamente establecido.

Al momento de enjuiciarse ese interés público, el análisis conduce a verificar las posibilidades de que los fines pudiesen lograrse con conductas menos gravosas para la o las personas involucradas; que la conducta escogida fuese menos onerosa para los recursos públicos y fundamentalmente, más efectivas para la satisfacción general. Esas otras valoraciones pueden distanciarse de los planteamientos o argumentos de la Administración controlada, que en todo caso, están lejos de ser un límite para la contralora o el contralor de legalidad llamados a descifrar ese supuesto interés general, desde todos los ángulos que la situación amerite aunque no haya sido objeto de expreso reclamo.

6. *El derecho a la propia imagen de los empleados públicos*

Señalado lo anterior y con las salvedades de los servidores que ocupan sus puestos por elección popular -presidencia, diputadas y diputados, regidoras y regidores, alcaldías- más aquellos puestos cuyo nombramiento depende de la discrecionalidad política del parlamento -magistratura del Poder Judicial, contraloría general, subcontraloría general, defensoría de los habitantes-; así como de los nombramientos que son resorte del Poder Ejecutivo con posterior y obligada ratificación del parlamento -procuradoría general, reguladora o regulador general-; los que son del seno exclusivo de la Presidencia -ministras y ministros de gobierno-; las funcionarias y los funcionarios de nombramiento del Consejo de Gobierno -miembros de juntas directivas- y finalmente, los nombrados por la exclusiva voluntad de las jerarcas y los jerarcas institucionales -gerenciass, subgerenciass y direcciones[36]-. El nombramiento de las empleadas y los empleados públicos se verifica a través de un concurso de antecedentes con oposición, sin que medie contrato particular entre la persona servidora y la Administración. En este caso, las condiciones laborales, los deberes y obligaciones, así como los beneficios económicos, están previamente dispuestos por el ordenamiento jurídico, sin disponibilidad de las partes para modificarlos o establecer condiciones especiales para cada cargo.

El contenido de los deberes y obligaciones de las empleadas y los empleados públicos están prediseñados para cada puesto, tal y como lo determinó en los artículos 16 y 17 del Estatuto del Servicio Civil antes transcritos, en lo que se denomina Manual de puestos. De esta manera las condiciones válidas, consideradas y requeridas de la persona postulante al puesto, son las dispuestas por la regla jurídica tendientes a asegurar las condiciones de idoneidad para el cargo. Para el funcionariado público elegido, seleccionado o nombrado conforme fue señalado en el párrafo anterior. Los requisitos dispuestos por la Constitución o la ley no están en función de la idoneidad para el cumplimiento de las cargas laborales del puesto en particular, sino que se corresponden con: condiciones biológicas -la edad para presidencias, diputadas y diputados y ministras y ministros -; de vinculación territorial y compromiso -la nacionalidad para presidencias, diputadas y diputados, ministras y ministros y magistratura-[37]; de pensamiento o credo -estado seglar para todas y todos los anteriormente nombrados-; por el contenido en relación con las específicas funciones que deberá realizar -la profesión de abogada y abogado para las magistradas y los magistrados-, así como de otros cargos de similar naturaleza, a modo de ejemplo y sin ánimo de agotarlos.

Ahora bien, atendidas las condiciones y requisitos distintivos para cada categoría, queda por determinar el elemento central sobre el que recae la protección de la propia imagen de la empleada y del empleado público. Se trata del fenómeno jurídico de la representación de las organizaciones públicas. Efectivamente, la representación hacia lo externo de las Administraciones públicas

está reservada únicamente a determinadas funcionarias y determinados funcionarios, en razón de las potestades públicas atribuidas cuando adolecen y ejercitan potestades de imperio, por expresa disposición de la ley sin posibilidad de ser delegadas en terceros. Esto de conformidad con el inciso 1) del artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública[38], sin perjuicio de una distribución interna para una mejor organización y servicio[39]. Significa lo anterior que loas personas funcionarias representantes institucionales, por el solo hecho de serlo, dejan al descubierto su imagen física, pues forma parte de los deberes públicos de transparencia, publicidad y rendición de cuentas, que asumen con el cargo. Quedan a salvo por supuesto, las actividades ajenas al cargo del orden estrictamente familiar, siempre que no involucren o participen de la funcionarial[40].

En apretada síntesis:

i. El funcionariado público tiene un rango distinto al de empleada y empleado públicos.
ii. El régimen jurídico aplicable al funcionariado en sus relaciones de servicio frente a la Administración, es de Derecho Público; el régimen jurídico de la empleada y del empleado público, es de Derecho Privado.
iii. El sistema de nombramiento de la funcionaria y del funcionario es discrecional, el de la empleada y del empleado es por méritos y cumplimiento de requisitos.
iv. El régimen de responsabilidad del funcionariado público es del orden general institucional, el de la empleada y del empleado público es puntual, delimitado a las responsabilidades particulares del cargo.

Por esa distinta naturaleza jurídica del nombramiento y las responsabilidades del funcionariado, vistas en relación con las aplicables a las otras personas servidorss públicas, los derechos y obligaciones de cada una y uno siguen el mismo patrón, pero con diferente contenido. En las funcionarias y los funcionarios el acto voluntario y solemne de la aceptación del cargo incorpora -por el sentido amplio de esa voluntad y sin que sea necesario incorporar una cláusula expresa- una aceptación a comparecer públicamente, a rendir las cuentas que la sociedad le demande, por intermedio de los instrumentos democráticos construidos para tales fines. Esa comparecencia pública no está supeditada a una previa autorización, en tanto se encuentra comprendida en los deberes generales del cargo y la función elegida; a la par, esa tipología de funcionarias y funcionarios, son las personas visibles al gran público en tanto su cargo en particular está vinculado a la información pública.

En sentido restrictivo, la empleada y el empleado público una vez seleccionados por concurso de oposiciones, aceptan las obligaciones, responsabilidades y derechos atinentes y limitadas al cargo específico, sin que ese consentimiento sea extendible a otras actividades distintas y ajenas a su puesto, aunque sean ordenadas y ejecutadas por la oficina pública en la que presta su concurso. Bajo esta línea expositiva, están excluidas de los deberes, obligaciones y responsabilidades de la empleada y del empleado público, las actividades ajenas o desvinculadas a los deberes, obligaciones y responsabilidades del cargo para el cual fueron reclutados[41], como también están protegidos contra las injerencias de la Administración en otros ámbitos de su vida privada, más allá de los que jurídicamente tiene el deber de soportar, o que están separados de los que se pueden considerar parte del acuerdo de reclutamiento; esto es, cualquier actividad institucional que sea ajena a los requerimientos del cargo, que estén excluidas del Manual de Puestos o de reglas jurídicas especiales (ley, reglamento autónomo o convención colectiva).

Vale decir que, si la imagen física de una persona servidora pública no constituyó el elemento principal para su reclutamiento (modelo o actor para pauta publicitaria, por ejemplo), la entidad patronal está absolutamente inhibida de utilizarla sin el consentimiento expreso de la o del titular. Esto porque está desvinculada de

los requerimientos del puesto, con obligación de indemnizar a la persona afectada con el uso desautorizado, con independencia del objeto o fines perseguidos con la conducta ilegítima, pues la gravedad de una utilización no autorizada de la imagen de la persona servidora pública, no se ablanda ni se justifica, aunque el propósito sea del más elevado altruismo social.

Como corolario de lo anterior, el funcionariado público, quien por el contenido del cargo y la representación que asume, es el obligado a comparecer o a someterse al escrutinio público -voluntario o involuntario- para rendir las cuentas que los órganos democráticos le demanden en relación con el manejo político y administrativo de la organización a su cargo. Esto en estrictocumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Carta Política[42]; rendición de cuentas que, bajo determinadas circunstancias y en orden a la particularidad de la causa, puede, cuando sea posible, delegar en otras funcionarias y en otros funcionarios cuando tengan un conocimiento especial en relación con el tema objeto de cuestionamiento sobre el que se informa.

Caso contrario acontece con la empleada y el empleado públicos, cuyas obligaciones del orden interno, no pueden serle demandadas en otros escenarios distintos al judicial[43], por carecer de esa representación. En esas circunstancias, ni terceros ni la entidad a la que presta sus servicios pueden hacer uso -en ninguna forma- de su imagen. Ese derecho a la privacidad no fue transferido ni a la entidad ni al público con ocasión del concurso por la plaza en cuestión, ni tampoco forma parte de las condiciones o requisitos del cargo. De esta manera, cualquier uso desautorizado o no autorizado de la imagen de una empleada y un empleado público, para promocionar a la entidad o eventos en los que esta tenga participación; para publirreportajes sobre el quehacer institucional o simplemente para publicitar la imagen de la organización, constituye una violación a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad.

El artículo 47 del Código Civil, no establece excepciones a la regla general del derecho a la propia imagen.

Sobre el tema del derecho a la imagen de las personas, la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos ha sido amplia. Así, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en el caso *Minelli contra Suiza*[44], rechazó la demanda de un abogado, que participaba con frecuencia en debates públicos, a quien en algún momento le endilgaron un epíteto junto a su fotografía que no fue de su agrado, por lo que una vez agotadas las instancias internas que reiteradamente le rechazaron el caso, acudió a la Corte Europea alegando la violación al artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, concerniente a la vida privada contemplativa del derecho a la imagen y la Corte le rechazó la demanda indicando que no podía invocar respeto a su vida privada si el mismo escogió exponerse y exponerla en público. El Tribunal transatlántico consideró que la exposición mediática voluntariamente aceptada por la persona, conduce a una abierta aceptación para la utilización de su imagen, sin el expreso consentimiento requerido para otros casos de similar naturaleza.

En una sentencia diametralmente distinta, el mismo Tribunal consideró que con independencia de la notoriedad pública de la demandante, por ser una reconocida cantante[45] hay espacios de su vida privada que no pueden ser expuestos sin su consentimiento. Señaló el elevado Tribunal europeo (solamente los extractos de interés):

> *"(…) El TEDH recuerda que la noción de vida privada es una noción amplia, que comprende elementos relacionados con la identidad de una persona, tales como su nombre, su imagen y su integridad física y moral. Existe una zona de interacción entre el individuo y otros que, incluso en un contexto público, puede entrar en el ámbito de la vida privada. De esta manera, la publicación de una fotografía, así como*

la emisión de imágenes de televisión en el marco de programas televisivos que se acompañan, como en este caso, de opiniones, críticas o comentarios sobre aspectos de la vida estrictamente privada de una persona (ver, mutatis mutandis, Société Prisma Presse c. Francia (ICI PARIS) c. Francia, n 12268/03, § 40, 23 de julio de 2009), interfieren en la vida privada de esta última, aunque sea una persona pública (Von Hannover, anteriormente o citada, §§ 50 y 53, Petrina c. Rumania, 78060/01, § 27, 14 de octubre de 2008 y Von Hannover c. Alemania (n 2) [GC], n 40660/08 y 60641/08, § 95, CEDH 2012). En algunas circunstancias, una persona, incluso conocida del público, puede invocar una "esperanza legítima" de protección y respeto de su vida privada (Hachette Filipacchi o Associés (ICI PARIS), anteriormente citada, § 53, y Von Hannover (n 2) [GC], anteriormente citada, § 97)… De acuerdo con la jurisprudencia constante del TEDH, la condición de "necesidad en una sociedad democrática" exige determinar si la injerencia litigiosa correspondía a una necesidad social imperiosa, si era proporcionada al fin legítimo que se pretendía, y si los motivos aportados por las autoridades nacionales para justificarla son procedentes y o suficientes (Sunday Times c. Reino Unido (número 1), 26 de abril de1979, §62, serie A número 30)…

La sentencia internacional precisa que, la simple notoriedad de una persona no es fundamento suficiente para desconocerle su derecho a la privacidad, intimidad e imagen. En sentido inverso, significa que una persona que goza de un total y absoluto anonimato social (voluntario o involuntario) la protección a su vida privada e imagen, deviene en más rigurosa. Continúa el elevado Tribunal, en cuanto interesa al artículo:

"i. Sobre la contribución de los programas televisivos a un debate de interés general y la notoriedad de la persona afectada: El TEDH apunta que si bien existe un derecho del público a ser informado de las publicaciones o programas televisivos cuyo único objeto es el de satisfacer la curiosidad de cierto público sobre detalles de la vida privada de una persona, cualquiera que sea la notoriedad de ésta, inmiscuyéndose en su intimidad, no se puede considerar que aquellos contribuyan a un debate de interés general alguno para la sociedad (ver, mutatis mutandis, Campmany y Diez de Revenga y López-Galiacho Perona c. España (decisión), 54224/00, 12 de diciembre de 2000, y MGN Limited c. Reino Unido, n 39401/04, §143, 18 de enero de 2011), incluso suponiendo que esta persona tenga una cierta notoriedad social (Von Hannover, anteriormente citada, § 65). El TEDH reafirma a este respecto que el interés general no puede reducirse a las expectativas de un público ávido de detalles sobre la vida privada ajena, ni al gusto de los lectores por el sensacionalismo, incluso por el voyerismo (Couderc et Hachette Filipacchi Associés [GC], anteriormente citada, § 101). Recuerda que el carácter público o notorio de una persona influye en la protección de la que su vida privada puede disfrutar. Señala, sin embargo, que no se trata en este caso de una persona pública investida de funciones oficiales, por lo que el derecho a preservar el secreto de su vida privada es en principio más amplio.

En el extracto anterior, la Cámara internacional diferencia dos tipos de intereses, distintos en su contenido y en su finalidad: el interés del público por conocer facetas de la vida privada de algunas personas medianamente notorias y, por otro lado, el interés público que podría caber en las actividades de las personas investidas de funciones oficiales, tal y como lo hemos venido señalando al diferenciar entre funcionaria y funcionario y empleada y empleado público. Más puntual esa diferencia entre los intereses, en la siguiente cita de la sentencia:

"El TEDH observa que las jurisdicciones internas no han analizado estas cuestiones como tales y que se han limitado a considerar que la demandante era una persona muy conocida por el público. Apunta que el hecho de que la demandante, cantante de profesión, es conocida como artista por el público español, no implica necesariamente que sus actividades o comportamientos en el ámbito privado puedan ser considerados de interés general. Apunta que los programas basados en aspectos estrictamente privados de la vida de la demandante no contenían el componente esencial del interés público capaz de legitimar la divulgación de estos elementos, y esto a pesar de la notoriedad social de la interesada, al no tener el público un interés legítimo para conocer ciertos detalles íntimos de la vida de ésta. Es harto evidente que los invitados de los programas litigiosos han abordado y comentado exclusivamente detalles - salaces en la opinión de determinado tipo de público – de la vida privada de la interesada (ver, mutatis mutandis, Julio Bou Gibert y El Hogar y La Moda S.A., no 4929/02 (decisión), 13 de mayo de 2003). Incluso si este interés del público existe realmente, así como existe un interés comercial de las cadenas de televisión que emiten este tipo de programas "sensacionalistas", en este caso estos intereses deben, uno y otro, quedarse en segundo plano ante el derecho de la demandante a la protección efectiva de su vida privada…

"Habida cuenta de cuanto antecede, el TEDH estima que el hecho de que la demandante se aprovechara del interés de la prensa, como sostiene el Gobierno, no puede dar carta blanca a las cadenas de televisión en cuestión para retirar a la interesada toda protección contra comentarios incontrolados sobre su vida privada… El TEDH recuerda que, a partir del momento en que se pone en entredicho una información o unos comentarios que comprometen la vida privada ajena, incumbe a los periodistas – o a cualquiera que intervenga en programas televisivos como los que nos ocupan – tomar en cuenta, en la medida de lo posible, el impacto de las informaciones y de las imágenes a publicar, antes de su emisión. En particular, ciertos acontecimientos de la vida privada y familiar son objeto de una protección particularmente atenta a efectos de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio y deben por tanto inducir a los periodistas a dar muestras de prudencia y de precaución en su tratamiento. (Editions Plon c. Francia, n 58148/00, §§ 47 y 53, CEDH 2004-IV). Por lo demás, el hecho de difundir rumores no comprobados y de hacer comentarios sin control ni límite, sobre cualquier tema relativo a la vida privada ajena no debería ser considerado inofensivo. En cualquier caso, incumbía a las instancias nacionales proceder a una valoración de los programas televisivos litigiosos para llevar a cabo una delimitación y una ponderación entre lo que era susceptible de afectar al núcleo de la vida privada de la demandante y lo que podía presentar un interés legítimo para el público…"

La resolución comentada establece la distancia entre el ámbito de lo público y lo privado de la persona con independencia de su notoriedad pública, y remacha señalando que hay acontecimientos de la vida privada y familiar que gozan de una protección especial, en el caso europeo, por el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, puede extrapolarse al sistema interamericano al artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[46]. Así lo señaló la sentencia comentada:

Ratifica el fallo comentado, de que toda persona goza de una protección especial sobre su esfera privada a la que pertenece el derecho a la propia imagen con las salvedades dichas: acontecimientos públicos o personas notorias o que no siéndolo, están al frente y al mando de

actividades productoras de un marcado interés general, ya sea porque administran recursos públicos o porque en funciones oficiales exponen los valores y los sentimientos nacionales.

7. El derecho a la propia imagen de los empleados judiciales

Un caso muy particular se presenta con el derecho a la propia imagen de las Juezas y los Jueces en el ejercicio del cargo. A estas personas, con frecuencia y de manera inconsulta, se les publica la imagen en los medios de comunicación. La particularidad del caso se concentra desde la óptica de la persona autora, en una doble situación que debe considerarse al momento de valorar este derecho frente a terceros. La primera de ellas es que las personas juzgadoras realizan función jurisdiccional, la que conforme a lo señalado en el acápite E anterior, es la que caracteriza al Poder Judicial, en relación con los otros dos poderes del Estado; en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales son parte del funcionariado público. Sin embargo, no son las y los representantes del Poder Judicial como organización y hacia lo externo, de manera que sus actuaciones -correctas o erróneas- se proyectan sobre el órgano constitucional en su conjunto y no en la persona juzgadora; salvo -como también ya se indicó- que incurrieran en delito, en cuyo caso asume personal y directamente las consecuencias (distintas a las civiles).

Hay que abonar que en la función jurisdiccional, hay un interés público per se, pues la solución civilizada de los conflictos de intereses son de la alta estima del Estado democrático de Derecho. Pero la presencia de ese interés general en la administración de justicia es insuficiente para romper los diques protectores de la intimidad y privacidad de la persona juzgadora como persona; derechos de los que no se desprendieron por el simple nombramiento.

Hay una práctica generalizada de proyectar imágenes en los noticieros televisivos, así como la publicación de fotografías en los medios de comunicación escritos, de las juezas y de los jueces y otras empleadas y otros empleados judiciales participantes en algunos procesos judiciales, sobre todo en el orden represivo, bajo la supuesta existencia de un interés público en la información.

En párrafos anteriores se señaló que, el concepto de interés público escapa al criterio personalizado para ser tratado como un conjunto de elementos objetivos, que en un determinado momento y lugar, resultan caros a la sociedad. Es de interés público conocer el desarrollo y el resultado de un proceso penal, en tanto en cada actividad jurisdiccional se produce lo que en otros ámbitos del poder público podría catalogarse como una rendición de cuentas, porque la realidad es que todo proceso judicial constituye y representa en sí mismo una rendición de cuentas de la situación general de la administración de justicia de un Estado. Pero ese interés público es distinto al interés "amarillista", que un medio de comunicación quiera endilgarle a la noticia, en aras de obtener mejores calificaciones (rating) para vender más publicidad o ubicarse mejor en las preferencias del público.

Señalado de otro modo, el interés periodístico por proyectar procesos que les produzcan réditos empresarios, no es complementaria con el interés público de la información general. Este último interés general, objetivo por demás, consiste en ofrecerle a la sociedad la tranquilidad de una sana administración de justicia, a través de la transparencia y publicidad de las actuaciones judiciales, sin que por ello las personas juzgadoras y demás funcionarias y funcionarios judiciales, renuncien o pierdan sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la intimidad y privacidad, comprensivo del derecho a la propia imagen.

Es importante señalar que, la protección de la imagen de las juezas y de los jueces y demás funcionarias y funcionarios judiciales, participantes de un proceso judicial calificado

por la prensa como de interés público -aunque carezca de esa atracción-, no contraviene el derecho a la información, que también tiene rango constitucional. No hay colusión de derechos fundamentales, porque, aunque los procesos judiciales sean públicos -en los casos donde se permite la libre asistencia- carecen de la calidad de espectáculos públicos aun con la insistencia de la prensa de convertirlos en tales. Lo anterior, porque la publicidad tiende a satisfacer los principios de transparencia y rendición de cuentas arriba señalados sin que se consideren como elementos válidos y justificativos, la curiosidad o el morbo.

Vale retomar el texto del artículo 47 del Código Civil, que dispone:

> *"La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicadas, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público…"*

Acorde con el indicado texto, el legislador relativizó la pertenencia de la imagen a la persona -en el específico caso de la función pública que ahora nos ocupa- a que la reproducción se justifique según sea la función pública que desempeñe, o señalado de otra forma, que no es toda función pública sino aquella que tenga un connotado interés general -presidencia, ministra y ministro, diputada y diputado, por ejemplo-. Y para evitar la mala interpretación sobre la frase las necesidades de justicia o de policía, se señala que esta está referida a la posibilidad de publicar una imagen sin autorización de su titular, cuando la persona sea buscada o requerida para que comparezca ante la policía o la justicia. De ahí que el legislador se inclinó por utilizar una "o", en este caso, copulativa, para dejar sentado que se trata de una misma situación, pero en todo caso, el requerido no sería una persona juzgadora u otra empleada u otro empleado judicial.

Bajo la interpretación anterior, las excepciones del artículo 47 del Código Civil arriba transcrito, no comprenden la difusión desautorizada o no autorizada de la imagen de las personas juzgadoras y otras empleadas y otros empleados judiciales, con ocasión de un proceso judicial. Por lo tanto, con independencia de lo que la prensa considere de interés público, la imagen individual no forma parte de esa atracción, en tanto lo importante son las actuaciones judiciales para la satisfacción de la justicia, con independencia del rostro que las realiza, es el cargo, no es la persona.

Todavía se carece de jurisprudencia sobre esta particular infracción a los derechos personalísimos a la imagen de las juezas y de los jueces y otras empleadas y otros empleados judiciales, que establezca una clara delimitación; el tema queda expuesto.

Conclusiones

1. El derecho a la propia imagen de las personas servidoras públicas, carentes de representatividad institucional, es absolutamente cerrado a cualquier difusión no autorizada, sean estos terceros o la entidad en la que ejerce su cargo.
2. El derecho a la propia imagen de las funcionarias y de los funcionarios públicos, está relativizado en razón de su jerarquía y actividad.
3. El derecho a la propia imagen de las personas juzgadoras y demás empleadas y empleados judiciales, gozan de la misma protección, en tanto su actividad no es pública.

Lastimosamente, la timidez protectora de los tribunales nacionales, nos impide resaltar alguna sentencia, por la que este derecho se proteja y garantice con suficiente fortaleza, para disuadir su constante infracción. Sin embargo, queda la esperanza que la proliferación de las redes

sociales y las publicaciones no autorizadas por estos medios, sean el detonante para una mayor rigidez jurisdiccional en favor de la persona cuya privacidad e intimidad hayan sido violadas con publicaciones no autorizadas de su imagen cuando no tenga el deber jurídico de soportarlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBALADEJO, M. (1983). Derecho Civil, tomo l, volumen ll, octava edición.

AMAT LLARI, E. (1992). El derecho a la propia imagen y su valor publicitario, La Ley.

BALAGUER C., M. L. (1992). El derecho fundamental al honor. En: Temas claves de la Constitución española. Madrid: Tecnos,,

BERDUGO G. DE LA T., I. (1987). Honor y libertad de expresión, Tecnos.

GARCIA M., J. (1994). Las garantías de los derechos fundamentales. En: Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch, segunda edición, volumen l.

GARRIDO F., F. (1985). Comentarios a la Constitución. Civitas.

GITRAMA G., M. (1979). Nueva enciclopedia jurídica. Editorial Seix, tomo Xl.

GONZALEZ C., O. (2002). Justicia Administrativa. San José:Investigaciones Jurídicas.

HERNANDEZ V., R. (1993). El Derecho de la Constitución. San José: editorial Juricentro, volumen 1.

IGARTUA A., F. (1991). La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajeno. Madrid Editorial Tecnos:.

LEROUX DE B., C. (2017). La doble jurisdicción en Francia. Lima: Revista Athemis..

ORTÍZ O., E. (s. f.). Derecho Administrativo, volumen 2, San José .

PEREZ L., A. E. (1979). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978.REP, mayo-junio.

ÇROMERO C., A. María. (1982). El derecho a la intimidad privada y su problemática. RAC, tomo 1989-2.

SCHWABE, J. "Extractos de las sentencias más relevantes". Recuperado el 1 de junio de 2018 de http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1980). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, volumen IV, número 5, diciembre.

Sentencias de Tribunales extranjeros

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de febrero de 2017, caso Rubio Dosamantes contra España.

Sentencias del Tribunal Constitucional números 11/1981 del 8 de abril y 37/1981 del 16 de noviembre.

Sentencias del Tribunal Constitucional español, números 170/1987 del 30 de octubre; 99/1994 del 11 de abril.

Dictámenes de la Procuraduría General de la República

Dictamen de la Procuraduría General de la República, número C-323-2014 del 8 de octubre de 2014.

Notas al pie

1. El ocio, es un estado de satisfacción de la persona que le genera un beneficio emocional o un crecimiento personal, siempre fuera del contexto laboral o académico; es decir, cuando no se trabaja ni se estudia una carrera, sino cuando se realiza un trabajo benéfico, o se lee un libro, o se lleva un curso para aprender una habilidad nueva, ajena a las necesidades laborales.

2. BERDUGO G.DE LA T., I. (1987). Honor y libertad de expresión. Tecnos, p. 57.

3. (1985). . p. 352.

4. PEREZ L., A. E. (1979). La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978. REP, mayo-junio, p. 64.

5. R. C., A. M. (1989). El derecho a la intimidad privada y su problemática. RAC, tomo 1989-2, página 2245.

6. Ibid.

7. WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, Boston, volumen lV, número 5, diciembre.

8. El artículo 28 de la Constitución Política establece: "Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas".

9. GARCIA M., J. (1994). Las garantías de los derechos fundamentales. En: Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch,segunda edición, volumen l, p. 422.

10. Sentencias del Tribunal Constitucional números 11/1981, del 8 de abril y 37/1981, del 16 de noviembre.
11. Citado por Schwabe, J. "Extractos de las sentencias más relevantes", en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf, accedida el 11 de junio de 2018.

12. GITRAMA G., M. (1979). Nueva enciclopedia jurídica. Editorial Seix, tomo Xl, p. 302.

13. Sentencias del Tribunal Constitucional español, números 170/1987, del 30 de octubre; 99/1994, del 11 de abril.

14. BALAGUER C., M. L. (1992). El derecho fundamental al honor. En: Temas claves de la Constitución española. Madrid: Tecnos, p. 41.

15. IGARTUA A., F.(1991). La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajeno. Madrid: Editorial Tecnos, p. 20.

16. AMAT LL., E. (1992). El derecho a la propia imagen y su valor publicitario. La Ley, p. 25.

17. La diferencia entre personas no autorizadas y las desautorizadas, es que las primeras utilizaron la imagen sin consulta del afectado; mientras que las desautorizadas son aquellas que, habiendo sugerido o solicitado la licencia para hacer uso de ella, se les prohibió.

18. GITRAMA G., op cit, p. 302.

19. Ibid, página 462 y siguientes.

20. ALBALADEJO, M. (1983). Derecho Civil. Tomo l, volumen ll, octava edición, p. 62.

21. HERNANDEZ V., R. (1993). El Derecho de la Constitución. San José: editorial Juricentro, volumen 1.

22. HERNANDEZ VALLE., Rubén,. El Derecho de la Constitución. San José:, editorial Juricentro, San José, 1993, volumen 1.

23. HERNANDEZ V., R. op cit, excluye al Tribunal Supremo de Elecciones, al señalar que no existe una función electoral, considerándola como una actividad administrativa que incluso podría llevar a cabo alguno de los otros poderes (como en algún momento aconteció en la historia política de Costa Rica).

24. Anteriormente se le denominaba Ejecutivo Municipal.

25. Artículo 1º.- Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores. Artículo 2º.- Para los efectos de esta Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial. Artículo 3º.- No se considerarán incluidos en este Estatuto: a) Los funcionarios de elección popular; b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y de Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y c) Los funcionarios y empleados que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. (Así reformado por el artículo 6º de la Ley Nº 1918 de 5 de agosto de 1955). Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza: a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y los Diplomáticos en misión temporal. b) El Procurador General de la República. c) Los Gobernadores de Provincia. d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República. e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros. f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 6440 de 16 de mayo de 1980). g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico. Transitorio al inciso g) Las personas citadas en el inciso anterior, que actualmente ocupen en propiedad tales cargos, conforme al artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil seguirán en esa misma condición hasta el cese de la prestación de sus servicios. Cuando esto ocurra y el cargo quede vacante, la Dirección General de Servicio Civil elaborará la correspondiente resolución declarándolo de confianza. (Así adicionado el inciso anterior incluyendo

su Transitorio, por la Ley No.7767 de 24 de abril de 1998) (NOTA: El artículo 7.º de la Ley N.º 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 5) Artículo 5.º.- Quedan también exceptuados de este Estatuto, los siguientes funcionarios y empleados: a) El Tesorero Nacional. b) Al Subtesorero Nacional. c) El Jefe de la Oficina del Presupuesto. d) Los servidores pagados por servicios o fondos especiales de la relación de puestos de la Ley de Presupuesto, contratados para obra determinada. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1.º de la Ley N.º 6440 de 16 de mayo de 1980). e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial. f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación. g) Los médicos que presten el servicio de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario. h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación). i) Inspector General e Inspectores Provisionales, de Autoridades y Comunicaciones. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1º de la Ley Nº 2716 de 21 de enero de 1961 y luego reformado por el artículo único de la Ley N.º 3451 de 5 de noviembre de 1964). j) El Director de Migración, el Jefe del Departamento de Extranjeros y el Director Administrativo del Consejo Superior de Tránsito. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 1.º de la Ley N.º 2716 de 21 de enero de 1961). k) Los funcionarios de la Comisión nacional de prevención de riesgos y atención de emergencias, sujetos al párrafo 2 del artículo 18 de su ley. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 de la Ley N.° 7914 del 28 de setiembre de 1999) l) Los auditores y subauditores internos de los ministerios y organismos adscritos. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 45 punto d) de la Ley No. 8292 de 31 de julio de 2002). (NOTA: El artículo 7.º de la Ley N.º 1918 de 5 de agosto de 1955, cambió la numeración de este artículo que originalmente era el 6.º).

26. Es importante aclararle a la lectora y al lector, que las normas del Estatuto utilizadas de respaldo, no agotan la totalidad de las reglas jurídicas en las que pueden aparecer esas diferencias.

27. El inciso 2) del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, dispone: “2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario”.

28. De acuerdo con Christine Leroux de Belaunde, por las leyes del 16 y 24 de agosto de 1790, se instauró en Francia una doble jurisdicción, la Administrativa a cargo del Consejo de Estado y las judicial para todos los demás asuntos. Esta duplicidad jurisdiccional fue una interpretación tajante del principio de división de poderes. Sobre esa base legislativa de tan antigua data, los conflictos entre las personas servidoras públicas y el Estado, ha estado diseccionada, según sea la naturaleza jurídica del órgano, ente o empresa pública a la que presta sus servicios. Así, corresponde a la Jurisdicción Administrativa los litigios entre los funcionarios públicos y la Administración y a la judicial los litigios entre los agentes de entidades públicas comerciales o industriales (Bancos Públicos, RECOPE, RACSA); los que no están a cargo de servicios públicos; los que por ley están sometidos al Derecho privado y los agentes de empresa privadas encargadas de servicios públicos (RITEVE). Véase: Le Juge Administratif, Juge de la Fonction Publique, Dossier Thématique du Conseil d’État, Paris, 2018.

29. En el caso de las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, se presenta una situación muy particular. El artículo 100 de la Constitución Política establece: “El Tribunal Supremo de Elecciones estará integrado ordinariamente por tres Magistrados propietarios y seis suplentes, nombrados por la Corte Suprema de Justicia por los votos de no menos de los dos tercios del total de

sus miembros. Deberán reunir iguales condiciones y estarán sujetos a las mismas responsabilidades que los Magistrados que integran la Corte". La norma no contiene un catálogo expreso sobre los requisitos para ocupar el puesto, sino que se refiere a las condiciones que las magistradas y los magistrados deben poseer para integrar la Corte. Eso permite concluir que para ser magistrada o magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones solamente se deben ostentar las condiciones de los primeros 4 incisos del artículo 159 de la Carta Política que a la letra señala: "Para ser Magistrado se requiere: 1) Ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento; 2) Ser ciudadano en ejercicio; 3) Ser del estado seglar; 4) Ser mayor de treinta y cinco años; 5) Poseer el título de Abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años…". Este último inciso no parece aplicable al Tribunal Supremo de Elecciones porque esta exigencia es un requisito académico de formación especial para el ejercicio de la especial función jurisdiccional de la magistratura del Poder Judicial, que no hace ni es la esencia de la función electoral del Tribunal Supremo de Elecciones, que como órgano administrativo por excelencia, emite resoluciones administrativas, las que son pasibles de ser conocidas por las jurisdicciones constitucional o contencioso administrativa según sea la causa concreta, salvo las de contenido estrictamente electoral.

30. Señala el numeral 190 de la Ley citada: "Artículo 190. 1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente".

31. Se hace la diferencia entre deber y obligación; en tanto el primero, está referido a una situación abstracta, y la segunda, se constituye cuando se concreta la prestación requerida. Véase: GONZALEZ C., O. (2002). Justicia Administrativa. San José: Investigaciones Jurídicas .

32. Le Juge Administratif, Juge de la Fonction Publique, op cit.

33. Apartado B.1.b.

34. En informaciones relacionadas con la vida familiar, su quehacer doméstico y relaciones sentimentales personales, así como las imagines que no están relacionadas con el ejercicio del cargo, solamente podrán ser difundidas con la previa autorización de la o del titular. Fotografías de la presidenta o del presidente o una ministra o un ministro cuando hace las compras del hogar o cuando asiste a un evento familiar, quedan fuera del ámbito de lo informativo de interés público, por lo requieren de una previa autorización de la persona titular.

35. La Ley General de la Administración Pública es una creación casi entera del Profesor Ortíz Ortíz, con el respaldo, que no producción, de otros juristas distantes de su talla intelectual.

36. Mediante dictamen C-323-2014 del 8 de octubre de 2014, la Procuraduría General de la República dictaminó que los directores nacionales y regionales, son de libre nombramiento y remoción, particularmente en el caso del Instituto de Desarrollo Rural.

37. Es la adhesión, aceptación, reconocimiento y respeto a los valores de la sociedad que representará.

38. El inciso 1) del artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública dispone: "1. La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.

39. El inciso 2) del mismo numera 59, dispone: "2. La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia".

40. Nos referimos al hecho de asistir acompañado de la familia a eventos oficiales o sociales, cuya asistencia está ineluctablemente apegada al cargo servido.

41. Se utiliza el término reclutamiento, porque la Administración recluta bajo sus propios términos, no contrata; en tanto se considera el contrato como un acuerdo libre y soberano de voluntades. En la Administración hay una voluntad preestablecida en relación con el contenido de los derechos y obligaciones, y otra voluntad que se somete y acepta, sin posibilidades de discutir los términos bajo los que realizará sus labores.

42. Dispone el artículo 11 constitucional: "Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. 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".

43. Nos referimos a las causas judiciales que se le abran, por incumplimientos o delitos cometidos en el ejercicio del cargo.
44. Caso 14991/2002.

45. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de febrero de 2017, caso Rubio Dosamantes contra España.

46. El artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre dispone: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Por su parte el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 137-153 ISSN 2215-2377 / junio 2019

VIABILIDAD DE LA EUTANASIA VOLUNTARIA Y ACTIVA EN EL ESTADO DE DERECHO COSTARRICENSE

Licda. Suyen Vega Mena*
suvegams@gmail.com

RESUMEN:

En la actualidad, han surgido debates en torno al inicio y la culminación de la vida. Las cuestiones relacionadas con la bioética y los derechos humanos obligan a repensar –y romper paradigmas clásicos. Tal es el caso de la consideración de la vida humana como valor supremo y, por tanto, asumir la indisponibilidad de la propia vida. Ello deviene en la imposibilidad legal para decantarse por la anticipación de la muerte incluso ante un escenario de enfermedad grave y/o incurable. En la actualidad, esta decisión es objeto de reproche penal. Contrario al paradigma aludido, este artículo plantea la viabilidad jurídica de la eutanasia voluntaria y activa en el Estado de derecho costarricense.

PALABRAS CLAVE*: Eutanasia, eutanasia activa, eutanasia voluntaria, eutanasia pasiva, dignidad humana, muerte digna.*

ABSTRACT:

Nowadays debates have arisen about the beginning and end of life. Issues related to bioethics and human rights that require rethinking - and breaking - classic paradigms. That is the case of considering human life as the supreme juridical value, therefore assuming the unavailability of one's life to opt for death, up to facing of a severe or incurable disease scenario. Today incurring in those acts leads to being subject of a criminal charge. Contrary to the aforementioned paradigm, this article raises the legal viability of voluntary euthanasia and activates the Costa Rican rule of law.

KEYWORDS: *Euthanasia, active euthanasia, voluntary euthanasia, passive euthanasia, human dignity, Death with dignity.*

Recibido 16 de mayo de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica y egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

Sumario: I. Introducción. II. Vida humana. ¿Bien jurídico supremo? III. Dignidad humana. IV. Vida humana ¿derecho absoluto? V. Eutanasia y Estado de derecho costarricense. VI. Protección absoluta al núcleo esencial de la dignidad humana. VII. Muerte y el derecho a la salud.VIII. Reflexiones finales.

1. Introducción

Desde el siglo XVII, FRANCIS BACON hizo alusión al concepto de eutanasia[1]. Desde entonces, debatir sobre la eutanasia ha significado uno de los tópicos bioéticos que con marcada polémica ha sacudido las esferas más sensibles de la mayoría de sociedades modernas. En la actualidad, el tema suele discutirse en el marco de una realidad compleja que, *grosso modo,* es compatible con lo que SINGER entiende, cuando expone que la eutanasia se encamina a evitar el sufrimiento generado por un estado terminal[2]. En palabras de HELGA KUHSE, eutanasia refiere a matar por compasión y es este elemento compasivo lo que diferencia la eutanasia de la mayoría de las demás formas de quitar la vida[3].

Referente a la eutanasia, se han desarrollado múltiples clasificaciones[4] que tienen su motivación respecto a la determinación del cómo, cuándo y quién interviene/decide en la facilitación de la muerte anticipada de la persona que sufre. Las diferencias clasificadoras no son sutiles o banales, incluso tratándose de la penalización de una u otra, la diferencia es transcendental. No obstante, la intención de este artículo no es el análisis pormenorizado de los elementos que conforman todas y cada una de las clasificaciones existentes. El enfoque de las siguientes ideas orbita en la **eutanasia voluntaria[5] y activa[6].**

Dicho lo anterior, este artículo pretende que la persona lectora repiense la viabilidad jurídica bajo el marco del Estado de derecho costarricense, concerniente a la despenalización de la eutanasia voluntaria y activa. En ese sentido, al posicionarse las siguientes consideraciones a favor de la viabilidad aludida, no se puede dejar de considerar que la toma de posición se circunscribe, al menos, a tres presupuestos: a) que se trate de una persona con plena capacidad jurídica; b) que esté enfrentando una enfermedad grave y/o incurable que le genere un grado de sufrimiento manifiesto; y c) que a causa de lo anterior, la persona se determine a la anticipación de su muerte. Se excluye de las consideraciones de este artículo[7], lo referente al suicidio asistido o un homicidio a *pedido del derechohabiente*, en el que no esté presente alguno de los tres elementos antes comentados.

En cuanto a la eutanasia pasiva voluntaria, por aplicación del artículo 46 del Código Civil[8], se considera habilitada y, por tanto, no debe[ría] ser sujeto de reproche penal. Sin embargo, esto no es así. A la norma mencionada, se le ha contrapuesto el Código de Ética Médica que contempla como uno de sus principios básicos, el principio de beneficencia entendido como hacer siempre el bien que, en medicina, se traduce cómo hacer todo lo que esté al alcance del médico para salvaguardar la salud y la vida del paciente[9].

El principio contenido en la norma emitida por el Poder Ejecutivo, en la praxis jurídica y médica costarricense, ha prevalecido por encima de la ley que garantiza el derecho de toda persona a negarse a ser sometida a un examen, tratamiento médico o quirúrgico. Inclusive, la aplicación estricta de este principio ha dado pie para que incluso en este instante, se asuma el encarnizamiento terapéutico con naturalidad. Esto quiere decir que ¿se da prioridad a un principio ético del médico por encima de los derechos garantizados por la ley costarricense a favor del paciente? Sí.

Paradójicamente, el mismo Código de Ética dispone como uno de sus valores éticos, el respeto al o a la paciente como persona con dignidad y libertad, y estipula el deber del médico de estar consciente de que él o la paciente es sujeto y no objeto del acto médico[11].

Si la letra de esta disposición tiene aplicación efectiva, la idea de la eutanasia pasiva voluntaria no conllevaría debates sobre la pertinencia de normas adicionales que la habiliten, justamente porque si se entiende que el o la paciente es sujeto y no objeto, y que su autodeterminación en el contexto médico está respaldado expresamente por el artículo 46 del Código Civil, se asimilaría que la eutanasia pasiva voluntaria en el ordenamiento jurídico costarricense, genere o no alergia moral, está habilitada.

En el Expediente n.º 19440, actualmente se tramita el "*Proyecto de Ley sobre Muerte Digna de Pacientes en Estado Terminal*". Se advierte que el Proyecto se encamina[12] a la regulación de la eutanasia pasiva como práctica comprendida dentro del concepto de muerte digna a la que, además, se le contempla sin penalización. En la exposición de motivos, se indica en el proyecto:

> *A los efectos del derecho a una muerte digna que se propone en este proyecto, consideramos innecesario hacer grandes distinciones conceptuales entre eutanasia, muerte por piedad o suicidio asistido. Se trata en cualquier caso de permitir una muerte digna al enfermo terminal o al incurable[13].*

No obstante, siendo "eutanasia" un concepto que refiriere a diversas clasificaciones, de las cuales bien puede devenir el resultado muerte en distintas modalidades, es crónica de una muerte anunciada la expresión respecto a que se considera innecesario hacer grandes distinciones conceptuales entre eutanasia, muerte por piedad o suicidio asistido. Incluso se advierte que si estos términos no tienen relevancia práctica para la propuesta, no se sostiene en el proyecto el porqué, tratándose de la eutanasia activa, lo que se pretende es una baja en la pena correspondiente a la instigación o ayuda al suicidio y homicidio por piedad contemplados en los artículos 115 y 116 del Código Penal costarricense respectivamente.

II. Vida humana, ¿bien jurídico supremo?

Es siempre cierto el eco replicado respecto a que sin la vida humana[14] cualquier derecho sucumbe[15]. Bajo este presupuesto, se tiende asumir que el bien jurídico "vida" impera ante la colisión de otros derechos. ¿Es así? ¿Ningún derecho persiste después de que el ciclo vital de una persona perece? La corriente aludida[16] orientaría a una respuesta afirmativa, puesto que es a razón de la propia existencia (la vida) que, aparentemente, otros derechos tienen lugar. Resoluciones de la Sala Constitucional costarricense han permitido tener muestra de la adhesión a esta postura al sostener:

> *Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo.[17]*

Cabe preguntarse si este criterio permanece incólume ante cualquier razonamiento que se le oponga. ¿Ningún derecho persiste después de la muerte? Pese a que la cuestión se pueda asumir incluso en tono cómico, lo cierto es que repensar la respuesta no es intrascendente. Y es que si es siempre cierto que sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, pregúntese por qué la voluntad de la persona fallecida impera el testamento. En respuesta, grosso modo, se podría invocar que aquella voluntad se expresó en vida y que, además, se emitió –supongamos que así lo fue– exenta de cualquier vicio a su voluntad., si aquella voluntad prevalece después de la muerte con efectos directos para terceros, qué impide que un testamento vital[18] –*o living will*[19]– tenga el mismo grado de eficacia cuando es manifestado sin vicio alguno y recaen sus efectos respecto al propio cuerpo frente a un escenario de grave calamidad en la salud.

La motivación de que, por lo general, se asuma sin mayor consideración o cuestionamiento que la vida es el bien jurídico supremo está íntimamente relacionada con el hecho de la noción generalizada de la santidad de la vida humana y que esta no debe quitarse deliberadamente por las consecuencias que espiritual o religiosamente trascienden lo terrenal.[20] Sostener este paradigma de la vida como valor supremo ha tenido lugar por argumentos que nacen no solo desde el plano religioso, sino también invocando la moral, el bien público –el perjuicio para terceros- e, incluso, la prohibición de la eutanasia se ha llegado a justificar bajo la noción de un Estado democrático. Así se evidencian manifestaciones judiciales como la de la Sala Constitucional en sus primeros años al postular:

> *De qué nos sirve tener el derecho a que se respete la dignidad humana hasta el momento de nuestra muerte -morir con dignidad-, a no ser torturado, a que se nos respete la vida -prohibición de la eutanasia-, si el Estado no establece los medios necesarios para que ello se cumpla. En nuestra peculiar interpretación, la democracia es una forma de estado que implica una relación entre el poder y los hombres, que se resuelve de modo favorable a la dignidad de la persona, a su libertad y a sus derechos. […] Frente a estos derechos se contrapone el dolor y la agonía de los moribundos terminales, que en épocas pasadas, incluso justificó la eutanasia. Hoy día las constituciones modernas de los Estados de Derecho, así como los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, han venido a darle un contenido insoslayable a estos derechos, obligando al Estado no solo a respetarlos, sino a buscar los medios idóneos para que se cumplan*[22].

El criterio precitado por la Sala, en sus primeras líneas, arrastra elementos importantes a la discusión . En primer lugar, trae a colación el concepto de dignidad humana y lo relaciona no solo con la vida, sino también con la muerte (morir con dignidad); en segundo lugar, hace mención del derecho a no ser torturado; y en tercer lugar, relaciona el derecho a la vida como referencia a la prohibición de la eutanasia.

III. Dignidad humana

En el ordenamiento jurídico costarricense, la noción de dignidad humana es contemplada a nivel constitucional en el numeral 33[23]. Por su parte, son varios los instrumentos internacionales que han dejado abarcado tanto el reconocimiento como la protección de la dignidad humana, de ello se hace referencia expresa en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[24] y artículos 1[25] y 23, inciso 3[26] del mismo instrumento, el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas[27], y el Preámbulo del Protocolo n.°13 al Convenio de Roma referente a la prohibición de la pena de muerte[28], por citar solo algunos ejemplos. Aun cuando son múltiples las normas que hacen referencia al reconocimiento y la protección de la dignidad humana, lo cierto es que es un concepto al que se le han dedicado, sin temor a exagerar, litros de tinta y, conforme un derecho humano muta a derecho fundamental, se asume una noción que abarca cada vez más derechos.

Por ejemplo, CERA y MOLINARES,, explicando la posición de GAVIRIA, exmagistrado de la Corte Constitucional Colombiana, exponen que tratándose del concepto de dignidad humana, el jurista abarca dos aspectos: "*Concepto religioso: el hombre es digno porque es la creatura que más se parece al creador. Santo Tomás: porque es la única creatura que puede saber. Escoto: porque puede amar. Concepto secular: Kant: el hombre es digno porque es un fin en sí mismo, porque no es un medio para un fin, por lo que no es manipulable. Como consecuencia, expone el magistrado que en el Estado colombiano la persona es un fin, por lo tanto es un Estado personalista* [29].

En términos generales, se podría indicar que el contenido que se le suele otorgar a la noción de dignidad humana está relacionado con el postulado kantiano, en cuanto a que el ser humano es un fin en sí mismo y, con ello, se

elimina cualquier posibilidad para que este sea instrumentalizado como medio obstaculizando sus intereses[30] o proyecto de vida y, que con ello, se le ocasione sufrimiento[31]. ANo hace más de una década, con relación al tema, la Sala Constitucional de Costa Rica señaló:

> *[…] el derecho a la vida es el que le da sentido al resto de derechos y libertades fundamentales. […] ciertamente el resto de estos derechos y libertades son reconocidos en razón de la dignidad humana, es decir, la dignidad humana se constituye en la justificación del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. Con ello podemos establecer la siguiente relación: vida humana, dignidad humana, derechos fundamentales. De lo cual se derivan dos consecuencias, por un lado, ningún derecho fundamental reconocido puede contrariar alguno de los presupuestos anteriores, ni la dignidad humana ni la vida humana; y por otro lado, en aras de proteger la vida y la dignidad humana es posible limitar el ejercicio del resto de derechos fundamentales […] Puede calificarse como contraria a la dignidad del ser humano cualquier pretensión de convertirlo en un instrumento para el logro de determinados fines, aún cuando dichos fines sean fundamentales y, por ende, puedan también ser considerados como lícitos[…][32]".*

El criterio de la Sala no solo establece una triada: vida humana-dignidad humana-derecho fundamental, sino que, según este criterio, la triada está jerarquizada, el valor vida está por encima de la dignidad humana y estos dos por encima de los derechos fundamentales. Sumado a ello, se establecen dos consecuencias: una entorno a la coherencia del ordenamiento jurídico respecto a los dos primeros pilares y otra concerniente a la limitación de los derechos fundamentales en pro de la protección de la vida y la dignidad humana.

IV. Vida humana ¿derecho absoluto?

La jerarquización anteriormente expuesta se respalda y se [re]produce en la muletilla de que, al ser la vida humana el bien supremo por excelencia, queda descartada la disponibilidad de ella; por ejemplo, en escenarios que conlleven a decidir la anticipación de muerte[33]. Contrario a ello, la posición personal[34] es que por encima de la vida humana está la dignidad. No es la vida como hecho fáctico de existencia humana la que en sí misma se protege y se exige su respecto ante terceros, sino es el respeto por una vida humana digna; en palabras de la propia Constitución costarricense, una existencia digna[35]. Si se considera que por dignidad humana se entiende, *grosso modo*, la no instrumentalización de la persona como medio, sino su reconocimiento como fin en sí mismo, ello lleva implícito un reconocimiento del derecho a la autonomía y la autodeterminación de aquella persona lo que garantiza en gran medida la existencia digna de aquella.

En este punto, es relevante tener en cuenta que ningún derecho –sí, ningún derecho- es absoluto. Así lo estipula, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29, inciso 2, al señalar:

> *Artículo 29.*
> *2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*

Con base en este postulado y, particularmente, con respaldo en el ordenamiento jurídico costarricense, ni siquiera la "vida humana" es un bien jurídicamente tutelado de forma absoluta, muestra concreta de las limitaciones que se pueden establecer respecto de ella son

figuras jurídicas habilitadas, tales como las causas de justificación, el aborto terapéutico e, incluso, la atenuación de la pena respecto a un tema tan sensible como lo es el infanticidio. Las figuras citadas regulan la vulneración e, incluso, supresión del núcleo esencial del derecho a la vida.

Ante estos presupuestos, el derecho a la vida cede frente a un derecho de igual rango y también otros que asumimos de un rango inferior. Por ejemplo, un homicidio simple en el ordenamiento costarricense es sancionado entre 12 a 18 años de prisión[36]. No obstante, el mismo Código Penal regula el infanticidio como un homicidio especialmente atenuado[37] en el que la pena contemplada es de uno a seis años de prisión. En este tipo, el sujeto activo es la madre, a quien se le impone como el elemento subjetivo distinto al dolo de matar, el hecho de "ocultar su deshonra". Así, , según el tipo, el honor de la mujer tiene una especial consideración respecto a la vida del recién nacido. En el caso de un homicidio por piedad, la pena es de seis meses a tres años, a quien matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de este aun cuando medie vínculo de parentesco[38].

Respecto a la regulación del tipo de infanticidio y homicidio piadoso, debe hacerse notar que bien podría suceder que, en el caso de un infanticidio, la pena impuesta sea, por ejemplo, de un año mientras que, ante un homicidio por piedad, bien puede imponerse una pena hasta de tres años, solo si media vínculo de parentesco, puesto que de lo contrario, se abordaría en tesis de principio, como un homicidio simple[39].

Ante un hipotético de una madre que dé muerte a su hijo para ocultar su deshora en los términos del artículo 113.3, y una persona que dé muerte a otra motivado por un sentimiento de piedad; **pero que no medie vinculo de parentesco**, la penamáxima impuesta a la mujer sería de seis años, mientras que la pena máxima impuesta a la persona piadosa podría ser de dieciocho años.

¿Nos dice esta docimetría penal que eventualmente se le brindaría mayor relevancia a la deshonra de la madre que al sufrimiento de una persona enferma grave o incurable? El criterio de la autora es que sí. Aunado a ello, no hay justificación coherente en el código cuando se impone al infanticidio una pena de uno a seis años mientras que el aborto con o sin consentimiento está reprimido con una pena de prisión que va de tres a diez años[40].

V. Eutanasia y Estado de derecho costarricense

Algunos[41] han sistematizado los motivos por los cuales con mayor auge se abre el debate encaminado a la despenalización de la eutanasia. Según expone VIVANCO, estas motivaciones obedecerían al concepto de "calidad de vida" por sobre el de "sacralización o santidad de la vida"; la consideración de que parte de la intimidad o privacidad del hombre [entiéndase también de la mujer] representa el ejercicio autónomo de una serie de actos y la toma de decisiones sobre materias tan relevantes como la vida y la muerte; y la concepción de que el consentimiento es el gran elemento de justificación de las conductas, al punto de relevarlas de reprochabilidad penal[42].

Respecto a la "*sacralización o santidad de la vida*", SINGER manifiesta que "*nadie está obligado a vivir por imperativo divino, en el fondo –dice la expresión "santidad de vida" o ver la vida humana como algo sagrado resulta privativo de libertad*[43]*.*". Independientemente del debate religioso, filosófico o moral que podría generar al respecto, el planteamiento de SINGER deja plantada la inquietud.

Procurando, hasta donde sea posible, un abordaje ajeno a la cuestión religiosa, cabe preguntarse si el hecho de dar muerte a alguien que se determina a ello por un escenario de existencia indigna sería viable para el marco normativo costarricense.

Para dar respuesta, adviértase, principalmente, que la existencia del artículo 21 de la Constitución

Política de Costa Rica establece "[l]a vida humana es inviolable", y el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) dispone que *"[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.

Ambas normas informan al ordenamiento jurídico costarricense. En apariencia, entre una y otra norma, no se evidencia contradicción alguna. Sin embargo, la norma convencional –que tiene autoridad superior respecto de la propia Constitución[44]- establece una regulación que contempla nociones que la norma constitucional no. Además establece –a nuestro criterio- una línea de interpretación respecto a cuándo y cómo opera aquella tutela.

Para efectos de los comentarios siguientes, el artículo 4.1 de la Convención se entiende conformado por tres postulados cada uno relacionado con los dos restantes. A saber:

> *Postulado A: Toda (a.1) persona tiene derecho a que se respete su (a.2) vida.*
> *Postulado B: Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del (b.1) momento de la concepción.*
> *Postulado C: (c.1) Nadie puede ser (c.2) privado de la (c.3) vida (c.4) arbitrariamente.*

A su vez, se identifica para cada postulado pautas claves para su interpretación y aplicación[45]. En cuanto al postulado A y, particularmente, pertinente a la noción de "persona", inicialmente, es oportuno indicar que la norma constitucional hace referencia a "vida humana", no a "persona". Debe indicarse que el empleo de nociones distintas en estas normas no es en absoluto banal. ¿Por qué? Porque el concepto "vida humana" y "persona" doctrinariamente no han merecido el mismo contenido[46]. Nociones como "vida humana", "ser humano" han sido teñidas por abordajes desde el punto de vista biológico, desde la existencia que registra el fenotipo de carácter homo sapiens. Por el contrario, "persona", se ha dicho, es una noción convencional de carácter jurídico[47].

A razón de lo resuelto en el caso Artavia Murillo y Otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el sistema interamericano excluyó la equiparación de embrión al concepto de persona dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención y, respecto a la protección a la vida, estableció una protección gradual según su desarrollo[48]. El postulado que se ha definido como el B de la norma convencional, es concordante con lo anterior, cuando indica: "a partir del ***momento de la concepción***"[49]. Finalmente, , para efectos de la eutanasia[50], el postulado C de la norma es particularmente trascendente. ***"Nadie*** puede ser ***privado*** de la ***vida arbitrariamente"***.

Con "nadie" según el significado semántico de la palabra, se entiende equiparable a "ninguna persona"[51]. Por privado, entiéndase de su infinitivo "privar" que, según la Real Academia Española (RAE), se establece en sus primeros cuatro aplicaciones:

> *1. tr. Despojar a alguien de algo que poseía.*
> *2. tr. Destituir a alguien de un empleo, ministerio, dignidad, etc.*
> *3. tr. Prohibir o vedarle a alguien algo.*
> *4. tr. Quitar o perder el sentido, como sucede con un golpe violento o un olor sumamente vivo. U. m. c. prnl.*

En cuanto al término "vida", como se ha hecho referencia con anterioridad, no se tutela la mera existencia humana, sino la existencia digna[52] que permite precisamente que aquella vida humana sea un fin en sí misma y no un medio. Pese a que, en esta noción, la dignidad recae sobre lo humano, lo cierto es que, como lo expone AMENGUAL[53]: *es el concepto de persona [el que] se ha utilizado normalmente como fundamento de la dignidad humana. La razón de tal fundamentación está en querer asentarlo sobre unas bases que están*

más allá de lo puramente natural o biológico, es decir, la voluntad de fundamentarlo en lo racional[54].

Finalmente, por el término "arbitrariamente", también desde la semántica, es posible entender el hecho que ha tenido lugar por estar *sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón*[55]. Ante ello, se debe tener presente que, tratándose de eutanasia[56] voluntaria, esta implica aquiescencia del derechohabiente. Con lo cual, se habilitan varias alternativas, el derechohabiente podría hacer uso, por ejemplo, de un testamento vital y, con él, bajo ejercicio pleno de su capacidad jurídica, de forma libre, informada y voluntaria, determinar la anticipación de su muerte ante un escenario médico determinado. También, podría disponer que, ante un panorama terminal, en caso de perder la capacidad cognitiva, se delegue la toma de decisión a una persona de su confianza. En esos supuestos, criterio asumido es que, quien facilita la muerte no actuaría motivado por un criterio arbitrario.

Adicionalmente, nótese que los derechos se exigen ante terceros, no así al titular, por tanto, respecto a este último postulado, una persona no puede ser privada de su vida arbitrariamente, pero cabe una interpretación a *contrario sensu*. Es decir, sería jurídicamente viable bajo la dogmática de los derechos humanos entender que una persona sí puede ser privada de su vida de forma no arbitraria. El artículo 28[57] de la Constitución Política de Costa Rica que, entre otras máximas, da pie al principio de ofensividad, establece como parámetro de exclusión del *ius puniendi* las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero o tercera.

VI. Protección absoluta al núcleo esencial de la dignidad humana

¿Cuál es la afectación material? y, principalmente, ¿cuál es la afectación relevante penalmente que un acto como la eutanasia activa implica? ¿Debe contestar esta interrogante criterios morales? Si el sufrimiento –sea físico o mental_ ante un estado de salud terminal es, principalmente[58], personal ¿por qué deben prevalecer criterios ajenos? ¿Por qué si una persona tiene derecho y tutela para vivir en todo momento bajo respecto de su dignidad humana, debe soportar la carga de una vida indigna aun cuando la normativa y la jurisprudencia con su letra establecen prohibición a la instrumentalización de la persona y, particularmente, el abordaje del paciente como mero objeto? ¿Debe procurarse a toda costa el sostenimiento de una existencia indigna, en espera de una muerte "natural" mediante un tratamiento que imprime sufrimiento a la persona que está determinada a su muerte intencionada? ¿Obligar la agonía de una persona que se opone a ello es legítimo a pesar de que el ordenamiento es tajante respecto a la prohibición de la tortura y los tratos crueles?

Frente a estos planteamientos, se comparte la tesis adoptada por **FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO**[59] en cuanto a que el derecho a la vida significa, principalmente, la obligación primaria negativa de no matar arbitrariamente a otro o bien, el derecho a que no nos maten arbitrariamente. De igual manera, esta autora asume la *distinción entre el derecho a la vida y la vida y entender que el objeto del derecho a la vida no es la vida. En ese sentido, se comparte categóricamente que un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos*[60].

El marco jurídico existente se orienta a que se le respecte en todo momento a la persona su dignidad humana. Se advierte que, a pesar de que ningún derecho es absoluto, como líneas atrás se hizo mención, lo cierto es que respecto al núcleo esencial de la dignidad humana no hay autorización expresa para que este sea trasgredido. Ejemplos de esto son la prohibición de la tortura, los tratos crueles inhumanos y degradantes. El núcleo esencial de la dignidad humana, no cede ni siquiera ante figuras como las concernientes a palpaciones corporales en donde, **siempre** se le antepone el respecto para la dignidad humana de la persona y frente a actuaciones que violenten el núcleo de este

derecho (pudor, por ejemplo), de llevarse a cabo la intervención sería ilegitima. En este sentido, la dignidad humana bien puede entenderse por encima de la vida misma puesto que, como se hizo mención, para la vulneración del núcleo esencial de la vida, sí existe autorización.

VII. Muerte y el derecho a la salud

Líneas arriba, se mencionó un extracto de la resolución n.º 03785 – 2004, emitida por Sala Constitucional, el 16 de abril de 2004, donde se relacionaba el concepto de dignidad humana no solo con la vida, sino con la muerte (morir con dignidad). En ese sentido, conviene preguntarse ¿qué se entiende por muerte? En respuesta a esta interrogante, VARGAS ALVARADO hace distinción entre muerte aparente y muerte real[61], indicando la irreversibilidad[62] respecto de la última. VARGAS aclara que

> *en realidad, de acuerdo con Thoinot, la muerte es un proceso que afecta al organismo en conjunto. De los tres sistemas orgánicos que intervienen en la preservación de la vida, derivan los signos que permiten diagnosticar clínicamente la muerte. De este modo, distinguiremos: a) signos del sistema nervioso central; b) signos del aparato circulatorio, y c) signos del aparato respiratorio[63].*

Asumiendo la definición de muerte, desde un punto de vista clínico, claramente, con independencia de la creencia religiosa que se adopte, lo cierto es que el cuerpo visto como el organismo que nos soporta como individuos está destinado a fenecer. Si no fuera de esa forma, no sería descabellado pensar en un escenario como el narrado por Saramago en "*Las intermitencias de la muerte*"[64]. Sin embargo, indisputablemente el hecho de que nuestro ciclo vital nos oriente a un momento de culminación orgánica en este mundo –al menos- no quiere decir que arbitrariamente se pueda "adelantar" este hecho. Pero tampoco implica que se deba perpetuar la vida de una persona aun contra su propia dignidad, aun contra su existencia digna.

Tratándose de una persona en estado terminal, la consideración de dignidad humana relacionada con el derecho a la autodeterminación, y que el paciente es sujeto y no objeto[65] del acto médico, la viabilidad jurídica por la eutanasia activa lleva consonancia con lo que la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde su constitución, en 1948, entiende por salud cuando dispone en el primer párrafo del Preámbulo de su Constitución que "*[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*

Desde ese punto de vista, es posible asimilar la posibilidad de la eutanasia como expresión de respeto efectivo a un concepto biopsicosocial de salud, a la dignidad humana desde su arista de respeto a la autoderminación de una persona con plena capacidad jurídica que se decanta por ponerle fin a una vida que asimila como una existencia indigna a causa del sufrimiento[66] que genera el padecimiento que le aqueja[67]. Entender lo contrario, bajo el marco del ordenamiento jurídico costarricense, es aceptar primeramente que el o la paciente es un mero objeto, luego que es un medio, y ante ello, decantarse por el patrocinio de someter a una persona a un trato tortuoso o degradante.

El párrafo 4 del artículo 5.1. "Normativa Nacional para la articulación interinstitucional en el abordaje integral del comportamiento suicida", establece que: *vivir una vida digna es considerado como derecho fundamental, asimismo gozar de una óptima salud, siendo particularmente relevante la salud mental*"[68].

Con ello se reafirma que el ordenamiento jurídico costarricense respecto a su eficacia formal establece que salud va más allá de un enfoque meramente físico. En este sentido, cabe plantearse si una persona que, a causa de una enfermedad grave y/o incurable, deja de tener una vida digna por el sufrimiento constante, y quien a pesar de estar determinada a anticipar su muerte para evitar sufrir se le impone cargar con su propia vida en esas condiciones ¿Se le procura la salud mental?

Sería un parangón sujeto de burlas preguntar si el Estado costarricense protege con el mismo grado de tutela la dignidad y la salud integral de una persona que el bienestar de un perro. Al preguntar, entre personas y animales, a quiénes reconoce Costa Rica más derechos, la respuesta en automático se direccionaría a favor de las personas.

Sin embargo[69], a pesar de que a la persona se le reconoce la tutela de su dignidad humana, a pesar de que se le reconoce que salud va más allá del plano físico, a pesar de que se protege la intervención de tratos degradantes que impidan una existencia digna, a pesar de todo ello, en la actualidad el sufrimiento de un perro causado por un estado terminal es abordado con mayor misericordia que el sufrimiento de una persona que se determina, libre e informada por la anticipación de su propia muerte.

Así, por ejemplo, en el Acta de Consejo Superior n.º 066 – 2006[70] correspondiente a Sesión Ordinaria emitida a las ocho horas del cinco de setiembre del dos mil seis[71], se hace alusión al oficio n.° 799-DG-06, de 28 de agosto en el que se dispone la orden de aplicar eutanasia a un perro institucional considerando que:

> *[…] en consideración al sufrimiento que atravesaba el can, producto de una masa tumoral maligna ubicada presumiblemente en uno de sus riñones, lo que a su vez ha ocasionado que no coma, que se levantara con dificultad, que ostentara pérdida de peso acelerado y un creciente consumo de medicamentos conforme avanzaba la enfermedad, a la vez que ponía en riesgo de contagio a otros perros de este Organismo. Al respecto, el Dr. Claudio Cedeño Montero, Veterinario oficial, recomendó en forma escrita la aplicación de la eutanasia para bien del animal, considerando que la probabilidad de operarlo exitosamente era baja, debido a que presentaba otros padecimientos. […]*[72].

Ante una enfermedad terminal, grave y/o incurable, a pesar de que el ordenamiento jurídico costarricense puede ser abordado para la viabilidad de la despenalización de la eutanasia – al menos en los términos que se han abordado en este artículo-, pareciera que "morir como perro" puede llegar a ser más digno.

VIII. Reflexiones finales

Por aplicación del artículo 46 del Código Civil costarricense, la aplicación de la eutanasia pasiva no debería estar en entredicho en Costa Rica. En cuanto a la eutanasia voluntaria y activa del marco jurídico vigente en Costa Rica, es posible extraer los siguientes postulados:

- El respecto a la vida humana debe[ría] ser entendido, principalmente, como la imposibilidad de ser privados de ella arbitrariamente por terceros. Por tanto, no hay irrespeto cuando el resultado muerte se genera de manera no arbitraria por decisión del derechohabiente.

- La protección de la vida se debe[ría] entender intrínsecamente relacionada con respecto absoluto al núcleo esencial de la dignidad humana.

- El respeto por el núcleo esencial de la dignidad humana es coherente con el postulado ético médico en cuanto a que el paciente es sujeto y no objeto del acto médico.

- Tratándose de un paciente con una enfermedad grave o incurable, el respeto por su dignidad humana se traduce también por el respeto a su autonomía y autodeterminación para decidir anticipar su muerte con motivo de evitar esperar el desenlace fatal bajo condiciones indignas para su existencia. El respecto de aquella elección nutriría el concepto de muerte digna.

- El no reconocimiento de la eutanasia voluntaria y activa conlleva un trato del paciente como objeto instrumentalizado

como medio para el mantenimiento de una existencia indigna contra la propia voluntad.

Finalmente, se advierte que se ha querido justificar la negativa a la eutanasia indicando que es un aceleramiento de la muerte natural. Sin embargo, debe cuestionarse si la muerte que deviene luego de haber un encarnizamiento terapéutico es natural.

Referencias bibliográficas

- Ángela Vivanco Martínez. La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty. Acta Bioethica,año VIII, n. ° 2. 2002. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v8n2/art10.pdf
- Cristina Quijada-González, Gloria María Tomás y Garrido. Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado PERSONA Y BIOÉTICA. Vol. 18. n.° 2, 2014. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v18n2/v18n2a04.pdf .
- Doris Silva Alarcón. LA EUTANASIA: Aspectos doctrinarios, aspectos legales. Cuadernos de Estudio - Centro de Estudios Biojurídicos. Disponible en: http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf.
- Eduardo Vargas Alvarado. (1999). Medicina Legal. México: Trillas, 2da. edición.
- Francesc Torralba Roselló. (2005). Cap. II, ¿Qué es la dignidad humana? El concepto de persona en la obra de Peter Singer. Barcelona: Herder.
- Gabriel Amengual. (2012).Persona y dignidad humana. En torno a un debate en bioética. Cuadernos salmantinos de filosofía, n.º 39, Disponible en: https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000030381&name=00000001.original.pdf
- Helga Kuhse. (2004).La eutanasia. Peter Singer (ed.). Compendio de Ética. Madrid: Alianza Editorial. , Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Compendio_de_tica_Peter_Singer.pdf
- José Cea. Derecho constitucional chileno. Tomo II. (2004). Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago,. p.. 89. Citado por Rodolfo Figueroa García-Huidobro. (2014). Concepto de derecho a la vida. Revista Ius et Praxis. n.°1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf
- José Luis Requero Ibañez. (2002). El testamento vital y las voluntades anticipadas aproximación al ordenamiento español. La Ley, n.°4. Disponible en: http://www.institutodebioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/requero.pdf
- Jorge Villalobos. (1994). El cadáver humano en el ordenamiento jurídico costarricense. Revista de Medicina Legal de Costa Rica, Vol. 10, n.° 2. Disponible en: http://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art10.pdf
- Luigi Ferrajoli. (2011). Cap. VII: Las personas y los bienes. Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia. Trotta. Ed.1ª. Vol. n-°1.
- Peter Singer. (1995). "Ética práctica". Cambridge: Organización Editorial de la Universidad de Cambridge, 2a ed., p. 111, citado por Doris Silva Alarcón, "LA EUTANASIA: Aspectos doctrinarios, aspectos legales". Cuadernos de Estudio - Centro de Estudios Biojurídicos. Disponible en: http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf
- Rodolfo Figueroa García-Huidobro. (2014). Concepto del derecho a la vida. Revista Ius et Praxis. N.° 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf
- Silvana Insignares Cera, Viridiana Molinares Hassan. (2011). La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. Revista de Derecho,n.º 36, Barranquilla, Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a09.pdf
- Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española. Ed. 23ª. Disponible en: https://dle.rae.es

- Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.
- Sala Constitucional, resolución n.º 01668 – 2010 del 27 de Enero de 2010,
- Sala Constitucional, resolución n.º 03785– 2004del 16 de abril de 2004,
- Sala Constitucional, resolución n.°3366-94 del 6 de julio de 1994,
- Acta de Consejo Superior n.º 066 – 2006.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Carta de las Naciones Unidas,
- Protocolo n.°13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
- Constitución Política de Costa Rica
- Código Penal de Costa Rica
- Código Civil de Costa Rica
- Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica decretado por el Poder Ejecutivo el 28/04/2016.
- Decreto NN.° 40881 – S. Normativa nacional para la articulación interinstitucional en el abordaje integral del comportamiento suicida.
- Proyecto de Ley sobre Muerte Digna de Pacientes en Estado Terminal. Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/sil_access/ver_texto_base.aspx?Numero_Proyecto=19440

Notas al pie

1. Así: en 1605, Francis Bacon introduce como significado de eutanasia la acción del médico sobre el enfermo incluyendo la posibilidad de apresurar la muerte. Cfr. en Doris Silva Alarcón. LA EUTANASIA: Aspectos doctrinarios, aspectos legales. Cuadernos de Estudio - Centro de Estudios Biojurídicos. Disponible en: http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf, pág. 3.
2. Singer entiende que "la eutanasia se refiere a acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimientos o angustias". Cfr. Peter Singer. Ética práctica". Cambridge: Organización Editorial de la Universidad de Cambridge. 2° ed. 1995, p. 111. Citado por Doris Silva Alarcón. LA EUTANASIA: Aspectos doctrinarios, aspectos legales. Cuadernos de Estudio - Centro de Estudios Biojurídicos. Disponible en: http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf
3. Helga Kuhse. (2004). La eutanasia. Peter Singer (ed.). Compendio de ética. Madrid: Alianza Editorial. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Compendio_de_tica_Peter_Singer.pdf p. 405.
4. Véase por ejemplo la clasificación de Doris Silva Alarcón. LA EUTANASIA: Aspectos doctrinarios, aspectos legales. Cuadernos de Estudio - Centro de Estudios Biojurídicos. Disponible en: http://muerte.bioetica.org/doc/silva.pdf
5. Entendida como el homicidio por compasión practicado por A a petición de B, por el bien de B. Helga Kuhse. (2004). La eutanasia. Peter Singer (ed.). Compendio de ética. Madrid: Alianza Editorial. Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Compendio_de_tica_Peter_Singer.pdf , p. 405.
6. Entendida como el homicidio por compasión generado por una acción (no la omisión puesto que en este caso se referiría a la eutanasia pasiva, por ejemplo, ante la retirada de un medicamento).
7. No porque merezcan menos importancia o análisis.
8. "Artículo 46.- Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia […]".
9. Cfr. Artículo. 1. a. i. del Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica decretado por el Poder Ejecutivo el 28/04/2016.
10. Entendido como el intento curativo persistente aun sin consideración del sufrimiento que se genera y además con indiferencia de la pérdida en la calidad de vida del paciente.
11. Cfr. Artículo. 1. b. Ibid.
12. Aunque el proyecto en su articulado no mencione el término "eutanasia pasiva", por la lectura del artículo 2.b y d, puede entenderse el abordaje habilitante para esta modalidad de eutanasia. Aunado a ello, valga mencionar que, según la exposición de motivos, el proyecto tiene por objetivo atender y dar respuesta al sufrimiento de los pacientes en estado terminal y que sufren enfermedades irreversibles con pronóstico fatal. Cfr., Proyecto de Ley sobre Muerte Digna de Pacientes en Estado Terminal. Disponible en: http://www.asamblea.go.cr/sil_access/ver_texto_base.aspx?Numero_Proyecto=19440
13. Ibid.
14. Dado a que "vida" no implica per se, vida humana puesto que podría implicar otras formas de vida, entiéndase en adelante que cuando se refiera a "vida" se hace alusión a la vida humana.
15. Así por ejemplo, el Chileno José Cea comenta: "Hemos ya advertido que este es el derecho más importante, porque es el supuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es quedar privado de todos los derechos que sólo tenerla hace posible disfrutar". José Cea. Derecho constitucional chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2004. p. 89. Citado por Rodolfo Figueroa García-Huidobro. (2014). "Concepto de derecho a la vida". Revista Ius et Praxis, n.°1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf
16. Ibid.

17. Resolución n,º 01668 – 2010 emitida por la Sala Constitucional el 27 de enero de 2010.
18. "Popularmente se llama testamento vital al documento en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar para cuando haya perdido la capacidad de expresarse por sí misma, y decide el destino de sus órganos o de su cuerpo tras su fallecimiento". Cfr. Cristina Quijada-González, Gloria María Tomás y Garrido. (2014)."Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado", PERSONA Y BIOÉTICA. Vol. 18. n.° 2. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v18n2/v18n2a04.pdf . p.. 140.
19. El término "[a]parece en Estados Unidos a partir de la sentencia dictada en 1957 por el Tribunal Supremo de California en el caso SALGO vs Leland Stanford Jr. University Board of Truste cuando declaró la «obligación de indemnizar cuando se traspasaban los límites del consentimiento otorgado por el paciente o bien se ocultaba una prohibición suya». Cfr. José Luis Requero Ibañez. "El testamento vital y las voluntades anticipadas aproximación al ordenamiento español". La Ley N.º 4. 2002. Disponible en: http://www.institutodebioetica.org/casosbioetic/formacioncontinuada/testamentovital/requero.pdf
20. Además, HELGA KUHSE comenta que "Esta noción de inviolabilidad absoluta de la vida humana inocente permaneció virtualmente sin cambios hasta el siglo XVI en que Sir Thomas More publicó su Utopía. En este libro, More describe la eutanasia para los enfermos sin curación como una de las instituciones importantes de una comunidad ideal imaginaria. En los siglos posteriores, los filósofos ingleses (en particular David Hume, Jeremy Bentham y John Stuart Mili) cuestionaron la base religiosa de la moralidad y la prohibición absoluta del suicidio, la eutanasia y el infanticidio. Por otra parte, el gran filósofo alemán del siglo XVIII, Immanuel Kant, aun creyendo que las verdades morales se fundaban más en la razón que en la religión, pensó que «el hombre no puede tener la facultad de quitarse la vida» (Kant, 1986, pág. 148)". Helga Kuhse."La eutanasia". Peter Singer (ed.).(2004). Compendio de Ética. Alianza Editorial, Madrid, Disponible en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Compendio_de_tica_Peter_Singer.pdf pp. 405-406.
21. Así: Figueroa citando a Nino en Ética y derechos humanos(1984). Editorial Paidós. Buenos Aires, Cfr. Cfr. Rodolfo Figueroa García-Huidobro. (2014).Concepto del derecho a la vida. Revista Ius et Praxis. n° 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf
22. Resolución n.º 03785 – 2004, emitida por la Sala Constitucional, el 16 de Abril del 2004 citando un estrado de la rResolución n,° 3366-94 del 6 de julio de 1994, emitida por la misma instancia.
23. Constitución Política de Costa Rica. Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Se advierte que también los artículos 56 y 57 constitucionales refieren a la noción de dignidad.
24. Al señalar: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".
25. Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.
26. Artículo 23. 3.- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
27. En lo que interesa indica: "NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS […] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas […]".
28. Cfr. Preámbulo del Protocolo n.°13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, al respecto establece: "Convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental

en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano".

29. Silvana Insignares Cera, Viridiana Molinares Hassan.(2011). La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. Revista de Derecho, nº 36, Barranquilla, Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a09.pdf
30. El imperativo general de la ética singeriana consiste en reducir el sufrimiento de todo ser capaz de sufrir, eso incluye miembros de la especie humana, pero también a otros seres dotados de sensibilidad. Singer relaciona el hecho de sufrir con el hecho de tener intereses, y el interés fundamental ser que puede sufrir es evitar el sufrimiento y buscar el máximo placer. Para él, nadie está obligado a vivir la por imperativo divido, en el fondo –dice- la expresión "santidad de vida" o ver la vida humana como algo sagrado resulta privativa de libertad. Cfr. Francesc Torralba Roselló. (2005), ¿Qué es la dignidad humana? El concepto de persona en la obra de Peter Singer. Cap. II. Barcelona: Herder pp. 122 y 144.
31. SINGER refiere a dos tipos de seres: los seres capaces de sufrir (que tienen intereses) y los seres incapaces de sufrir (los que no tienen intereses). La exigencia moral de Singer es reducir el sufrimiento ajeno, el sufrimiento ajeno se da no solo en seres vivos racionales, sino en los seres que carecen de razón, pero tienen intereses. Ibídem,p. 123.
32. Sala Constitucional, Resolución n.º 01668 – 2010 del 27 de Enero de 2010 https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-471116
33. Kant, por ejemplo, quien sostenía que la vida era un deber ciudadano.
34. Respaldada en el propio ordenamiento jurídico que rige al Estado costarricense.
35. Cfr. Constitución Política de Costa Rica, artículo 57.
36. Cfr. Artículo 111 del Código Penal costarricense.
37. Cfr. Artículo 113.3.- La madre que abandonare un recién nacido de no más de tres días, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año. Si a consecuencia del abandono sobreviniere grave daño o la muerte, la pena será de prisión de uno a cuatro años.
38. Cfr. Artículo. 116 del Código Penal costarricense.
39. Evidentemente la generalización es con un efecto ilustrativo puesto que no en todos los casos se podría abordar como homicidio simple la muerte motivada por un sentimiento de compasión en el que el sujeto activo no posea vínculo de parentesco.
40. Cfr. Artículo 118. Código Penal de Costa Rica.
41. Así, Ángela Vivanco Martínez. (2002). La autonomía de la persona frente al derecho a la vida no incluye el derecho a ser muerto por un tercero: la solicitud de asistencia al suicidio y el caso de Diane Pretty,Acta Bioethica, año VIII, n.° 2. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v8n2/art10.pdf
42. Ibid.
43. Francesc Torralba Roselló. (2005). ¿Qué es la dignidad humana? Cap. II, El concepto de persona en la obra de Peter Singer. Barcelona: Herder, p. 144.
44. Cfr. Constitución Política de Costa Rica. Artículo 7.
45. Para el postulado A, la a.1 y a.2. Para el postulado B, la b.1 y, para el postulado C, la c.1, c.2, c.3 y c.4.
46. Para Ferrajoli, por ejemplo, "persona" es un vocablo del lenguaje jurídico y del lenguaje moral, pero desde luego no de lenguaje biológico. Así: Luigi Ferrajoli. (2011). Cap. VII: Las personas y los bienes. Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia. Trotta. Ed.1ª vol. n.°1.
47. El artículo 33 del Código Civil de Costa Ricaestablece que "La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento […]".
48. "264. […] el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta

en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general". Cfr. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

49. "189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones". Ibid.
50. Según la forma en que se aborda en este artículo.
51. Cfr. Definición de "nadie". Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española. Ed. 23ª. Disponible en: https://dle.rae.es
52. Incluso, tratándose de pueblos indígenas, se ha acuñado formalmente el término "buen vivir". Término que recientemente se ha formalizado por parte de pueblos indígenas, véase, por ejemplo, el Título VII de la Constitución vigente de Ecuador.
53. Gabriel Amengual. (2012)."Persona y dignidad humana. En torno a un debate en bioética". Cuadernos salmantinos de filosofía,n.º 39, Disponible en: https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000030381&name=00000001.original.pdf
54. Al respecto, el planteamiento de Singer, el fundamento de la dignidad de un ser debe hallarse en su racionalidad, pero la racionalidad, desde su perspectiva, no es patrimonio exclusivo de los seres humanos, sino que debe extenderse, también, a otros seres no humanos. Cfr. Francesc Torralba Roselló.(2005). Cap. II, ¿Qué es la dignidad humana? El concepto de persona en la obra de Peter Singer. Barcelona: Herder, p. 114.
55. Cfr. Definición de "arbitrario". Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultado en https://dle.rae.es
56. En los términos que se ha planteado su viabilidad en este artículo.
57. Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. / Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. / No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.
58. No se pretende desconocer que las personas cercanas a la persona desahuciada también experimentan sufrimiento.
59. El autor se respalda en los postulados de Alexy en cuanto a que "el objeto de un derecho a algo nunca puede ser una conducta de su titular ni una cosa o entidad. Si el objeto de un derecho fuera la conducta del titular, no habría relación jurídica sino una figura solipsística. Además, se confundiría un derecho con una libertad. Un derecho a algo implica siempre una relación jurídica con otros sujetos". Cfr. Rodolfo Figueroa García-Huidobro. (2014). "Concepto del derecho a la vida". Revista Ius et Praxis, n. 1. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n1/art10.pdf
60. Ibid.
61. La primera, dice Vargas, consiste en pérdida del conocimiento e inmovilidad, con actividad mínima o cese transitorio de la circulación y de la respiración. Es una condición reversible si se efectúan maniobras oportunas de reanimación. Por el contrario, la muerte real, también llamada muerte verdadera, según expone Vargas, se ha definido como el cese irreversible de la circulación, la respiración y el sistema nervioso central. Cfr. Eduardo Vargas Alvarado. (1999). Medicina lgal. Trillas: México. 2da edición. p. 8.

62. También VILLALOBOS refiere el término de muerte real y aparente, concerniente a la primera indica: "Muerte es la abolición definitiva, irreversible o permanente de las funciones vitales del organismo. […] La muerte real es la que tiene lugar cuando la circulación, la respiración y el sistema nervioso dejan de funcionar definitivamente". Cfr. Jorge Villalobos. El cadáver humano en el ordenamiento jurídico costarricense. Revista de Medicina Legal de Costa Rica. vol. 10, n.° 2. 1994. Disponible en: http://www.binasss.sa.cr/revistas/mlcr/v10n2v11n1/art10.pdf
63. Ibid.
64. Novela en la que Saramago narra una serie de circunstancias que se desencadenan a partir del momento en el que las personas dejan de morir y, a razón de ello, se genera un colapso en todas las áreas en las que una persona suele desenvolverse y tener un grado de participación en sociedad.
65. Recuérdese lo indicado sobre el Código de Ética Médica del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.
66. En cuanto a "sufrir", se adopta el criterio singeriano respecto a que en la medida en que no se pueden satisfacer los intereses propios, se experimenta sufrimiento. Para los efectos de este artículo, este pensamiento se enmarca bajo el escenario de un sufrimiento causado por una enfermedad grave o incurable.
67. Entiéndase bajo el contexto de una persona en estado terminal o enfermedad incurable. Con ello no se quiere decir que una vida indigna única y exclusivamente tenga lugar bajo estos presupuestos. Sin embargo, para los efectos de este ensayo, solo se han abordado estos supuestos.
68. Decreto N° 40881 – S. Normativa Nacional para la articulación interinstitucional en el abordaje integral del comportamiento suicida, La Gaceta, Alcance n.° 38, San José, Costa Rica, jueves 22 de febrero de2018.
69. Y sin ánimo de pretender sostener criterios especistas respecto del porqué los seres humanos merecen mayor protección que los animales, puesto que consideración personal es que ello obedece meramente a convenciones jurídicas.
70. Concerniente a la información del subdirector general del Organismo de Investigación Judicial, Francisco Segura Montero, en cuanto a la orden de aplicar la eutanasia al perro institucional conocido como Barry, con respaldo en los artículos n.° 15 y n.° 16 del Reglamento para la Reproducción y Tenencia Responsable de Animales de Compañía.
71. Con asistencia del Magistrado Mora, Presidente; de las licenciadas Miriam Anchía Paniagua, Milena Conejo Aguilar, Lupita Chaves Cervantes y del licenciado Marvin Martínez Fernández. Asiste también el Director Ejecutivo, licenciado Alfredo Jones León.
72. En el mismo sentido, véase el Acta de Consejo Superior n.º 095 – 1999.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 155-170 ISSN 2215-2377 / junio 2019

IMPUTABILIDAD Y ALTERACIÓN DEL ESTADO MENTAL EN EL DERECHO PENAL DE COSTA RICA

Lic. Jorge Montero Bejarano*
acmbalaw@gmail.com

RESUMEN:

Este trabajo se refiere al concepto de imputabilidad en relación con el estado de alteración mental del sujeto a la luz del derecho penal en Costa Rica. En esta exposición, se desarrollan los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad y su necesaria relación con el concepto de la culpabilidad que, a su vez, es el tercer elemento de la teoría del delito, siendo los primeros dos la tipicidad y la antijuridicidad. El desarrollo del concepto de imputabilidad se relaciona con la normativa penal de la parte general del Código Penal, donde se establece una serie de artículos que intentan delimitar el ámbito dentro del cual, por medio de sus representantes y en relación con el mantenimiento del orden social, el Estado puede administrar los derechos y libertades de la ciudadanía de forma coercitiva. El concepto de imputabilidad se relaciona también con la imposición de medidas de seguridad, como actuaciones administrativas alternativas basadas en la peligrosidad del sujeto activo, tendientes a la curación de este y que deben ser impuestas en aquellos casos en que se determina algún grado relevante de inimputabilidad.

PALABRAS CLAVE*: Imputabilidad, culpabilidad, capacidad cognoscitiva y estado mental.*

ABSTRACT:

This essay is related to the concept of imputability as related to the alteration of the mental state of the criminal suspect in respect to the penal law in Costa Rica. In this presentation, the concepts of imputability and non imputability are developed and their corresponding relation to the concept of culpability, which in turn is the third element of the Legal Theory called Theory of Crime, of which the first two elements are "tipicidad" which is the knowledge and will by the accused of the descriptive, normative and subjective elements of the criminal description in law and "antijuridicidad" which is the legal concept pertaining to the knowledge and will to perform the illegal act in opposition to the entire body of legality. The development of the concept of imputability is related to criminal law in its general part, as opposed to the special part of the criminal code which is the description of the crimes themselves. The general part of the criminal code established a series of norms that try to delineate the area upon which the State, through its representatives, in relation to the maintenance of social order, can forcibly come to administrate the rights and liberties of those found guilty. The concept of imputability is also related to the forced imposition of security measures, which are alternative administrative actions based on the level of danger posed by the defendant, which seek to cure the individual and which must be imposed in cases where a relevant degree of limited cognitive ability is determined.

KEYWORDS: *Imputability, culpability, cognizance and mental state.*

Recibido 27 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Licenciado en Derecho y especialista en derecho mercantil, ambiental, agrario. Actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica

INTRODUCCIÓN

En las primeras líneas del prólogo que el Dr. Gustavo Chan Mora le redacta al libro Imputabilidad disminuida de Frank Harbottle Quirós, nos presenta un muy buen punto de partida para tratar el tema de la imputabilidad. El Dr. Chan Mora indica:

> *Como es bien sabido, la culpabilidad penal, si se le entiende como tercer componente del concepto técnico jurídico de delito, está conformada por tres categorías de análisis: la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), el conocimiento actual o potencial de injusto y la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. (Harbottle Quirós, 2012, p. 11).*

Cuando el autor Sergio Vela Treviño analiza el concepto de la imputabilidad, se cuestiona si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad o es un elemento de esta. En cuanto a la imputabilidad como presupuesto, nos explica que la doctrina alemana, con la cual él está de acuerdo, debe tener ciertos requisitos previos, tales como la mayoría de edad, lo cual está expresado en el artículo 17 del Código Penal de Costa Rica, y el suficiente desarrollo de las facultades intelectivas, además de la capacidad específica de conocimiento de lo injusto de la conducta.

Al rechazar la posición de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, el autor nos explica que la imputabilidad es una aptitud del sujeto activo que debe existir previo al juicio valorativo de reproche, ya que tenía que existir al momento del hecho, mientras que la culpabilidad, que es más bien una actitud, es el mismo reproche que se hace a posteriori del hecho injusto. Pero la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad lo es del hecho concreto, ya que la valoración de imputabilidad se hace en cuanto a ese suceso específico. (Vela Treviño, 1973, pp. 29-33).

En derecho penal, la sutileza en el análisis de la conducta presuntamente injusta es esencial y presenta no pocas confusiones para su estudio, por cuanto, conceptos como imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, reprochabilidad y otros parecen tener significados muy similares, pero al mismo tiempo, las diferencias entre estos conceptos pueden marcar el deslinde entre una sentencia condenatoria y una sentencia absolutoria, con los evidentes perjuicios que ello puede significar a la persona acusada, a la persecución penal de la delincuencia o a las demás personas interesadas del caso.

El concepto de imputabilidad está directamente relacionado con la posibilidad y potestad del Estado de asignarle al sujeto activo, en términos generales y también en términos concretos, la aptitud de conocer el alcance de sus actos en relación con el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) y con el hecho injusto específico (culpabilidad).

Según el Diccionario de la Real Academia Española, imputar significa:

a. Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable.
b. Señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta.

En principio, el infinitivo imputar tiene un significado general de asignar responsabilidad o asignar un evento o un fenómeno a alguien. Es decir, imputar es dar a cada quien lo suyo, lo cual es una forma de asignar justicia, aunque eso que se le asigna sea la responsabilidad penal de sus actos.

La imputabilidad en Costa Rica está regulada normativamente dentro del libro primero del Código Penal, el cual se refiere a Disposiciones generales y, dentro de este, en el título tercero respecto al autor (en sentido penal), en la sección primera que regula la imputabilidad y sus formas.

La imputabilidad y sus formas comprenden tres artículos, 42, 43 y 44. El artículo 42 no define qué es la imputabilidad, sino que refiere quién es inimputable, de donde debemos relacionar, en forma indirecta, cuáles son el contenido y el alcance del concepto de imputabilidad. Es decir, se presume la imputabilidad o lo que algunos autores denominan de manera poco delicada, la normalidad, por cuanto el artículo 42 señala cuáles son las condiciones para que una persona se considere inimputable. Esto significa que esa inimputabilidad deberá ser físicamente evidente por manifestaciones externas de la persona o deberá ser alegada por la defensa de la persona acusada y, por tanto, demostrado, ya que, como se indicó, la imputabilidad se presume. En otras palabras, desde un punto de vista de política criminal, el Estado asume, desde la perspectiva del derecho penal, que la gran mayoría de la población no adolece de ninguna circunstancia de inimputabilidad.

I. CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

El sustantivo imputabilidad se refiere, consecuentemente, a una materia de estudio por la cual se analiza la posibilidad de asignarle responsabilidad a una persona por algún evento relevante. En el tema que aquí nos interesa, que es el derecho penal, se trata del estudio que se hace a una persona a fin de determinar si es posible, desde el punto de vista técnico-penal, asignarle ciertas responsabilidades por su conducta que tendrán como consecuencias sanciones penales o, al menos, la posibilidad de determinar si la persona es apta para soportar los rigores intelectuales, físicos y emocionales de un proceso penal.

Ese análisis o estudio de la persona imputada requiere tener un alto grado de objetividad o cientificidad, ya que, como sociedad, por medio de las ciencias penales y ayudados por otros saberes, nos hemos percatado de que la metodología utilizada para analizar un evento que pueda revestir una importancia tan grave como este, debe ser los más científica posible y debe estar basada en los conocimientos más consolidados que tengan relevancia directa con la materia.

En ese sentido, es importante destacar que los procedimientos utilizados para valorar la capacidad cognitiva, la capacidad volitiva y la capacidad judicativa de la persona imputada deben contar con las características de validez y confiabilidad. La primera de ellas debe seguir un proceso científico apropiado que garantice que el número de personas que haya sido sometido a consideración del instrumento sea estadísticamente significativo. Se refiere al universo de personas estudiadas para que genere una conclusión seria; y la segunda, la confiabilidad, se refiere al proceso seguido para que sea científico en sí mismo, confiable incluso a nivel internacional y objetivo, es decir, que no haya un margen de error significativo respecto a las diversas jurisdicciones.

Esto requiere entonces que se determinen cuáles serán las áreas del saber científico, sean ciencias exactas o ciencias sociales, las cuales serán aceptadas como relevantes a fin de determinar la imputabilidad de una persona acusada de delito; además, cuáles serán las metodologías o procesos que serán aceptados para realizar esa examinación de la persona y cuáles serán los parámetros objetivos que serán tomados en cuenta a fin de llegar a una conclusión lo más veraz posible.

El juez o la jueza penal correspondiente será quien deberá tomar los insumos que procesalmente le han proporcionado, tales como informes médico-legales, posiblemente psicológicos o psiquiátricos de terceros y todo el resto del elenco probatorio permitido según el principio de la libertad de prueba para determinar si la persona acusada adolece de circunstancias que limiten su capacidad cognoscitiva, su capacidad volitiva sobre los hechos acusados al momento específico de los hechos y, si en el presente, tiene la capacidad de soportar los rigores del proceso.

Es importante recordar que el sistema costarricense asume la imputabilidad de toda persona sometida a un proceso penal, salvo que su manera de comportarse sea evidentemente contraria a esta suposición o que la defensa alegue inimputabilidad, en cuyo caso, le corresponderá demostrar su alegato. Sin embargo, como indicamos, ni una u otra circunstancia serán suficientes pruebas dentro del proceso, sino que deberá ser el dictamen médico legal, principalmente, el que determine la condición de imputabilidad del sujeto acusado.

En cuanto a la referencia histórica sobre la imputabilidad disminuida, Harbottle Quirós explica que, en la escuela clásica, de la mano de Carrara, se establecieron sintéticamente tres niveles de imputabilidad: "[…] consideró a la persona normal como totalmente responsable y la completamente anormal totalmente irresponsable, por lo que quien padece de un trastorno mental incompleto debe ser responsable solo de una manera atenuada […]". (Harbottle Quirós, 2012, p. 26).

La escuela positiva de finales del siglo 19 introdujo dos temas interesantes a la discusión de la imputabilidad. El primero es el aspecto del determinismo, de donde surge la pregunta si las personas, en términos generales, están dotadas del libre albedrío que defendía Carrara o si, por el contrario, algún grupo de personas, las que Ferri denominaba "delincuentes natos", están específicamente conformadas genéticamente con una predisposición a la comisión de delitos.

El segundo tema del positivismo es que ya no existe un deslinde tan marcado en la inimputabilidad clásica, en donde se presumía que el estado de la persona era permanente, sino que se reconoce que personas aparentemente normales pueden entrar en estados temporales de inimputabilidad

En cuanto a las primeras legislaciones que tratan el tema de la inimputabilidad, se encuentran el Código Penal alemán de 1871 y el Código Penal italiano de 1889. Son los primeros códigos que admiten la semi-imputabilidad. (Harbottle Quirós, 2012, p. 29).

Para Edmund Mezger, la imputabilidad disminuida debe ser parte de los preceptos de determinación de la pena y no debe tenerse como figura independiente. Es el juez quien debe decidir si la imputabilidad disminuida merece atenuación de la pena. (Harbottle Quirós, 2012, p. 29).

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN COSTA RICA

En cuanto al tema de la imputabilidad en Costa Rica, el Código General del Estado (Código Carrillo), en su artículo 13, inciso 2, establecía el "estado de demencia" y, en el inciso 7, hablaba de "cometer el acto dormido, en estado de delirio o privado del uso de razón". En el artículo 15, se mencionaba que la "embriaguez involuntaria" disminuía el grado del delito. (Harbottle Quirós, 2012, p. 35).

En el Código Penal de 1880, en el artículo 10, se eximía de responsabilidad al loco o demente. Podía ser recluido en un lugar especializado. Se establecían conceptos como "Loco, demente o privado de razón". (Harbottle Quirós, 2012, p. 36).

En el Código Penal de 1924, en el artículo 32, se eximía de responsabilidad al loco o demente, al idiota, al imbécil o, por estado patológico, carecía de conciencia o dominio sobre sí mismo y el sordomudo incapaz. La demencia se ve como una enfermedad mental. Se hace referencia a la ebriedad involuntaria y se establecía la reclusión del loco en un manicomio. (Harbottle Quirós, 2012, p. 37).

En el Código Penal y de Policía de 1941, en el artículo 25, incisos 2 y 3, se establecía que "[…] estaban exentos de pena y sujetos a medidas de seguridad: el sordomudo de nacimiento, el enajenado mental" (Harbottle Quirós, 2012, p. 39).

En el artículo 28, se establecían los atenuantes: debilidad mental, por edad avanzada, embriaguez involuntaria en persona reconocidamente sobria. El internamiento solo podía cesar por resolución judicial y dictamen médico. (Harbottle Quirós, 2012, p. 39).

Antillón señala que el Código Penal de 1970 fue diseñado por el Dr. Guillermo Padilla Castro y fue "[…] una adaptación de dos fuentes: el Código Penal Tipo para Latinoamérica en lo que respecta a la parte general […]". (Harbottle Quirós, 2012, p. 41).

III. NORMATIVA ACTUAL

En términos legislativos nacionales, la imputabilidad está regulada a partir del artículo 42 del Código Penal, en la Sección primera, el cual se refiere a la imputabilidad del título tercero de los delitos, el cual se refiere al autor.

El artículo 42 establece explícitamente:

> *Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes. (P.G.R. P. G., 2018).*

Como la mayoría de las normas penales de la parte general, el articulado referente a la imputabilidad no tiene indicaciones específicas sobre los conceptos que lo fundamentan, sino que intenta el uso de sustantivos y verbos relativamente generales que le permitan al juez o a la jueza ir adecuando sus interpretaciones a las circunstancias necesariamente cambiantes de las materias que se rigen en esta parte del Código.
La norma sí es específica en cuanto a que la característica de inimputabilidad es la que existe "en el momento de la acción u omisión". Pero al usar infinitivos como "comprender" o "determinarse" o ideas como "el carácter ilícito del hecho", se deja claro que es necesaria y conveniente una cierta indeterminación conceptual que les permita a las personas juzgadoras adecuar sus sentencias a los tiempos y a las circunstancias.

Como podemos ver, la norma parte de un concepto negativo, por cuanto establece cuáles son las condiciones de inimputabilidad de la acción u omisión cometida, y esa inimputabilidad es una condición de quien no posea la capacidad de entender el carácter ilícito del hecho, denominada en doctrina y en psicología como la capacidad cognitiva. El segundo elemento del cual carece la persona que es inimputable es la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensiónnm denominada capacidad volitiva. La lógica consecuencia de estos dos conceptos es la capacidad que la persona acusada debe tener de comprender y actuar ante los rigores del proceso como capacidad adjudicativa.

El núcleo duro del concepto de la imputabilidad está compuesto por estos dos infinitivos: conocer y determinarse (reflexivo) y la idea del carácter ilícito del hecho. El resto de la norma, sea el nombre que se le da a este fenómeno criminológico (imputabilidad), el análisis de la imputabilidad en el momento de la acción u omisión o las causas por las cuales el sujeto se encuentra en esa condición, ciertamente son importantes, pero aparentemente no son esenciales al concepto de imputabilidad.

Es decir, ¿podría denominarse la imputabilidad con otro vocablo? Sí, podría llamarse responsabilidad, atribuibilidad, condición personal de responsabilidad o cualquier otro concepto aceptable.

¿Podría establecerse el análisis de la imputabilidad en otro momento que no sea el de la acción u omisión? Parece que no. La lógica y el principio de responsabilidad personal nos indican que el juez o la jueza no podría, legítimamente, referirse

a otro momento distinto del momento del hecho para fundamentar la imputabilidad o no de la persona acusada en cuanto al caso concreto, por lo que debemos concluir que, en el concepto de la imputabilidad, necesariamente el momento del hecho está incluido.

¿Podría establecer causas distintas a las indicadas en la norma para fundamentar la imputabilidad? Parece que no es necesario, ya que el concepto de "grave perturbación de la conciencia parece ser suficientemente amplio para permitirle al juez o a la jueza el análisis de las circunstancias cognoscitivas y volitivas del sujeto.

Rojas Chacón señala:

> *Actúa en situación de inimputabilidad quien, al momento de cometer el hecho, atendidas las condiciones político- sociales y culturales concretas, no se encontraba en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, o ambas, por padecer un trastorno mental, una inmadurez psicológica, una grave perturbación de la conciencia o diversidad sociocultural. (Rojas Chacón, 2018, p. 291).*

Esta falta de capacidad cognitiva o volitiva puede ser el resultado de dos factores. Puede ser por enfermedad mental o por una grave perturbación de la conciencia, y esta perturbación puede haber sido ocasionada por el empleo de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes o puede ser un estado que ha sucedido espontáneamente sin el uso de esos agentes. La norma no establece ningún requisito para la enfermedad mental, sino que es simplemente un estado mental con mayor o menor grado de permanencia. Pero para efectos del análisis forense, no interesan realmente sus causas.

En cambio, la norma sí nos especifica que hay ciertas causas concretas por las cuales la persona acusada podría haber caído en una grave perturbación de la conciencia causada por el uso de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes. Esta sustancias quitan las fuerzas o ponen al sujeto en estado nervioso. (RAE, 2018).

Cabe preguntarse qué necesidad o qué objetivo tenía el legislador al especificar estos agentes como precursores de la ausencia de la capacidad volitiva. En este caso, al indicar que pueden estar presentes o no, parece que hubiera dado el mismo resultado no incorporarlos a la norma, como lo hizo con el aspecto cognitivo. La respuesta es que parece claro que el legislador quería evitar la confusión de que se eliminara el uso de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes como causa de inimputabilidad por razones de incapacidad volitiva.

La norma siguiente del artículo 43 del Código Penal se refiere a la inimputabilidad disminuida y señala:

> *Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. (P.G.R. P. G., 2018).*

Esta norma lo que hace es esencialmente regular un tema de gradualidad de las circunstancias ya descritas para la inimputabilidad. La norma en sí establece una consecuencia específica para la inimputabilidad disminuida que es directamente referida a la consecuencia de la norma anterior, y la circunstancia especial de la persona inimputable tiene como consecuencia la misma inimputabilidad.

Este tema de la imputabilidad disminuida tiene relación directa con el concepto de culpabilidad, ya que se ha argumentado que la culpabilidad es el límite de la pena, y que la culpabilidad es el fundamento de la pena.

Por ello, sería contrario a este principio de culpabilidad que la imputabilidad, como beneficio penal o el reconocimiento de una realidad fáctica, sea tomada en cuenta en forma absoluta y no gradual, es decir, que la jueza o el juez simplemente establezca que una persona es inimputable, sin tomar en cuenta el grado de inimputabilidad.

Esto significa un punto importante en el tema del determinismo también, pues si una persona es parcialmente inimputable, esto significa que es también, al menos, parcialmente libre, ya que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia actual, una persona no puede ser culpable, si no se considera que ha actuado libremente, aun cuando ese concepto de libertad se ha ido haciendo más complejo y se va reconociendo que esa libertad no está ausente de influencias internas y externas.

De la lectura de estas dos normas, podemos indicar que estos dos artículos prevén un beneficio o una excusa para la persona acusada de un delito, por cuanto ambas normas establecen los parámetros bajo los cuales la persona juzgadora puede establecer una situación de hecho, y es que el acusado o la acusada adolezca de inimputabilidad total o parcial.

Sin embargo, ese beneficio debe ser completado con otras normas dado que las normas que rigen la imputabilidad no establecen en sí mismas que el sujeto inimputable deba recibir algún beneficio procesal. Esto significa que debemos regresar al vocablo mismo "inimputable" y debemos analizar que la palabra en sí, la cual señalamos, podría ser cambiada por otras, lleva en sí misma un significado y ciertas consecuencias. Si la persona es inimputable, ¿significa que no se le puede imputar la conducta acusada? ¿Y eso qué significa? ¿Será que debe determinarse esa inimputabilidad en la etapa de investigación o en la etapa de juicio o en cualquier etapa del proceso?

En cuanto al concepto de imputabilidad, Fiandaca señala:

> *En cuanto al concepto de capacidad de entender y de querer, es claro que este debe ser entendido como necesariamente comprensivo de ambas aptitudes. En efecto, la imputabilidad deviene imposible aunque solo falte una de esas capacidades. Así, es menester recalcar que la mención legislativa particularizada de la capacidad de "entender" y de la capacidad de "querer", considerada a la luz de los modernos conocimientos psicológicos, suscita algunas reservas, puesto que la psique del hombre es una entidad fundamentalmente unitaria, por lo que sus diversas funciones se relacionan entre sí, y se influyen recíprocamente. (Fiandaca, 2006, p. 332).*

Lo interesante de estos dos conceptos de inimputabilidad o su versión disminuida es que la afectación que aqueja al sujeto activo de la acción es, en sí misma, la consecuencia procesal que lo beneficia; es decir, como el sujeto carece de capacidad cognitiva o carece de capacidad volitiva o posee ambas en forma únicamente parcial, lo cual se denomina en círculos forenses como inimputabilidad o inimputabilidad disminuida, entonces el sujeto es procesalmente inimputable, sea en forma total o parcial. El nombre forense de su afección es el mismo nombre y el resultado procesal de su acusación; es decir, es inimputable en forma total o parcial.

Por otro lado, el artículo 44 del mismo Código establece lo siguiente:

> *Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa. (P.G.R. P. G., 2018).*

En esta norma, se cierra el círculo de las posibles intencionalidades del agente o sujeto activo de la acción injusta que es la denominada actio libera in causa. La necesidad de este artículo radica en que las normas que reconocen una situación de hecho en cuanto a la incapacidad cognitiva o volitiva del sujeto, las cuales, por su propia naturaleza generan un beneficio o excusa a favor del sujeto activo, en el sentido de que no podrá ser imputado, sea en forma total o parcial, podrían haber creado una situación injusta, si el agente hubiera provocado la perturbación de su conciencia, sea en forma dolosa o culposa, por lo que la norma elimina el beneficio o la excusa que anteriormente había otorgado y, mediante una ficción jurídica, le asigna a la persona total o parcialmente inimputable aquella imputabilidad que efectivamente tenía al momento de provocarla.

El artículo 44 incluso prevé que la pena puede ser agravada cuando se demuestre que el propósito o la intención del agente era facilitar la realización de la acción injusta o engañar al sistema y especialmente a la persona juzgadora, procurándose una excusa que no ocurrió de forma naturalmente espontánea, sino que fue intencionalmente planeada. En otras palabras, el artículo 44 elimina el beneficio o excusa que le haya beneficiado al agente si la perturbación hubiera nacido de forma espontánea y no de manera manipulada.

Es importante agregar que el artículo 104 del mismo cuerpo de leyes regula lo referente a la responsabilidad civil de la persona inimputable e indica lo siguiente:

> *En los casos de inimputabilidad, subsiste la responsabilidad del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos que ocasione su internamiento y de ella serán subsidiariamente responsables sus padres, tutores, curadores o depositarios que hubieren podido evitar el daño o descuidado sus deberes de guarda. La misma regla se aplicará en el caso de los semi-inimputables. (P.G.R. P. G., 2018).*
>
> *Esta norma tan importante establece que aun cuando una persona actúe injustamente de forma que no es posible asignarle responsabilidad penal por cuanto actuó con capacidades cognitivas o volitivas inexistentes o disminuidas, sí es posible asignarle responsabilidad a su haber patrimonial en la medida en que alcance para sufragar los daños que haya podido causar; pero siempre y cuando sus gastos de alimentos o los gastos médicos de internamiento queden fuera del alcance de sus acreedores, incluso con responsabilidad subsidiaria para los demás sujetos cercanos a él, señalados en la norma, los cuales podrían haber evitado el daño.*

La norma es lógica en el sentido de que aun cuando la persona actuó con sus capacidades disminuidas, esto no significa que quienes sufrieron las consecuencias de sus actos deban también sufrir los daños de tipo patrimonial, siempre que el haber patrimonial del inimputable sea suficiente para soportar todos los conceptos dichos, ya sean sus propios gastos necesarios y los daños causados. De lo contrario, podría causarse una violación al artículo 1045 del Código Civil, el cual establece lo siguiente: *Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios. (P.G.R. P. G., 2018).*

Como podemos ver, esta norma reconoce que los daños causados por una persona a otra deben ser resarcidos, aun cuando ese daño no haya sido causado con dolo o culpa. En el fondo, la responsabilidad penal es eminentemente personal, es el individuo en su condición de persona el que es castigado personalmente, aun cuando, en ocasiones, la ley prevea el pago de una multa o el resarcimiento por medios alternativos como el pago.

Pero en materia de daños patrimoniales, más que la persona como individuo, lo que interesa es el enfrentamiento de patrimonios, de tal

forma que el patrimonio de una persona no se vea injustamente disminuido en beneficio del patrimonio de otra.

Cuando una persona es condenada por un delito, el castigo es aplicado en relación con una medida objetiva: los extremos de la pena de cada tipo penal y, en ese sentido, el daño que haya sufrido la víctima no es realmente relevante, por cuanto en el homicidio o en la violación, la pena será de privación de libertad, no de muerte o de violación. En términos penales, no se trata de ajustar cuentas entre la víctima y la persona acusada, sino que la pena irá en función de la reprochabilidad de la conducta de la persona sentenciada.

Es diferente en materia patrimonial, en donde sí interesa el enfrentamiento entre patrimonios del sujeto activo, aunque sea inimputable y el sujeto afectado que podría ser un tercero distinto de la víctima, por cuanto el patrimonio del agente no es un elemento consustancial a su persona, sino que es un haber separado de ella, el cual sí puede y debe ser afectado en la medida de lo posible, según se explicó.

En el título sexto del Código Penal, sobre las medidas de seguridad, en la Sección primera de disposiciones generales, se establece en el artículo 97:

Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir. (P.G.R. P. G., 2018).

Seguidamente, se establece en el artículo 98 que el juez obligatoriamente impondrá la medida de seguridad cuando:

> *[…] el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad; (Interpretado este inciso por resolución de la Sala Constitucional Nº 322 del febrero de 1992, en el sentido de que la imposición de una medida de seguridad por un Alcalde, fundamentándose en este inciso, resulta inconstitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política.) (P.G.R. P. G., 2018).*

Es claro que, según las normas transcritas, para la persona que carezca o que tenga disminuida su imputabilidad y que haya sido autora de un delito, el juez o la jueza deberá obligatoriamente imponer la correspondiente medida de seguridad. Es decir, cuando se ha establecido en una causa penal que el sujeto activo carece de las capacidades de cognición y/o volición en la medida suficiente para ser declarado imputable, sea en forma total o parcial, el asunto no puede simplemente quedarse ahí, sino que, en lugar de la penalidad que se le haya impuesto, se debe decretar alguna de las medidas de seguridad permitidas por el ordenamiento jurídico.

Aquí es importante acotar que el resultado de la inimputabilidad total y parcial señaladas en los artículos 42 a 43 del Código Penal tiene su consecuencia en el artículo 98 del mismo Código, y este señala la misma consecuencia para ambas situaciones, el dictado de una medida de seguridad.

Por ello, es importante señalar que, para el dictado de una sentencia condenatoria, la persona acusada debe tener sus capacidades en plena forma, pues la inimputabilidad parcial significará una sentencia de sobreseimiento con el dictado de la consecuente medida de seguridad.

En este sentido, es importante indicar que la inimputabilidad, sea total o parcial, de la persona acusada puede surgir con anterioridad a la etapa del juicio oral y público o puede surgir durante el juicio o después de haberse declarado la sentencia, todo esto en vista de que la inimputabilidad será una cuestión muy casuística que deberá ser analizada en cada caso concreto.

En cualquier momento, cuando el tribunal competente se percate de que el sujeto es

inimputable, entonces deberá aplicar el artículo 98 citado y deberá decretar la medida de seguridad y, en ese sentido, deberá atenerse a lo previsto por los artículos 101 y 102, inciso a) del mismo Código, los cuales indican:

> *Artículo 101.- Son medidas curativas:*
> *1.-El ingreso en un hospital psiquiátrico.*
> *2.- El ingreso en un establecimiento de tratamiento especial educativo.*
> *3.-Someterse a un tratamiento psiquiátrico.*
> *(P.G.R. P. G., 2018).*

Artículo 102.- Las medidas de seguridad se aplicarán así: a) En servicios psiquiátricos idóneos o establecimientos de tratamiento especial educativo, se internarán los enfermos mentales, toxicómanos habituales, alcohólicos y sujetos de imputabilidad disminuida que hayan intentado suicidarse. (P.G.R. P. G., 2018).

IV. ANALISIS NORMATIVO

Estas normas nos muestran que, ante el surgimiento de la inimputabilidad del sujeto activo, sea que ya haya sido declarado culpable o que aún no se haya dado el juicio oral y público, se deberá ordenar alguna de las medidas de seguridad establecidas.

Surge entonces un cuestionamiento importante y es qué sucede si el estado de inimputabilidad del sujeto activo es temporal y no es permanente. La respuesta es que el análisis de la inimputabilidad del sujeto será inicialmente sobre el momento de los hechos acusados, a fin de determinar si el acto injusto acusado fue perpetrado por el sujeto activo en estado de inimputabilidad disminuida o total.

Si al momento de los hechos, efectivamente el sujeto se encontraba en estado de inimputabilidad total y aún se halla en ese estado a la hora del juicio, la solución lógica es que se deberá decretar la correspondiente medida de seguridad.

Si, al momento de los hechos, el sujeto se encontraba en estado de inimputabilidad total, pero al momento del juicio, si tiene capacidad cognitiva y volitiva para enfrentar el juicio, deberá enfrentarlo para poder determinar que él fue el autor del hecho y que se encontraba en estado de inimputabilidad total, pero no podrá ser declarado culpable del hecho por razón de su inimputabilidad total al momento de la comisión del injusto, por lo que el juez o la jueza deberá dictar la sentencia absolutoria y podrá dictar la correspondiente medida de seguridad en caso de que se considere la peligrosidad.

Existe una excepción al momento de análisis de la imputabilidad: "La imputabilidad debe referirse al momento de la comisión del hecho. Sin embargo, existe una excepción a esta regla general: la que se deriva de la teoría de la actio libera in causa". (Pérez Alonso & Marín de Espinosa Ceballos, 2010, p. 356).

Finalmente, si al momento de los hechos, el sujeto activo se encontraba en estado de inimputabilidad parcial, sea que a la hora del juicio se encuentra aún en estado de inimputabilidad parcial o no, deberá enfrentar el juicio a fin de que la jueza o el juez pueda determinar su estado, tanto al momento de los hechos como en el juicio y, si lo confirma, debe reducir su imputabilidad ante el hecho cometido con el dictado de la sentencia absolutoria y la medida de seguridad.

Una vez cubierto el tema de la conceptualización de la imputabilidad, debemos entrar a analizar cómo se determina el contenido de lo que jurídicamente se considera como inimputable. La normativa citada no define qué es lo que debe considerarse como inimputabilidad, sea en su forma completa o disminuida.

En la Sección V del Código Penal, se trata el tema de la culpabilidad que, en la doctrina, es uno de los conceptos con el que se asocia la imputabilidad. El artículo 30 del mismo Código establece lo siguiente:

> *Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención. (P.G.R. P. G., 2018).*

La relación entre la imputabilidad y la culpabilidad también ha sido ampliamente analizada, y los argumentos principales explican que la imputabilidad es un presupuesto del delito, un elemento de la culpabilidad o un presupuesto de la culpabilidad. El argumento de que la imputabilidad es un presupuesto del delito se refiere a que, en forma general, la capacidad cognoscitiva y la volitiva del sujeto deben existir antes del hecho, lo cual se ha considerado erróneo por cuanto la culpabilidad del sujeto activo se analiza en relación con el momento de la acción u omisión (art. 42 C.P.), por lo que el estado mental del sujeto no es relevante fuera de ese momento. La imputabilidad como elemento de la culpabilidad se argumenta en el sentido de que la capacidad cognoscitiva y la volitiva son determinantes al momento de realizar el juicio de reproche, por lo que, en su ausencia, falta culpabilidad, prácticamente identificando imputabilidad con culpabilidad. Finalmente, es correcta la posición que conceptualiza la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, en el sentido de que no solo debe gozar el sujeto de capacidad cognoscitiva y volitiva en términos generales al momento de hacer el juicio de reproche, sino que esa doble capacidad debe haber estado presente al momento de la acción u omisión.

Sin embargo, como ya analizamos, existe una sección específica sobre la imputabilidad a partir del artículo 42 ya analizado. Por ello, debemos entender que el Código establece la inimputabilidad y determina el alcance de su conceptualización como la capacidad cognoscitiva y volitiva. Pero la ley no define cuál es el contenido de esas capacidades. Para ello debemos acudir en forma interdisciplinaria a las ciencias médicas, psiquiátricas y psicológicas a fin de determinar en un grado más específico el contenido de estas capacidades.

V. CAPACIDAD COGNITIVA Y VOLITIVA

Precisamente, toda la discusión que lleva muchos años desde que Carrara estableciera la escuela clásica, y Ferri presentara sus argumentos deterministas, se centra sobre qué es la capacidad del ser humano de pensar, de dónde vienen sus pensamientos, pero sobre todo, de dónde viene su capacidad para tomar una decisión y ejecutarla. La discusión entre determinismo y libertad se centra en que los primeros consideran que el sujeto activo no es libre al decidir cometer el delito y, por lo tanto, no debe existir el concepto de culpabilidad.

El Dr. Chan Mora explica que, para que una conducta sea culpable, debe haber sido cometida por un sujeto con capacidad de culpabilidad; es decir, imputable, y luego agrega que "[…] En la construcción dogmática, el concepto de culpabilidad es entendido, finalmente, como un reproche o desaprobación personal respecto de quien actúa de manera contraria al derecho[…]". (Chan Mora, 2018, p. 82).

Surge entonces la pregunta ¿cuál es la diferencia entre imputabilidad y culpabilidad o al menos qué las separa? La respuesta es que únicamente el ser humano es capaz de imputabilidad porque solo el ser humano tiene capacidad cognoscitiva y volitiva de sus acciones, a diferencia de los demás seres del reino animal.

Por lo tanto, la culpabilidad es la calidad de ser humano, pero no todo ser humano, pues aunque se requiere ser una persona, no toda persona goza de imputabilidad. Y como ya lo explicamos, las personas inimputables no gozan de imputabilidad en los términos ya explicados. Por ello, la culpabilidad es el ser humano que goza de las características de la imputabilidad. Ambos conceptos están íntimamente ligados, pero no son iguales.

La imputabilidad es una aptitud o característica específica y temporal, porque puede cambiar, de

la que goza un ser humano, y esa conjunción de persona e imputabilidad permite que otra persona, el juez o la jueza, en nombre y representación de la sociedad, pueda realizar un juicio de reproche sobre el sujeto cuando ha determinado que el sujeto ha actuado de forma culpable. Por ello, la culpabilidad es una conducta desplegada por una persona que goza de imputabilidad, esta es una característica de cognición y volición que se presume en toda persona, salvo prueba en contrario, y el reproche es el juicio de valor sobre esa conducta.

Esa cualidad que la persona debe tener para que pueda ser considerada imputable y, por tanto, potencialmente culpables sus conductas injustas, se refiere a las capacidades cerebrales que precisamente distinguen a los seres humanos de las demás especies del reino animal, las cuales se denominan funciones mentales superiores.

En términos relativamente simples, las capacidades de razonamiento del ser humano significan que este puede superar sus naturales instintos, a fin de desarrollar, en lo que aquí nos interesa, una serie de reglas aplicables a todas las personas de su comunidad, con el fin de que la sobrevivencia y la calidad de vida de ese grupo se ajusten a lo que la mayoría o un grupo más fuerte considera conveniente. Esas reglas prevén su incumplimiento o violación por lo que establecen castigos a fin de motivar a la comunidad a no incumplirlas o castigar a quienes lo hagan con el fin de que las demás se motiven a no hacerlo. A través de la historia, el ser humano ha podido elevar el nivel de complejidad y sofisticación de esas reglas y de todo el sistema que necesita para su aplicación hasta el presente.

Por ello, en términos sencillos, podríamos indicar que la imputabilidad es esa serie de características que el ser humano posee que le permiten vivir en una determinada sociedad en una época determinada, pero vista desde el punto específico del derecho penal y como presupuesto de la culpabilidad. Esas capacidades están dadas por distintos órganos del cerebro como el hipotálamo, la amígdala y otros que funcionan en el sistema límbico del cerebro: "[…] El sistema límbico se extiende a través de diferentes áreas cerebrales, acumula todas las influencias y experiencias y constituye también el centro de estados afectivos congénitos y modos de comportamiento […]" (Hirsch, 2018, p. 44).

Esas capacidades mentales superiores, en términos contemporáneos, permiten que desde el hogar, la escuela y la sociedad en general, con todas las demás influencias sociales que reciben, los niños y las niñas desarrollen hasta los 12 años (primera etapa etaria de relevancia penal), luego a los 15 años y, finalmente, después de los 18 años, una serie de conocimientos y capacidades muy complejas que les permiten conocer en forma relativamente simple cuáles conductas son prohibidas y, de ellas, un grupo especial de conductas que son especialmente prohibidas y con las cuales pueden perder algunos de sus derechos: las denominadas conductas delictivas. Este constante aprendizaje de qué es permitido y qué es prohibido en general y qué es penalmente prohibido desarrolla en la persona una visión compleja respecto a la totalidad de las conductas relevantes jurídicamente, sean penales y no penales, y esa totalidad de normas que constituye el ordenamiento jurídico es el concepto asociado con la antijuridicidad, esa relación que el sujeto debe tener con el ordenamiento jurídico respecto a sus conductas potencialmente penales.

Entonces debe cuestionarse cuál es la relación de la imputabilidad con la antijuridicidad y procedería entonces preguntarse también si la imputabilidad tendría alguna relación con la tipicidad.

Según la teoría del delito, si en el análisis de tipicidad, el juez o la jueza analiza el conocimiento y voluntad del sujeto acusado de realizar los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo penal, y en la antijuridicidad, analiza el conocimiento y voluntad del sujeto acusado de realizar esos mismos elementos en relación con el ordenamiento jurídico, a fin de verificar si su conducta, que ha pasado el examen

de tipicidad, tiene algún permiso de parte del ordenamiento jurídico para que detenga el examen del ilícito, entonces debemos aceptar que ese conocimiento y voluntad, que son el aspecto cognitivo y volitivo ya mencionados, del tipo penal y del ordenamiento jurídico se refieren indudablemente a la capacidad de imputabilidad de la persona y, es por ello, que una persona puede ser imputable y no ser culpable.

Harbottle explica que las causas de la inimputabilidad o la imputabilidad disminuida son las siguientes:

> *1. Los trastornos psíquicos que afectan el aspecto intelectual o emocional (enfermedad o causa somática).*
> *2. Las oligofrenias, disturbios mentales o desarrollo mental insuficiente.*
> *3. La grave perturbación de la conciencia. (Harbottle Quirós, 2012, pp. 52-53).*
> *En Costa Rica, la enfermedad mental y la grave perturbación de la conciencia son las causas de inimputabilidad o imputabilidad disminuida.*

VI. CLASIFICACIONES DE ENFERMEDADES MENTALES

Hay múltiples clasificaciones de enfermedades mentales y están en constante revisión.
Las principales clasificaciones son:

> *OMS, Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-11) (W.H.O., 2018) y Asociación Psiquiátrica Americana, Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales (DSM – V). (A.M.A., 2018). Este manual es considerado el principal.*

VII. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

Es importante señalar lo manifestado en la sentencia n.º 406-2005 del Tribunal de Casación Penal de San José del 12 de mayo de 2005:

> *[…] En el presente asunto se anula la resolución impugnada con base en los razonamientos arriba indicados, debiendo indicarse que la misma incurre en falta de fundamentación. No se toma partido sobre si en el caso concreto hay efectivamente una imputabilidad disminuida o una inimputabilidad, lo que en definitiva debe ser establecido por el juzgador, debiendo actuarse con mucho cuidado al respecto, ello ya que en definitiva está en juego el principio de culpabilidad, establecido en el artículo 39 de la Constitución Política. Debe tenerse siempre en cuenta el grado de disminución de la imputabilidad, ya que si es significativa, debe afirmarse más bien la inimputabilidad, no siendo necesaria la exclusión total de la capacidad de conocer el carácter de las acciones y de actuar conforme a ello, ya que ello es difícil que se dé en un caso concreto, debiendo estimarse que la culpabilidad tiene un carácter graduable. A pesar de lo anterior, debido a que la resolución impugnada hace referencia a que se trata de un sobreseimiento por imputabilidad disminuida deben hacerse una serie de razonamientos sobre la misma, sin que, como se dijo, se tome por la mayoría del Tribunal de Casación, integrada por los jueces Llobet y Sojo, partido sobre si en el caso concreto se está ante una inimputabilidad o una imputabilidad disminuida. Debe reconocerse que un sector de la doctrina costarricense ha considerado que la imputabilidad disminuida es una causa que excluye la culpabilidad, debiéndose ordenar un sobreseimiento o una sentencia absolutoria, dependiendo del estado de la causa. Este ha sido el criterio que ha sostenido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a partir del voto 524-F-92 del 6 de noviembre de 1992 […]. (P.G.R., 2018).*

En esta sentencia, se establece que hay una cierta equiparación entre la imputabilidad disminuida, cuando es de cierto grado, y la inimputabilidad porque "[…] no es necesaria la exclusión total de la capacidad de conocer el carácter de las acciones y actuar conforme a ello, ya que ello es difícil que se dé en un caso concreto […]" y agrega que un sector de la doctrina costarricense considera que "[…] la imputabilidad disminuida es una causa que excluye la culpabilidad, debiéndose ordenar un sobreseimiento o una sentencia absolutoria […]". (P.G. R., 2018).

A su vez, la sentencia n.º 524-F-92 citada establece:

> *[…] cuando concurre la causal de comentario, debe absolverse al acusado y aplicarse la respectiva medida de seguridad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 102.a) del Código Penal. Resulta así de una interpretación sistemática del Código de Procedimientos Penales, concretamente de los artículos 320.2, 357 y 474.3. Los dos primeros imponen al tribunal el dictado de sobreseimiento y aplicación de una medida de seguridad, cuando sobreviene una causa de inimputabilidad […]. (P.G.R., 2018).*

En la sentencia n.º 2011- 01194 de condena por robo agravado, la Sala Tercera estableció que se practicó un peritaje psiquiátrico forense con esquizofrenia paranoide; pero no se demostró que al momento de los hechos presentara descompensación de esa enfermedad. (P.G.R., 2018).

En la sentencia n.º 2004- 00130 de condena por robo y resistencia agravada, la Sala Tercera estableció que, aun cuando se vio agresividad en prisión y en el proceso y que padecía de esquizofrenia paranoide, no se demostró qué sucedió al momento del hecho. (P.G.R., 2018).

En la sentencia n.º 2008- 00018 de condena por robo agravado, la Sala Tercera indicó que, al momento de la pericia, el sujeto estaba compensado lo que demostraba que su esquizofrenia hebefrénica (trastorno mental en la que el comportamiento del individuo sufre alteraciones espontáneas sin ningún propósito o motivación, agitación y desinhibición) era pasajera. (P.G.R., 2018).

VIII. CONCLUSIONES

1. La imputabilidad es una aptitud, una cualidad o una característica de la cual la persona imputada debe gozar para poder realizar el juicio de reproche referente a la culpabilidad.
2. La imputabilidad únicamente tiene funcionalidad dentro del derecho penal, por lo que requiere que se haya realizado un hecho típico y antijurídico. Si la conducta acusada no es típica y, si no es antijurídica, no se inicia el análisis de la imputabilidad.
3. La inimputabilidad o la imputabilidad disminuida de una persona es relativa a una serie de factores en relación con el trastorno o la enfermedad que le afecta o, incluso, dentro de la misma afectación por cuanto diversas conductas típicas pueden requerir varios grados de abstracción u otros requerimientos.
4. La inimputabilidad consiste en no poder comprender el carácter ilícito del hecho y no poder determinarse de acuerdo con esa comprensión o no poder soportar los rigores del proceso penal porque no se pueden comprender los elementos del proceso o no se puede coadyuvar en la defensa del caso, y estos serían los elementos cognitivos y volitivos, pero llevados específicamente a la etapa del debate.
5. Los artículos 42 y 43 establecen como causas de inimputabilidad la ENFERMEDAD MENTAL y la GRAVE PERTURBACIÓN DE LA CONCIENCIA. En cuanto a la conducta acusada, deben determinarse estas circunstancias para el momento de los hechos, no para el momento del debate.
6. La grave perturbación puede ser ocasionada por alcohol o drogas enervantes, entre otros factores. Pero el uso de alcohol o drogas debe ser accidental o involuntario para producir la inimputabilidad.

7. La imputabilidad disminuida ocurre cuando el sujeto no posea sino incompletamente, en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.
8. La jurisprudencia parece indicar que la defensa es la que tiene el deber de demostrar el estado de descompensación al momento del hecho. Sin embargo, por la obligación de lealtad y transparencia procesal del Ministerio Público, este también debe advertir si la prueba demuestra un estado de inimputabilidad de la persona acusada para el momento de los hechos.
9. El hecho de que una persona tenga una condición de enfermedad mental, sea permanente o temporal, no implica per se, salvo que sea de por sí determinante de inimputabilidad total, que el tribunal lo considere inimputable, sino que se debe demostrar la condición al momento del hecho.
10. Si la condición del sujeto es temporal o pasajera, la carga de la prueba recaerá sobre el sujeto que alega la condición de inimputabilidad.
11. La demostración de un estado de inimputabilidad tiempo después de ocurrido el hecho es muy compleja, por lo que los atrasos en el peritaje psicológico pueden ser importantes. La observación del sujeto inmediatamente después del hecho es determinante y lo convierte en objeto de prueba.
12. En caso de que la persona autora de la conducta incapaz haya causado algún perjuicio económico resarcible, es posible que su patrimonio resulte civilmente responsable, aun cuando el sujeto no sea penalmente responsable.

XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.M.A., A. P.. Diagnostic and statiscal manual of mental disorders. Obtenido de American Psychiatric Association: https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm (22 de mayo de 2018.)
- Chan Mora, G. Capacidad de culpabilidad penal y libertad de decisión. Acerca del debate entre las neurociencias, la filosofía de la mente y el derecho penal. Revista de la Maestría en Ciencias Penales, UCR: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12439/11693 (21 de noviembre de 2018).
- eCIE10ES.. Edición electrónica de la CIE-10-ES. eCIE10ES: https://eciemaps.msssi.gob.es/ecieMaps/browser/metabuscador.html (22 de mayo de 2018).
- Estado, B. O.. Legislación consolidada. Boe.es: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 (10 de noviembre de 2018).
- Fiandaca, G. y. (2006). Derecho penal: parte general. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., p. 332.
- Harbottle Quirós, F. (2012). Imputabilidad disminuida. San José: Editorial Juricentro S. A.
- Hirsch, H. J. Acerca de la actual discusión alemana sobre libertad de voluntad y derecho penal. Obtenido de www.academia.edu: http://www.academia.edu/30258392/_2013_(21 de noviembre de 2018).
- Hirsch H. J.Acercade_la_actual_discusión_alemana_sobre_libertad_de_voluntad_y_derecho_
- penal_en_E._Demetrio_Crespo_dir.;_M._Maroto_Calatayud_coord._Neurociencias_y_derecho_penal._Madrid,_Montevideo-Buenos_Aires: Edisofer._
- Lin Ching Céspedes, R. (2012). Psicología forense. Principios fundamentales. San José, C. R.: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

- López Díaz, C.. Código penal alemán. Obtenido de unifr.ch: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (10 de noviembre de 2018).
- P.G.R.. Nexuspj. Obtenido de Nexuspj. poder-judicial.go.cr: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-311410 (21 de noviembre de 2018).
- P.G.R., P. G.. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027 (14 de mayo de 2018).
- Pérez Alonso, E. J. & Marín de Espinosa Ceballos, E. y. (2010). Fundamentos de derecho penal. (Parte general). Valencia, España: Tirant Lo Blanch, p. 356.
- RAE R. A. Diccionaro de la lengua española: http://dle.rae.es/?id=FGUIOQJ (21 de noviembre de 2018).
- Rojas Chacón, J. A. (2018). Teoría del delito, aspectos teóricos y prácticos. Tomo II. San José: Ministerio Público, Poder Judicial, p. 291.
- States, O. o. (2018). Código penal de la nación argentina. Oas.org: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf (10 de noviembre).
- Vela Treviño, S. (1973). Culpabilidad e inculpabilidad. México: Editorial Trillas.
- W.H.O., W. H. (2018). World Health Organization. http://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11) (21 de noviembre).

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 171-178 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL

MSc. Ligia Jeannette Jiménez Zamora *
ljimenezz@Poder-Judicial.go.cr

RESUMEN:

Este artículo presenta una relación entre las principales ideas expuestas por Elena Larrauri (2007) en su libro Criminología crítica y violencia de género y los conceptos más importantes apuntados por Winfried Hassemer (1994) en el artículo El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. A partir de los textos citados, se considera que muchas de las normas del derecho penal son el resulta legislativo a problemas estructurales en los que previamente debe invertirse como parte de una política integral y preventiva, y en vez de políticas estatales de inversión para la educación, pobreza, deporte y fuentes de trabajo, el populismo punitivo genera miedo, provocando un derecho penal expansionista en vez de un derecho penal mínimo y eficaz. Por último, se presenta un pequeño análisis de dos aspectos puntuales del contexto costarricense y se esbozan algunas propuestas para una sociedad más respetuosa de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE*: derecho penal, género, política criminal, inseguridad y criminalidad.*

ABSTRACT:

This article presents a relationship between the main ideas presented by Elena Larrauri (2007) in her book Critical Criminology and Gender Violence and the most important concepts pointed out by Winfried Hassemer (1994) in the article El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'. From the texts cited, it is considered that many of the norms of criminal law are the legislative result of structural problems in which it must previously be invested as part of an integral and preventive policy, and instead of state investment policies for education, poverty, sport and sources of work, punitive populism generates fear, provoking an expansionist criminal law instead of a minimum and effective criminal law. Finally, a brief analysis of two specific aspects of the Costa Rican context is presented and some proposals for a society more respectful of human rights are outlined.

KEYWORDS: *criminal law, gender, criminal policy, insecurity and criminality.*

Recibido agosto 2016 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Licenciada en Derecho, UCR; máster en Derechos Humanos, UNED; máster en Administración de Justicia, UNA; doctoranda en Derecho, UNED.

El presente artículo pretende relacionar las principales ideas expuestas por Elena Larrauri (2007) en su libro *Criminología crítica y violencia de género y los conceptos más importantes* apuntados por Winfried Hassemer (1994) en el artículo "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'", aplicándolos a la realidad costarricense. No se trata de un resumen, sino se analiza cómo esas ideas tienen total vigencia en el derecho penal y procesal penal costarricense.

Larrauri (2007) desarrolla varios temas de forma clara y magistral en los tres capítulos del libro. En el primero, plantea que la desigualdad como causa de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja es una explicación simplificada e inapropiada. A su vez, menciona que establecer que la desigualdad de géneros es el fundamento de esa violencia es desconocer que cada mujer es un ser individual, pertenece a un grupo social y ocupa una posición dentro de esa estructura social.

En el segundo capítulo, desde la perspectiva de la criminología crítica, describe el papel del sistema penal para desmentir sus bondades con respecto a las víctimas y a sus victimarios. Además, realiza una crítica al discurso oficial de las feministas y analiza cómo el derecho penal se convierte no en la ultima ratio, sino en el primer instrumento para su lucha por la igualdad, lo cual es un error, pues debe obedecer a un enfoque integral del Estado.

Por último, en el tercer capítulo efectúa una crítica a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género de España, analizando esa normativa que tiene penas más severas para el hombre, por lo que se convierte en un derecho penal de autor, cuestionando si eso violenta el principio de igualdad o se justifica por ser una acción positiva.

Por su parte, Hassemer (1994) desarrolla en su artículo las siguientes ideas:

La violencia, el riesgo y la amenaza son fenómenos centrales de la percepción social que provocan consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia y convierten al "delincuente" en un enemigo al que debe aplicársele el derecho penal, ignorando los derechos humanos y civiles como fundamento de ese derecho y del derecho procesal penal moderno.

El papel de la criminología para entender la criminalidad y las posibilidades de comprender esta realidad social.

Del derecho penal y procesal penal se espera la ayuda eficaz que garantice la seguridad de los ciudadanos. Por lo tanto, se experimenta la dureza del derecho penal material y procesal, a partir de una política criminal que surge de la dramatización a que da lugar la violencia, para afrontar el sentimiento de inseguridad.

Los criterios utilizados por la política y el derecho penal "eficaz" son varios; entre ellos, la funcionalidad de la administración de la justicia penal y el criterio metódico de la ponderación de bienes.

Como preguntas claves plantea: ¿Es realmente seria la amenaza? El autor señala que la percepción de esta es un fenómeno político y comunicacional. Ya sea una amenaza estatal, individual o social, no puede consistir en una simple actitud represiva, sino que se deben tener en cuenta las complejas relaciones entre estas.
¿Es verdaderamente eficaz el derecho penal que se preconiza? Una mayor contundencia de los instrumentos jurídicos penales no siempre mejora la idoneidad en la solución de los problemas, en virtud de la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras soluciones jurídicas, estatales o sociales. Además, tiene sus costes, al renunciar a principios fundamentales en un Estado de derecho.

Sobre este último punto, la autora, refiriéndose a las mujeres víctimas de violencia de género, considera que

> *[…] es preciso apoyar, afirmar y fortalecer la intervención de las instancias intermedias, en especial grupos de mujeres de base, servicios sociales de los Ayuntamientos y centros de asistencia a la víctima, que puedan ayudar a la mujer a resolver sus necesidades y a que esta inicie una vida autónoma y libre de violencia (Larrauri, 2007, p. 137).*

De esta forma, se les debe brindar protección a las mujeres sin necesidad de ingresar al sistema penal como única opción.

Así ambos autores tienen posiciones similares desde sus diferentes espacios en los puntos fundamentales de sus exposiciones. Primero, al mencionar que el derecho penal no es la solución de los problemas sociales. Como lo expresa Larrauri (2007), el aumento de las cárceles en vez de un Estado asistencialista no resuelve problemas que no son abordados desde la base. Por lo tanto, creer que al derecho penal se le "considera un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las mujeres" (Larrauri, 2007, p. 19) es parte de un discurso oficial con el que la autora no está de acuerdo.

En relación con este tema, el Estado de la Nación de 2014 establece que para Costa Rica:

> *[se] aporta nueva evidencia sobre problemas de equidad que generan exclusión social y general áreas conflictivas no resueltas por la política pública […] Estos resultados demandan políticas diferenciadas. En especial, se necesitan oportunidades de empleo y programas sociales con enfoque de género, para permitir a las mujeres jóvenes que han asumido responsabilidades familiares a edades muy tempranas, acceder a la educación, mejorar su escolaridad, y eventualmente insertarse en el mercado laboral (p. 81).*

De esta manera, se observa que la inversión dirigida es necesaria para que grupos vulnerables puedan salir adelante, y eso no implica la producción de normas penales, sino la inversión y creación de políticas sociales y económicas eficientes y eficaces.

Por otra parte, estos autores exponen la importancia de la criminología crítica, señalando que si esta tuviera un lugar importante en las decisiones de la política criminal de un Estado, ya sea en la promulgación de leyes, decisiones del gobierno o normas que se determinan desde la Asamblea Legislativa, probablemente podrían ser menos punitivas y podrían abarcar más problemas sociales. Por tanto, podrían llevar a decisiones que aborden problemas estructurales, con lo cual se mitiga la pobreza, aumenta la posibilidad de educación y se crean mayores centros de recreación y deporte para jóvenes, así como oportunidades de empleo digno para hombres, mujeres y jefas de hogar, ya que la criminalidad "es el resultado de procesos sociales y estatales de definición, no una realidad previamente existente, sino una realidad construida humana e institucionalmente". (Hassemer, 1994, p. 5).

Así Larrauri (2007) ofrece tres reflexiones criminológicas generales para aplicar al tema de la violencia de género, las cuales pueden explicar los fenómenos de criminalidad actual; primero, "deconstruir" lo que la "realidad" aparentemente muestra, de forma tal que se contextualicen los datos en un marco estructural; como segunda estrategia, suministrar una interpretación adecuada y alternativa para explicar un determinado dato revelado por las investigaciones empíricas. Finalmente, la tercera estrategia consiste en tomar un indicador – la pobreza, la exclusión social, entre otras– como un grupo de alerta de la situación en que se encuentra ese grupo social plagado de problemas.

A partir de lo expuesto, propone realizar políticas específicas para determinados colectivos (Larrauri, 2007), no de forma general, ya que no

todos o todas son víctimas o victimarios, sino dirigidas a grupos específicos para tratar de establecer necesidades y puntualizar ayudas. Esto puede desmitificar la idea de que el derecho penal resuelve problemas sociales, pues en realidad es una respuesta de castigo y puede aclarar la percepción de que son ciertos grupos los que delinquen y no otros o puede permitir observar hacia quién va dirigida la norma penal.

Inseguridad: discurso y derecho penal

Los cambios en materia penal y procesal penal obedecen a reinventar nuevos delitos, agravar penas, violentar el principio de lesividad con bienes jurídicos cada vez más abstractos y establecer delitos de omisión impropia, y para hacerlos efectivos, se difuminan los principios de imputación y culpabilidad.

No se quedan atrás los cambios procesales como procesos especiales de flagrancia, imposibilidad de prescripciones y procesos de criminalidad organizada. En palabras de Gracia Martín (sf), esto diferencia el derecho penal liberal del derecho penal moderno. Este último rompe con los principios garantistas liberales que el primero planteaba y que son propios de la democracia en un Estado de derecho.

Se puede indicar que este derecho penal moderno ha sido establecido por una política criminal sumamente populista, donde se plantean el tema de la criminalidad y la reducción de la inseguridad como uno de sus pilares. Estas políticas criminales son generadas por la élite de la política estatal que legisla para sus intereses. Véase cómo el discurso sobre la criminalidad define el objeto de criminalidad, pero al mismo tiempo, excluye de esta los demás objetos no determinados en el campo discursivo, por lo que detentar el poder de disposición del discurso otorga incluir en la criminalidad a los que no tienen poder y excluir de aquel a la criminalidad propia (Gracia, sf).

Hassemer (1994) comenta que los fenómenos violentos impregnan la capacidad de apreciación social de la mayoría de la población, de forma tal que "La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social" (p. 3), los cuales se intensifican a partir de la difusión de los medios de comunicación que generan miedo a la colectividad y es, a partir de esta inseguridad, cuando se promulgan leyes en el marco del miedo y con la idea de brindar seguridad a una generalidad.

En cuanto a ese mismo tema, Larrauri (2007) lleva a cabo un análisis acerca de la importancia del discurso oficial, el cual normalmente se refleja en las normas, sobre todo en las penales, y cómo este puede tener puntos de vista positivos y negativos para la misma víctima, así como la necesidad de escuchar en este caso otros colectivos feministas de base, a los cuales también les interesa la protección de la mujer contra la violencia, pero con una visión más integral, comprendiendo la importancia del derecho penal y que hay mucho más que ese derecho que, a la larga, pone en una posición de desventaja no solo al imputado, sino también a la propia víctima.

El fenómeno de la inseguridad que se presenta en Costa Rica es abordado por el autor Gracia Martín (sf) cuando refiere que la sociedad es de seguridad objetiva y subjetiva, la cual origina una demanda de seguridad por parte de los ciudadanos al Estado.

Si además a esto se le suma lo falseada que una encuesta puede estar, sobre todo en términos de la visibilidad y reenvío al sistema penal, se determina que ciertos delitos generan inseguridad y, que al ser víctimas colectivas las de los delitos ambientales, económicos y fiscales, esto hace que, en términos de reenvío, no ingresen al sistema judicial y/o de ejecución de la pena y que no estén incluidos dentro de las encuestas, no porque no existan o sus consecuencias sean iguales o más perjudiciales que las de los delitos convencionales, sino porque, en términos generales, tienen poca percepción de la población.

Política criminal

Es necesario tomar como punto de partida el concepto de política criminal como la política estatal de lucha contra el crimen. En ese sentido, dependiendo del tipo de Estado en el que se viva, así será la política criminal que se genere. Por lo tanto, si se parte del numeral 1 de la Constitución Política, se puede identificar que se tienen como base los principios de democracia, libertad e independencia. Sin embargo, cada vez se está más lejos de estos y se puede incluso afirmar que la política criminal de Costa Rica responde a un populismo penal.

En relación con lo anterior, en su artículo Política criminal y demagogia penal: Los efectos del neopunitismo criollo en la seguridad jurídica, Chinchilla (2010) menciona que esta es una forma de acción pública basada en la toma de decisiones o generación de propuestas populares; es decir, de agrado de la población mediante la manipulación de sus emociones con el fin de obtener apoyos y réditos electorales, aun cuando dichas decisiones o propuestas atenten contra el mismo Estado democrático de derecho que auspicia su participación política y que permite difundir sus opiniones por irresponsables que sean.

De acuerdo con la investigadora, un ejemplo de lo anterior fue la creación de los procedimientos expeditos de flagrancia con los que se genera la falsa imagen de que todos los delincuentes deben ir a la cárcel lo más rápido posible para disminuir el crimen y vivir en una sociedad más segura y con menos delincuencia, con violación evidente a la defensa técnica y material y también al derecho de recurrir las medidas cautelares impuestas a un imputado. Las preguntas que surgen son: ¿Qué se sanciona? ¿A quién se está sancionando?

Al respecto, un ejemplo de cómo se justifican los procesos especiales como el de flagrancia, se encuentra en sancionar como delito lo que antes era contravención, es decir, el llamado hurto menor, y es aquí donde cabe detenerse para observar el retroceso del derecho penal y procesal penal o, más bien, interpretar qué es un derecho penal "eficaz":

Antes de la reforma legal de la Ley N.º 8720 del 4 de marzo de 2009, la tentativa de hurto menor, ahora hurto simple, no era delito ni contravención, pues no existían contravenciones tentadas.

Las contravenciones por hurto iban al juzgado contravencional, y ahí normalmente se trataba de llegar a una conciliación, en virtud de que si se condenaba, se anotaba la sentencia en la hoja de delincuencia o, en su defecto, se iba a juicio considerando la teoría del caso.

Si superaba la mitad del salario base, el proceso se tramitaba en el Ministerio Público, donde normalmente se solicitaba un criterio de oportunidad por insignificancia o, en su defecto, se llevaba a cabo una audiencia de conciliación para llegar a un arreglo.

Después de la reforma de la Ley N.º 8720, desapareció la contravención de hurto y, en la actualidad, independientemente de si es tentado o consumado, así como de la cuantía, es delito, cuya persecución penal hasta hace pocos meses era no solicitar criterios de oportunidad ni permitir suspensiones del proceso a prueba, además de no poderse conciliar, pues la parte afectada no solo no se presentaba a casi ninguna audiencia, sino que manifestaba, en muchas oportunidades, que no estaba interesada en arreglar la situación, al preferir que se le castigara. Es así como el robo de una lata de atún se convierte en un juzgamiento y, si no se le da el beneficio de ejecución condicional de la pena, se convierte en prisión de un mes y hasta de tres años.

Las personas condenadas corresponden a personas humildes, de escasos recursos, en algunos casos reincidentes, y el sistema penal no les permite una medida alterna. Así, ese es un derecho penal "eficaz", dirigido a un sector social, donde los presuntos ofendidos siempre son los mismos, y el daño social no es concreto, ya que

hay un seguro que normalmente responde por pérdidas; además de que, por lo general, el delito es tentado y tiene un determinado procedimiento para ser juzgado. Pero socialmente no se cuestiona porque disminuye la delincuencia y se traduce en seguridad social; aunque esos autores en realidad no sean una amenaza para el colectivo.

Desde el 2009, con la misma reforma de Ley N.º 8720 que modificó el numeral 208 del Código Penal, se creó el procedimiento expedito para delitos de flagrancia y es ahí donde se juzgan. Cabe mencionar que algunos de los tribunales de juicio y varios de los tribunales de apelaciones han absuelto aplicando la Constitución Política y el principio de lesividad, aunque, según Hassemer (1994), se ve cada vez más borroso, al no haber antijuridicidad material ni lesividad. Pero la propia Sala Tercera es la que ha "unificado criterio", comentando que si el legislador lo estableció como delito, es tal y debe aplicarse[1]. Lo anterior evidencia la funcionalidad de la administración de la justicia penal y el criterio metódico de la ponderación de bienes de la que el autor habla.

Desde otra visión, pero siguiendo la misma lógica del derecho penal, Larrauri (2007) desarrolla un concepto creado con anterioridad, el cual tiene vigencia, es decir, empresarios morales atípicos. Usa las dos primeras palabras "para referirse a los grupos sociales que recurren al derecho penal para plasmar su visión de un problema social y que no dudan en aliarse con el Estado para conseguir imponer esta visión" (p. 57). El concepto de atípicos se agregó para referirse a grupos feministas, así:

> *[los] colectivos feministas tradicionalmente críticos respecto a la manera como el Estado trata a las mujeres han defendido la necesidad de luchar contra el Estado y han sugerido que la solución a los problemas de las mujeres debía provenir de la organización de los propios grupos de mujeres. No obstante, a su juicio, estos han operado un viraje en sus posiciones, pues cada vez recurren más al Estado en busca de protección (Larrauri, 2007, p. 57).*

Esto es lo que ha sucedido en Costa Rica, véase la Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589, del veinticinco de abril de dos mil siete, en la cual se establecieron 19 tipos penales que, en su mayoría, ya estaban penalizados de forma general en el Código Penal y, al igual que en España, se refieren a parejas heterosexuales, en virtud de que en Costa Rica, el elemento normativo del tipo penal se refiere al matrimonio y, en nuestro país, no se permite actualmente el matrimonio de personas del mismo sexo.

Ahora bien, en cuanto a las parejas del mismo sexo que se encuentran en relaciones de unión de hecho, tampoco se tutela por medio de la Ley de Penalización, pues para que se considere unión de hecho, según el numeral 242 del Código de Familia, uno de los requisitos es que esta debe ser entre hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, convirtiéndose en un artículo propio del criterio heteronormativo, discriminando de alguna manera a las parejas de lesbianas y homosexuales, como si solo en una relación de hombre y mujer puede haber violencia de género.

A partir de esta cantidad de delitos, muchos de los cuales no tienen la mejor redacción, incluso dos de ellos (maltrato y ofensas a la dignidad) fueron declarados inconstitucionales mediante la resolución 15447 de la Sala Constitucional del quince de octubre de dos mil ocho. Se puede establecer que la intervención del derecho penal mínimo no es una realidad, no solo por la cantidad de tipos penales, sino también por las penas impuestas para cada uno.

Más bien es la idea de Hassemer (1994) de ese derecho penal "eficaz", maximizado, pues el derecho penal parece que debe resolver todo, cuando en verdad no disminuye la comisión de los delitos ni resuelve problemas sociales de

desigualdad estructural, pues no tiene capacidad de solucionar, sino de castigar.

Al respecto Larrauri (2007) menciona un concepto que ya se indicó supra para explicar la gran cantidad de delitos: el populismo punitivo que pretende conseguir un objetivo inalcanzable por medio del derecho penal, el cual es para sancionar, no para responder ante un problema social.

En relación con lo anterior, se ha comentado:

> *[…] solo el derecho penal mínimo es el derecho penal de la Constitución. Y ello porque semejante propuesta es la que representa el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos cuando esa intervención se considere inevitable para responder reactivamente a las gravísimas violaciones de derechos fundamentales (Bergalli, 2010, p. 109).*

De repente habrá que cuestionarse si se está alejando de los principios de la propia Constitución cuando se crean constantemente normas penales.

Ambos autores establecen que se es consciente de los riesgos y costes de recurrir al sistema penal. Sin embargo, es el más usado al convertirse en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales. La propuesta de Larrauri (2007) es debatir cuál es el umbral de gravedad y cuáles conductas deben estar en el Código Penal, de lo contrario parece que se adopta un populismo punitivo en vez de políticas estatales de inversión para cambiar la pobreza, dependencia y precariedad de las mujeres. Se busca un derecho penal mínimo y eficaz, contrario a lo que se tiene, y Hassemer señala (1994) como el expansionismo del derecho penal.

En conclusión, la propuesta de Larrauri (2007) es válida y necesaria, no solo para el tema de violencia de género, sino como práctica cada vez que se intente promulgar una norma penal, ya que haría necesaria una revisión de las normas existentes en el Código Penal y leyes especiales, su eficacia y la necesidad de variarlas, crear otras o derogar algunas. En su defecto, deben repensarse cuáles pueden ser respuestas a ese problema social que se intenta "resolver" con el derecho penal, y si más bien sus posibles soluciones no están en otra parte, con políticas estatales focalizadas para ayudar a los grupos sociales vulnerables, incluso generando empoderamiento en la propia sociedad para que pueda buscar respuestas de autogestión distintas a los procesos penales.

Además, presenta la posibilidad de acceder y terminar la educación, de encontrar instituciones públicas que direccionen, apoyen y faciliten recursos a migrantes, niños y niñas, indígenas, mujeres, jóvenes y personas adultas mayores para encontrar un trabajo y vivienda dignos, espacios de recreación y deporte. Dispone generar políticas públicas estatales a partir de acciones afirmativas para que grupos en condición de vulnerabilidad dejen de serlo o mejoren su calidad de vida. Considero que así se democratizan más los recursos para todos y todas, pues, parafraseando al señor Fernando Cruz, la mejor política contra la criminalidad es una adecuada política social.

Bibliografía

Bergalli, R. (2010). La cuestión criminal: una aproximación pluridisciplinar. Argentina: Mar del Plata: EUDEM.

Chinchilla Calderón, R. (2010). Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica: análisis de los recientes cambios normativos. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Gracia Martín, L. (sf). Qué es modernización del derecho penal. En: P. Raymond. Antología de Seminario de la Delincuencia no Convencional de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional. Costa Rica: Universidad Nacional.

Hassemer, W. (1994). El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. (8). Recuperado de: cienciaspenalescr.com

Larrauri, E. (2007). Criminología crítica y violencia de género. Madrid, España: Editorial Trotta.

Programa Estado de la Nación. (2014). Informe Estado de la Nación n.° 20. Recuperado de: estadonacion.or.cr

Res. n.º 2013-003016 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas cinco minutos del seis de marzo de dos mil trece.

Res. n.º 956-2013, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y treinta y seis minutos del treinta y uno de julio de dos mil trece.

Constitución Política de Costa Rica. (1949).
Ley N.º 7594. (1996). Código Procesal Penal de Costa Rica con todas sus reformas. Publicada en la Gaceta 106. Costa Rica.

Ley de Penalización de Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589, del veinticinco de abril de dos mil siete. Costa Rica.

Código Familia. Ley N.º 5476 del veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y tres. Costa Rica.

Notas al pie

1. Al respecto véase el voto n.º 2013-003016 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas cinco minutos del seis de marzo de dos mil trece; en igual sentido, el voto n.º 956-2013 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y treinta y seis minutos del treinta y uno de julio de dos mil trece.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 179-185 ISSN 2215-2377 / junio 2019

MALA PRAXIS EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE: CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INTERVENCIONES ESTÉTICAS

Lic. Juan Antonio Mainieri Acuña
jamainieri@gmail.com

RESUMEN:

El presente artículo pretende analizar, desde la óptica del derecho penal, la creciente oleada de casos que son ventilados por los medios de comunicación, en donde las intervenciones estéticas sufren de resultados que lesionan la integridad física y emocional de los y las pacientes. Se analizará el concepto de mala praxis, se determinarán los alcances del consentimiento informado, y se reconsiderarán los requisitos que se deberían tener para el ejercicio de una especialidad dentro de una profesión.

PALABRAS CLAVE*: Mala praxis, consentimiento informado, consentimiento del derechohabiente.*

ABSTRACT:

This article aims to analyze, from the perspective of criminal law, the growing wave of cases that are ventilated by the media, where aesthetic interventions suffer from results that damage the physical and emotional integrity of patients. The concept of malpractice will be analyzed, the scope of informed consent will be determined, and the requirements that should be met for the exercise of a specialty within a profession will be reconsidered.

KEYWORDS: *Malpractice, informed consent, consent of the successor in title.*

Recibido 10 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

* Abogado litigante graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales, en la misma universidad.

Introducción

En los últimos meses, han salido a la luz reiterados casos[1] en donde se exponen situaciones irregulares que suceden en las clínicas estéticas de diferentes lugares del país. El común denominador consiste en los casos de pacientes que sufren lesiones o que obtienen resultados negativos, en contravención de su salud y de lo que les fue anunciado.

Las intervenciones estéticas son permitidas dentro del ordenamiento legal porque "*entra dentro del ámbito de autodeterminación de las personas y de libre desarrollo de su personalidad, lo anterior atinente al derecho de buscar una mejor imagen externa*"[2].

I. Mala praxis

Definición

Este artículo presenta el concepto de "mala praxis" en el sentido médico y no en el sentido amplio de todas las profesiones, el cual implica la falta al deber de cuidado en el ejercicio de la profesión.

> *La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de los métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la saludo o vida del paciente*[3].

Para Tiffer[4], esta falta al deber de cuidado se puede dar por el ejercicio inadecuado de la profesión, por el daño corporal producto del acto médico, por la violación de las normas adecuadas del ejercicio o de la omisión en la prestación apropiada de los servicios.

Esta falta afecta la salud, y según la Organización Mundial de la Salud, esta se define como: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"[5].

Por su parte, la mala praxis tiene los siguientes elementos[6]:

a) **imprudencia:** ausencia de moderación y razonabilidad o el descuido en la atención requerida. **b) negligencia:** equivalente al descuido u omisión. c) ignorancia: desconocimiento de la técnica médica, principios, normas técnicas y especialidad propias del conocimiento especializado. **d) impericia:** falta de habilidad, experiencia o práctica dentro de la ciencia.

II. Consentimiento informado

El consentimiento informado es: *"la anuencia libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, a efectos que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud"*[7].

Para que el consentimiento informado sea válido, la información que recibió debió ser suficiente, en donde se explica el procedimiento que se le aconseja. García Huayama[8] indica que es un derecho sui generis, ya que es una declaración de voluntad unilateral sobre su libertad constitutiva y su correspondiente ejercicio, su vida, su integridad psicosomática, su salud, su intimidad.

El paciente debe saber qué es lo que se va a realizar y los riesgos y complicaciones que eventualmente podrían surgir, por lo que el consentimiento informado debe describir el proceso al igual que el objeto, y si existen alternativas, riesgos generales y particulares a razón del paciente (patologías, intolerancias, etc.).

III. Consentimiento del derechohabiente

El artículo 26 del Código Penal de Costa Rica establece el consentimiento del derechohabiente como una causal de justificación[9], y si lo

relacionamos con el artículo 28 de la Constitución Política, podemos concluir que el Estado costarricense permite toda acción o conducta que no esté prohibida[10].

En cuanto a la salud, "*los ilícitos previstos en los artículos 123 a 125 CP requieren, como elementos típicos objetivo y subjetivo, que la lesión corporal o psíquica esté solo dirigida a menoscabar la salud*"[11]. Este fundamento que autoriza la intervención quirúrgica que beneficie la salud es atípica, a pesar del daño que el cuerpo sufre por el procedimiento.

El autor Navas Aparicio[12] enumera los requisitos de validez del consentimiento como justificante:

1. *Capacidad de comprensión y discernimiento de quien consiente.*
2. *Reconocimiento externo del consentimiento.*
3. *Precedencia del consentimiento al hecho.*
4. *Conocimiento del consentimiento por el autor del hecho.*
5. *Inexistencia de vicios en el consentimiento.*

El tratadista nacional Castillo González es partidario de la tesis de que "*el perjudicado puede consentir en un riesgo, causado por un tercero, para su vida y su integridad corporal y que, cuando ese consentimiento es válido, el hecho es típico, pero no antijurídico*"[13].

IV. Cirugía estética

La cirugía estética es parte de la categoría de la medicina que se denomina "medicina voluntaria", ya que la o el paciente acude donde un médico porque desea ser atendido, y no "necesita" su atención.

Es necesario hacer la diferencia entre obligación de medios y obligación de resultados y se puede resumir como:

> *en las obligaciones de resultado el fin-resultado al que se encamina la conducta debida por el deudor se incorpora a la prestación, mientras que, en las obligaciones de medios, el resultado debido es el despliegue de una conducta diligente para la consecución de un fin o resultado que queda fuera de la prestación debida por el deudor*[14].

Las intervenciones médicas estéticas son entonces voluntarias, por lo que existe una expectativa mayor por parte del o de la paciente, quien se somete no por necesidad, sino con el fin de obtener un resultado deseado.

V. Iatrogenia

La iatrogenia se refiere "*a las situaciones en que a partir de un acto médico surge en el o la paciente una consecuencia negativa o detrimento en su salud, ya que este efecto negativo surge debido a las características del paciente o de los riesgos inminentes a la intervención y no del actuar del profesional médico*".

[15]*Para el jurista nacional, Carlos Tiffer Sotomayor, la iatrogenia no es un concepto jurídico per se, sino que es "aquella situación que comprende los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto por cuanto, el ejercicio profesional de la medicina, existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier acto humano"*. Entonces si el actuar del médico es conforme con la lex artis, y surgen complicaciones, se tendría ese cuadro dentro de los supuestos de la iatrogenia y, por ende, no sería punible.

VI. Tipo de lesiones culposas

En Costa Rica, las lesiones sufridas a causa de la mala praxis se encuadran dentro del tipo penal de lesiones pulposas[16]. El bien jurídico tutelado es: "*daño que sufre la víctima en su integridad física o psíquica*[17]". El daño puede ser en la salud –en su definición según la OMS– y que genere una *"alteración del funcionamiento normal del organismo, ya sea en cuanto a las funciones fisiológicas o a las psíquicas"*.[18]

Pero tenemos que valorar entonces el supuesto de una intervención médica estética, en donde se hace el procedimiento a solicitud del paciente, para que le realicen una intervención que no tiene una relación con su supervivencia. La doctrina nacional ha indicado que "*cuando la víctima asume voluntariamente un peligro contra su vida o su integridad corporal causado por un tercero, se produce una disminución de las exigencias del deber de cuidado con las cuales el tercero autorizado debe tratar el riesgo para el bien jurídico*"[19]. Entonces el reproche se podría considerar menor de acuerdo con tal supuesto.

VII. ¿Ejercicio ilegal de la profesión?[20]

En Costa Rica, no hay requisito sobre el grado médico de especialidad que debe tener quien aplica un procedimiento estético.

> *(llevan) a cabo procedimientos invasivos en establecimientos que no están avalados por el Ministerio de Salud, o lo que es peor, realizados por personas que no están capacitadas para hacerlos, puede poner en riesgo la salud de los pacientes, exponiéndolos, por ejemplo, a hemorragias o infecciones, o incluso comprometer su vida*[21].

Se ha denunciado una gran cantidad de casos en donde personas no autorizadas están brindando servicios de estética. El Ministerio de Salud advierte que actualmente se están realizando dichos procedimientos en lugares inapropiados. De acuerdo con la regulación actual, las personas que realizan tales labores pueden ser sancionadas por las lesiones. Sin embargo, cabe la duda de que si las personas que se hacen presentar como especialistas en la materia se encuentran cometiendo la conducta tipificada en el artículo 322 del Código Penal:

> *Ejercicio ilegal de una profesión.*
> *Artículo 322 Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente.*

Este artículo busca tutelar que las especialidades sean realizadas por profesionales capacitados, evitando que personas no calificadas realicen tales labores.

VIII. Responsabilidad civil

En Costa Rica, en el artículo 1045, el Código Civil establece que la responsabilidad no tiene graduación independientemente del daño causado. "*Independientemente de la gravedad de la culpa, basta cualquier falta para el nacimiento de la obligación de responsabilidad civil, siempre que el comportamiento culpable esté en vinculación causal con el daño cuya indemnización se pretende*"[22].

Entonces, si se comprueba la existencia de una relación de causa-efecto de la conducta culposa del médico o de la médica y el daño sufrido por el o la paciente, el régimen de responsabilidad civil del Código Civil implica la posibilidad de una indemnización por parte de la persona responsable.

IX. Problemática actual

En los medios de comunicación, se ha informado en los últimos meses sobre la creciente cantidad de víctimas que se sometieron a procedimientos estéticos, en donde sufrieron lesiones a su integridad o, inclusive, la muerte.

El pasado 3 de noviembre de 2018, una mujer murió[23] en el Hospital San Juan de Dios, después de ingresar en estado delicado por un procedimiento estético que se realizó. Murió cuatro días después de haberse sometido a un procedimiento láser que eliminaba grasa localizada y utilizaba anestesia local.

Otro caso renombrado fue el de la presentadora Maricruz Leiva, quien sufrió de quemaduras después de someterse a una lipoescultura en una clínica privada, y por este proceso, se realizaron

allanamientos en dos clínicas, un consultorio, una estética y un laboratorio[24].

A inicios de este año, sucede otro caso cuando la modelo Lynda Díaz fue hospitalizada en la Clínica Bíblica por una complicación en sus riñones, debido a una cirugía estética.

Igualmente, a inicios de año, una mujer murió luego de una cirugía plástica en los glúteos, y a otra mujer le sucedió lo mismo hace dos años. La primera tenía 30 años; y la segunda, 33 años al momento de su muerte.

En apariencia, personas sin calificación profesional están ofreciendo y dando servicios médicos, ya que, en la mayoría de estos tratamientos, se requieren especialistas en cirugía plástica, con la especialidad para ello. Se ofrecen tratamientos a un precio más bajo y, en ocasiones, no cumplen con los requisitos establecidos por el Ministerio de Salud para el tratamiento implementado.

X. Conclusiones

1. La responsabilidad médica profesional ante el o la paciente se constituye por el hecho de no obtener el resultado pactado.

2. El resultado de una lesión a causa de una intervención estética solo se libera de responsabilidad si existe un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que haya impedido el resultado, o cualquier causa de justificación del Código Penal.

3. La reciente crecida en casos de mala praxis denunciados implica que no se está dando un apropiado consentimiento informado, ya que los y las pacientes tenían conocimiento de los eventuales riesgos.

4. Igualmente, la existencia de tantas denuncias interpuestas sucede por la implementación de procedimientos de forma equivocada, ya sea por el tratamiento en sí o por la aplicación de una forma equivocada por el médico.

5. Mediante una reforma del Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, es posible que la exigencia de un cierto grado académico provoque una responsabilidad penal adicional por el hecho de ejercer una profesión de forma ilegal.

Bibliografía

Barquero Morera, Andrés José y León Villalobos, Valeria. (2015). El consentimiento informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la Lex Artis Ad Hoc y su ausencia como generadora de responsabilidad médica. (Tesis de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Castillo González, Francisco. (2008). Derecho penal parte general. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Creus, Carlos. (1997). Derecho penal. Parte especial. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo desalma, SRL. 6ta edición.

Llobet Rodríguez, Javier. (1999). Delitos en contra de la vida y la integridad corporal: Derecho penal, parte especial I. 1ra ed. San José, C. R.: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.

Navas Aparicio, Alfonso. Código Penal de Costa Rica comentado. (1ra ed., San José, Costa Rica: A. Navas A., 2011).

Tiffer Sotomayor, Carlos. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudios sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Torrealba Navas, Federico. (2011). Responsabilidad civil. (1ra ed., San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Zúñiga Morales, Ulises, (compilador). (2014).

Código Procesal Penal. San José, Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S. A.

Revistas científicas

Arrieta Quesada, Liliana. Mal praxis médica. Medicina legal de Costa Rica. Heredia, Costa Rica, vol. 16 (1-2). http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200007

García Huayama, Juan Carlos. Responsabilidad civil médica y consentimiento. Consultado en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456243.pdf

Gómez Rufian, Lui. Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. Consultado en: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6440/8031

Sitios de Internet

https://www.who.int/suggestions/faq/es/

https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/fiscalia-allana-dos-clinicas-un-consultorio-una/2JOKSZSHYFHV5EQZRA2CDWYQAA/story/

https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/fiscalia-investiga-muerte-de-mujer-luego-de/335JVO7DTFHG7EKC464IDVXEEI/story/

https://www.elmundo.cr/allanan-clinicas-consultorio-estetica-y-laboratorio-por-mala-praxis-a-maricruz-leiva/

http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/370714/allanan-clinica-y-estetica-por-mala-praxis-a-periodista
https://www.lateja.cr/nacional/la-cirugia-estetica-en-costa-rica-vive-una/2TJELVJ5JNCPJGMXTM2AHKULLE/story/

Notas al pie

1. https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/fiscalia-allana-dos-clinicas-un-consultorio-una/2JOKSZSHYFHV5EQZRA2CDWYQAA/story/
   https://www.elmundo.cr/allanan-clinicas-consultorio-estetica-y-laboratorio-por-mala-praxis-a-maricruz-leiva/
   http://www.diarioextra.com/Noticia/detalle/370714/allanan-clinica-y-estetica-por-mala-praxis-a-periodista
   https://www.lateja.cr/nacional/la-cirugia-estetica-en-costa-rica-vive-una/2TJELVJ5JNCPJGMXTM2AHKULLE/story/
2. Llobet Rodríguez, Javier. (1999). Delitos en contra de la vida y la integridad corporal: Derecho penal, parte especial I 1ra ed. San José, C. R.: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 223.
4. Tiffer Sotomayor, Carlos. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudios sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 25.
5. https://www.who.int/suggestions/faq/es/
6. Arrieta Quesada, Liliana. Mal praxis médica. Medicina legal de Costa Rica. Heredia, Costa Rica, vol. 16 (1-2). http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00151999000200007
7. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. (2006). Derecho médico peruano. Grijley, pp. 183-184., citado por Juan Carlos García Huayama. Responsabilidad civil médica y consentimiento.
8. Juan Carlos García Huayama. Responsabilidad civil médica y consentimiento. 26.
9. ARTÍCULO 26.¬ Consentimiento del derechohabiente. No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.
10. ARTÍCULO 28.¬ Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
    Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
    No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.
11. Navas Aparicio, Alfonso. (2011). Código Penal de Costa Rica comentado. San José, CR: A. Navas A. 1ra ed.156.
12. Navas Aparicio, Alfonso. (2011). Código Penal de Costa Rica comentado. San José, CR: A. Navas A. 1ra ed. 157.
13. Castillo González, Francisco. (2008). Derecho penal, parte general. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, tomo I , 359.
14. Gómez Rufian, Lui. Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. Revista Jurídica. En: https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6440/8031
15. Barquero Morera, Andrés José y León Villalobos, Valeria. (2015). El consentimiento informado dentro de la práctica médica asistencial como elemento fundamental de la lex artis ad hoc y su ausencia como generadora de responsabilidad médica. (Tesis de Licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho. San José, Costa Rica, 47.
16. Artículo 128.¬ Lesiones culposas
    Se impondrá prisión hasta de un año, o hasta cien días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.
    En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. […].
17. Creus, Carlos. (1997). Derecho penal. Parte especial. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo desalma, SRL. 6ta edición, p. 70.
18. Llobet Rodríguez, Javier. (1999). Delitos en contra de la vida y la integridad corporal: Derecho penal, parte especial I. 1ra ed. San José, C.R.: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 217.
19. Castillo González, Francisco. (2008). Derecho penal. Parte general. Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 359.
20. Artículo 322¬. Ejercicio ilegal de una profesión. Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, al que ejerciere una profesión para la que se requiere una habilitación especial sin haber obtenido la autorización correspondiente.
21. https://www.nacion.com/el-pais/salud/personas-no-autorizadas-realizan-tratamientos-en/2VY33NQ4OFDUFIZUO7UUQVGRAQ/story/
22. Torrealba Navas, Federico. Responsabilidad civil. (1a ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2011), 203.
23. https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/fiscalia-allana-clinica-y-servicio-de-emergencias/QGNUCPYCWJF6PND5LRJBEBXXBE/story/
24. https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/fiscalia-investiga-muerte-de-mujer-luego-de/335JVO7DTFHG7EKC464IDVXEEI/story/

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 187-200 ISSN 2215-237 / junio 2019

DISEÑO INDUSTRIAL, DIBUJOS O MODELOS INDUSTRIALES

Licda. Meicer Magalli Araya Espinoza*
marayae@poder-judicial.go.cr

.

El diseño es donde la ciencia y el arte empatan.
Robin Mathew

RESUMEN:

Muchos autores consideran que en el mundo moderno es inconcebible pensar en la industria sin el diseño industrial; y al diseño industrial, sin protección. El problema radica en las dificultades que con frecuencia se presentan para materializar esa tutela por parte de los distintos ordenamientos en un mundo globalizado, donde los conflictos transcienden las fronteras, y las mismas especificidades, con frecuencia, por el dinamismo de la sociedad misma, se quedan cortas para dar respuestas. Frente a este cuadro fáctico, discretamente se incursionará en el mundo del diseño y, concretamente, en el diseño "industrial" y su regulación no solo en la legislación costarricense, sino también dando un vistazo a algunos tratados y convenciones que clarifican el panorama.

PALABRAS CLAVE*: Diseño industria, dibujos industriales, modelos industriales, creaciones estéticas, producto, procedimiento, sistema de acumulación.*

Industrial design, drawings or industrial models

ABSTRACT:

Many authors consider that in the modern world it is inconceivable to think of industry without industrial design; and unprotected industrial design. The problem lies in the difficulties that are often presented to materialize this guardianship by the different ordinations in a globalized world, where conflicts transcend borders, and the same specificities, often, by the dynamism of society itself are short to give answers. In front of this factual painting, discreetly will venture in the design world and specifically in the "industrial" design, and its regulation not only in Costa Rican legislation, but also by taking a look at some treaties and conventions that clarify the panorama.

KEYWORDS: *: Industrial design, industrial drawing, industrial models, creations aesthetic, product, procedure, accumulation system.*

Recibido 15 abril 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Licenciada en Derecho, egresada de la Universidad Latina de Costa Rica. Egresada de la Escuela Judicial de Costa Rica del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura FIAJ , Egresada de la Universidad Nacional de Costa Rica como Master en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico con Énfasis en Administración de Justicia Civil . Abogada litigante, actualmente me desempeño como Jueza de la República

I. Introducción

El tema del diseño industrial está íntimamente relacionado con la creatividad y la estética del producto. Es una de las mejores armas para competir en el mercado nacional e internacional, porque a igual o similar calidad, finalidad y precio, la persona consumidora se inclinará por elegir aquel producto que le resulte más llamativo, más atractivo, entiéndase, aquel que de primera entrada deleite sus sentidos.

Lo anterior hace que el asunto trascienda del ámbito individual a la esfera social, requiriendo finalmente protección en el campo jurídico, no por el hecho de ser creaciones, ni por su funcionalidad o fortaleza para calar en el gusto de una persona compradora, sino porque son creación del intelecto humano, susceptibles de valoración pecuniaria, están dentro del espacio de protección de la propiedad intelectual y, más específicamente, la propiedad industrial, concediéndole a su titular el derecho a reclamar tutela efectiva, porque esa apariencia, manifestación exterior, innovación en diseño, que puede o no ser estética, útil o funcional, hace que un producto en el mercado pueda posesionarse con más facilidad y fuerza. Esto implica cuantiosas inversiones económicas o de talento humano que realiza el creador –ya sea porque de forma directa materializa el diseño o porque contrata a un tercero– y que, en un mercado global tan competitivo, requieren amparo jurídico.

Frente a este cuadro fáctico, se desarrolla una investigación que aspira a que la persona lectora pueda apropiarse de los conceptos básicos, conocer el marco legal que la legislación costarricense ofrece en comparación con los avances que se han dado en otras esferas internacionales, así como despertar el interés en el estudio de tratados y convenios que hemos suscritos.

II. Antecedentes históricos

La historia nos enseña que, desde la aparición de los primeros homínidos, se revelan habilidades creativas. El homo sapiens poseía destrezas que le permitieron crear. A partir de la observación, aprendió a diseñar y construir distintos elementos que necesitaban para sobrevivir y mejorar la fuerza de trabajo de forma directa.

Por su parte, el nacimiento del diseño industrial se ubica en la época de la Revolución Industrial y tiene como principal característica que, además de la intervención del ingenio, la planificación previa, el estudio, entre otros, tiene la intervención de la industria y la máquina.

Como su nombre lo dice, en este período, es cuando nace la industria y se introduce la máquina que viene a sustituir al artesano –la persona que diseñaba y producía– e inicia la era de la producción y la fabricación, la mecanización del trabajo.

> *La Revolución Industrial significó que el desarrollo basado en el trabajo manual se reemplazó por la industria y la manufactura, y trajo consigo una serie de beneficios y perjuicios. La industrial textil y el hierro fueron la punta de lanza de la revolución. (https://www.paxala.com/la-revolucion-industrial/) .*

Pero, es en el siglo XIX, cuando se une la tecnología industrial con la estética, por lo que generó que hoy en día, en el ámbito económico y comercial, el diseño industrial tenga una gran importancia y signifique un importante aporte en la evolución de algunos países.

III. Concepto

Antes de conceptualizar los diseños industriales en su especificidad, debemos partir de la generalidad de la noción de diseño y debemos ubicarlo en el espacio y el tiempo para luego delimitarlo.

El diseño como tal, sea o no industrial, no forma parte de la cadena de producción ni tampoco de la comercialización, pero en conjunto (diseño,

producción y comercialización) son importantes y necesarios. Los modelos, dibujos o diseños se ubican en la etapa previa de producción, la capacidad creativa e innovadora de la persona diseñadora debe fijar primero los detalles del producto.

El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española define la palabra diseño:

> *1. f. Diseño que se hace para la fabricación de un edificio u otra obra/ 2. f. Plan para realizar un fin / 3. f. Invención, arbitrio, recurso.*

Y en palabras de Christopher Mare: "diseñar en su forma más general, es el arte de lo posible. En su expresión más potente, diseño es imaginar a alumbrar nuevos mundos. Podríamos decir que el diseño es una actividad muy humana" (2016). Entonces, diseñar es el arte de lo posible, es invención, un plan, un acto de creación que descansa en el poder de ingenio e innovación que el ser humano tiene para crear lo nuevo y mejorar lo que existe y, concretamente, en el ámbito industrial, se desarrolla previo a la producción y la fabricación o a la mejora del soporte que lo contiene.

Se desprende de la doctrina que, respecto al tema sobre el diseño industrial, hay varias posiciones y formas de denominarlo, explicarlo y estudiarlo, y las legislaciones lo norman dependiendo de la concepción que manejen. Este estudio se limitará (desde la perspectiva de la denominación) a dos visiones.

Primero, la denominación clásica que adopta la división entre dibujo y modelo como especie (adoptada por la legislación española) y diseño industrial como el género donde:

> *1. El dibujo industrial tiene forma bidimensional y es toda combinación de figuras, colores o líneas que se incorporen a un producto industrial con propósitos de ornato y que den un aspecto particular.*
>
> *2. El modelo industrial es toda forma tridimensional que sirva de patrón para la fabricación de un producto industrial que le dé apariencia especial.*

Por otro lado, se halla la tendencia moderna que se inclina por la denominación de diseño industrial sin hacer distinciones entre dibujo o modelo. Esta designación parece más acertada, pues permite que se proteja una gama más amplia de creaciones que no se circunscriben al concepto de modelos o los dibujos y que van más allá de la orientación bidimensional o tridimensional, donde diseñar es crear todo aquello que se le ocurra al ingenio humano, incluyendo texturas, movimientos y, muy recientemente, la materialización del diseño en cuarta dimensión.

Indistintamente de la denominación que se adopte y tratando de conceptualizarlo, se utiliza el diseño industrial para designar la forma proyectada para los objetos de uso que serán fabricados en serie (Otero, 213, p. 384); es decir, producción de diseño estandarizado que replica la muestra en masa. Sin embargo, el autor considera que la mención del término industrial es inexacta, porque no incluye las obras de la artesanía, pese a que también son objeto de protección dentro de la gama de los diseños en propiedad industrial.
Por su parte, la oficina de patentes y marcas de España lo define así:

> *Es la apariencia de una parte o de la totalidad de un producto que deriva de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación.*

Por tanto, podemos concluir que el diseño industrial o artesanal es una actividad humana que implica aquella innovación orientada en la apariencia, de carácter estético u ornamental realizada sobre o para un determinado producto en particular, respecto a las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación.

IV. Diseño industrial, definición legal

En la legislación costarricense, el tema en estudio se encuentra regulado únicamente en dos normas que están contenidas en la Ley N.° 6867[1] denominada Patentes Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos Utilidad.
En el artículo 25, la definición dibujos y modelos industriales es la siguiente:

> *1. Para los efectos de la presente ley, se considerará dibujo industrial toda reunión de líneas o de colores, modelo industrial toda forma plástica, asociada o no a líneas o colores, siempre que esa reunión o esa forma dé una apariencia especial a un producto industrial o de artesanía y pueda servir de tipo para su fabricación.*

De acuerdo con lo anterior, podemos extraer que, a diferencia de la española, nuestra legislación hace una distinción no solo en la denominación, sino también en el contenido, entre lo que es un dibujo y un modelo industrial y no hace referencia al concepto de diseño industrial.

Lo anterior es lógico de entender y podemos alegar a favor del ordenamiento nacional que esta ley data de 1983, mientras que el concepto de diseño industrial se puso en boga en los países europeos en los años 2000 y, pese a su "modernidad", sigue quedándose corto ante una modernidad líquida (concepto atribuido a Zygmunt Bauman) que no permite que los conceptos se solidifiquen. Esto conlleva la exclusión de la protección de muchas manifestaciones creativas.

En Costa Rica, según la norma en estudio lo establece, los dibujos protegen la esfera bidimensional (líneas y colores) y los modelos; es decir, el contexto tridimensional (forma del artículo), obviamente haciendo referencia al aspecto ornamental o estético, con la particularidad de que no se limita a la producción industrial, sino que amplía su fuero de protección, incluyendo el producto que se fabrica de forma artesanal.

Sin embargo, la norma tiene un agravante, si se aplica una interpretación literal, se podría incurrir en el pecado de limitar el modelo (soporte material)[2] a aquellos que tengan forma plástica, borrando del horizonte toda la variedad de materiales que se han inventado en la industria y que, de forma práctica, sirven para materializar los modelos.

De allí surge la importancia del trabajo que le corresponde realizar a la persona jugadora al aplicar de forma integral los métodos de interpretación jurídica, de la mano con los principios constitucionales y los tratados internacionales que permiten materializar una tutela efectiva a cada caso concreto.

Por su parte, el numeral 26 instituye el espacio de protección a nivel registral y la materia excluida de inscripción:

> *1.- Los dibujos y modelos industriales nuevos y originales obtenidos independientemente serán protegidos por esta ley.*
> *2.- No se registrarán los dibujos o modelos contrarios al orden público, la moral o las buenas costumbres, a condición de que estas excepciones no atenten, de manera injustificable, contra la explotación normal de los dibujos y modelos industriales protegidos, ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del dibujo o modelo protegido; se tendrán en cuenta los intereses legítimos de terceros.*

Lo anterior significa que deben haberse obtenido de forma independiente los dibujos y los modelos industriales; es decir, que no dependen de otro modelo o diseño, pero además deben ser nuevos y originales.

La Sala Primera, replicando la información que ofrece la Organización Mundial de la Propiedad intelectual, indica que:

> *Los dibujos, diseños, o modelos industriales constituyen el aspecto ornamental o estético de un bien. La estética es uno de los principales factores, además del precio, que influye en la preferencia de los consumidores por uno u otro producto. Por consiguiente, al registrar sus modelos industriales, los fabricantes protegen, de hecho, uno de los elementos distintivos determinantes para el éxito del producto en el mercado. Pueden consistir en rasgos tridimensionales, como la forma o superficie; o bien, bidimensionales: los diseños, las líneas o el color. Se aplican a una amplia gama de productos de la industria y artesanía, v.gr. relojes, joyas, prendas de moda, instrumentos técnicos, médicos, electrodomésticos, muebles, aparatos eléctricos, vehículos, estructuras arquitectónicas, estampados textiles, bienes recreativos, juguetes, accesorios para animales domésticos, etc. (Sentencia n.º 00883, expediente n.º 09-002712-1027-CA, fecha: 28/07/2011, hora: 09:05:00 a.m.)*

De la mano con la legislación y la creación jurisprudencial nacional, es importante traer a estudio las distintas disertaciones que se han formulado en el ámbito internacional, por ejemplo, en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[3] y, sobre todo, en el Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de América Latina, celebrado en Antigua, Guatemala, en octubre de 2004[4], donde se concluyó que los dibujos y diseños:

> *[…] consiste en la apariencia que tiene un producto, sea en parte o en su totalidad, derivada de sus características de línea, configuración, color, forma, textura o material del producto en sí o de su ornamentación (artículo 3 RD[5]C). Así, el diseño, en tanto que aspecto que se aplica a un producto o a una parte de este, ha de poder ser percibido por los sentidos de manera visible o táctil. Es irrelevante su valor estético o funcional, o si va a ser decisivo para incrementar las ventas de ese producto. Es de destacar que en esta misma norma también se define el término "producto". Al hacerlo, el legislador comunitario ha querido resaltar en el ámbito del diseño no solo la existencia de una creación inmaterial que debe ser protegida, sino también su necesaria traducción en un soporte físico.*

Como puede verse, el concepto es mucho más amplio y, a la vez, específico, deja muy claro que estamos en la esfera de la apariencia de un producto (lo que se protege es el ámbito exterior, lo que se deja ver[6]) que lo distinga de los demás, que le dé ese carácter diferenciador, innovador y original.

Como Otero Lastres explica (2013), para obtener la protección, es preciso que el diseño se diferencie de los demás en un momento determinado (principio de diferenciación) (p. 369) que lo haga especial frente a los consumidores.

El reglamento del Consejo de la Unión Europea también detalla que la protección no se limita a la totalidad. Esto significa que la innovación puede recaer sobre un diseño o modelo que ya existía; pero que en parte está siendo remozado con un detalle innovador en los siguientes aspectos: 1) las líneas, 2) los contornos, 2) los colores, 3) la forma, 4) la textura, 5) los materiales que dan soporte al producto o que lo ornamenta (en forma conjunta o separada de estos elementos), o en un diseño nuevo, lo cual es una visión muy fresca desde la óptica legal, pues asume que el diseño no es un arte estático y, como tal, al ser dinámico, debe ser tutelado, y además se protege el valor agregado que le concede al producto un ámbito económico. Así mismo, agrega un elemento de vital importancia que, aunque se considere como notorio, muchas veces es obviado en las legislaciones, es el hecho de que, para ser protegida por el derecho, esa innovación debe ser percibida por los sentidos de manera visible

(en soporte material o virtual) o táctil, lo cual radica en el hecho de que el diseño […] se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o en su ornamentación. (Otero, 2013, p. 365).

Nótese que el reglamento en estudio, puntualmente, respecto al diseño, no hace mención del adjetivo industrial, porque este lo reserva para ser abordado cuando conceptualiza el término producto. Tampoco centra su atención en el valor estético (una condición de belleza del dibujo o modelo) o funcional, sino que pone el énfasis en la protección que debe brindar a la creación inmaterial y al soporte físico que la contiene; es decir, el producto que, desde el punto de vista comercial, contiene un valor añadido al surtir un efecto en el consumidor (en razón de su funcionalidad, por su efecto ornamental o ambas).

En resumen, desde la perspectiva de la legislación comunitaria europea, el diseño protege esa creación inmaterial susceptible de apreciación económica (la apariencia, lo que se deja ver), pero también tutela el valor añadido que esta le concede al producto desde el punto de vista comercial.

Y con vista en el razonamiento que la Sala Primera realiza, agregamos que, en nuestro país, el dibujo o modelo para ser objeto de protección requiere ser nuevo[7] u original; es decir, en gran medida, diferentes de otros conocidos o de combinaciones de ellos.

Y en relación con el ámbito de protección, este fallo agrega:

> 1. *La protección solo es para los modelos que se apliquen o que estén integrados en bienes o productos.*
> 2. *Por lo general, solo se contempla la protección de diseños que puedan utilizarse en la industria o que pueda realizarse su producción a gran escala, razón por la cual recibe el calificativo de "industrial".*
> 3. *Lo que otorga un diseño o modelo industrial es el derecho a proteger las características originales, ornamentales y no funcionales de los productos, derivadas de la actividad de diseñar.*
> 4. *Esa protección y la consecuente retribución a los creadores representan un incentivo para efectuar inversiones en actividades de diseño. Precisamente, se afirma que una de sus finalidades básicas es fomentar la actividad de diseño para la elaboración de productos*[8].

V. *Requisitos de los modelos y diseños industriales*

Como lo hemos venido adelantando, la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad establece en el artículo 26 que todo dibujo, modelo industrial o artesanal para su inscripción (concesión) deben cumplir con tres requisitos cumulativos:

1. Ser nuevos
2. Ser originales
3. Al haberse obtenido independientemente, serán protegidos por esta ley.

La novedad es un criterio objetivo que no depende de si el dibujo o modelo es el resultado de una creación independiente o de una copia, sino de la no divulgación de otro igual o con pequeñas diferencias, antes de una fecha establecida (Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina); es decir, que la divulgación es importante para determinar su novedad.

Se refiere a que no debe haberse presentado otro diseño idéntico antes de la fecha de presentación de registro (o de la fecha de prioridad aplicable), es un asunto de publicidad ante terceros, lo que significa que no debe haber sido accesible o divulgado previamente, en el entendido de que la divulgación debe ser relevante para que afecte la novedad.

Será original cuando su aspecto exterior se derive de un esfuerzo creativo individual del creador y no implique un nuevo cambio de colorido o forma de modelos o dibujos ya conocidos. (Villavicencio, 2011, p. 55).

El aspecto de independencia se materializa cuando el modelo o dibujo no sea una copia o como consecuencia del diseño realizado por otra persona.

Otro requisito importante para que el dibujo o modelo sea reconocido y que nuestra legislación no menciona de forma directa; pero que se replica mucho en la doctrina, es el de visibilidad, por lo que los diseños industriales deben ser visualmente perceptibles a los sentidos.

VI. Titularidad del dibujo o modelo

La titularidad sobre el diseño se fragmenta en dos direcciones dependiendo de su naturaleza.

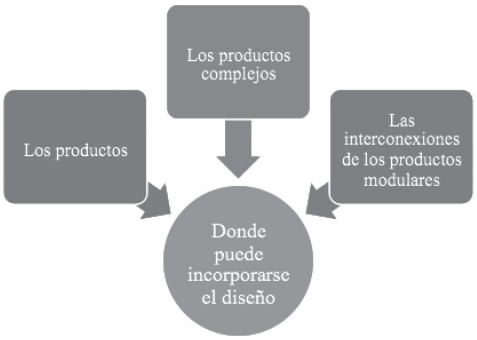
1. La titularidad sobre las facultades personales (derechos morales) corresponden a la persona autora del diseño o a quien corresponda cuando sea el resultado de una actividad propia o financiada. Desde este perfil, lo que se tutela es la paternidad y la integridad del dibujo o modelo y, consecuentemente, concede el derecho de oposición al reconocimiento de estos derechos morales ante las terceras y los terceros que pretendan adjudicárselos sin ser las personas legítimas creadoras.

2. La que cobija el contenido patrimonial que se traduce en los derechos que el ordenamiento jurídico le concede a favor de la persona creadora a fin de que solicite la concesión del dibujo, la utilización, la explotación y los derechos de defensa para prohibir la utilización por parte de las terceras y los terceros.

VII. Clases de soportes materiales

Este tema se refiere a los productos en los que el diseño puede hacerse sensible, y es en la legislación y la doctrina española donde mejor se aborda.

Continuando con el estudio realizado por el profesor Otero Lastres, debemos indicar que los soportes materiales son los siguientes:



Según la Ley Española de Diseño (apartado 2 del artículo 1) el producto es "Todo artículo industrial o artesanal, incluidas, entre otras cosas, las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas informáticos".

Este artículo sigue la misma línea que hemos venido analizando, en el entendido de que ese soporte puede referirse a la totalidad del diseño o a la innovación en una parte de este, y será industrial cuando estamos frente a una producción estandarizada en masa o artesanal, cuando los productos finales no son exactamente iguales, repetibles, pero sí presentan una apariencia similar.

El "producto complejo" (regulado en el apartado c) de la misma norma) sea artesanal o industrial está "constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto". Se diferencia del producto particular en que está compuesto por múltiples unidades: 1) armables, 2) desmontables

y 3) reemplazable (características que deben concurrir de forma simultánea) que solo serán registrables cuando una vez incorporado al producto complejo, siga siendo visible durante la utilización normal o cuando se refiera el diseño al producto complejo como un todo.

Por su parte, en las interconexiones de los productos modulares (por ejemplo los productos Lego) solamente se protege lo que no es puramente la interconexión; es decir, la tutela será respecto de los diseños que permitan el ensamble, la conexión múltiple de productos mutuamente intercambiables dentro de un sistema modular. (Otero, 2013, p. 378).

.

VIII. Clases de dibujos y diseños

En el artículo 1.2 del Reglamento sobre Diseños Comunitarios, se tutelan dos tipos de dibujos o modelos comunitarios:

1. El dibujo o modelo no registrado.
2. El dibujo o modelo registrado.

En Costa Rica, no se contempla la protección a los dibujos y modelos industriales no registrados, únicamente existe referencia puntual respecto a los registrados en el numeral 30 de la Ley 6867, donde se establece que la duración del registro de un dibujo o modelo es de diez años, y en el voto que hemos venido analizando, la Sala Primera aclara que, una vez transcurrido el plazo, la invención pasa a formar parte del dominio público, y su titular deja de tener derechos exclusivos respecto de la invención.

El tiempo mencionado es el mismo que se contempla en el ordinal 26 de la ADPIVC, y, en esta línea, la Sala Primera continúa coligiendo:

> *[…] el inciso 3 del artículo 26 del ADPIC es claro al establecer que la duración de la protección otorgada equivaldrá a diez años como mínimo, y la palabra "otorgada" dentro del contexto de la totalidad del artículo 26 del ADPIC,* ***está dirigida a regular los alcances de los derechos que tiene el titular de un dibujo o modelo industrial protegido, derechos cuya obtención está condicionada a su inscripción en el registro.*** *(Lo resaltado no es del original).*

Sin embargo, tal como lo veremos más adelante, los dibujos y los modelos industriales cuando se clasifican como obras de arte pueden recibir protección en virtud del derecho de autor (si alcanza un alto nivel de creatividad y originalidad que le permita ser considerada como una creación artística) sin necesidad de inscripción, pues el modo de adquisición de la protección de la obra es automático y no requiere del cumplimiento de ninguna formalidad.

IX. Procedimiento de inscripción y derechos conferidos

Importa recordar en este orden de ideas que, tal como la Sala Primera lo puntualiza, y lo hemos repetido varias veces, para que los derechos que tiene el titular de un dibujo o modelo industrial sean tutelados, es necesario que se encuentren registrados.

Con respecto al procedimiento, someramente mencionaré los pasos a seguir a efecto de que se comprendan cuál es el análisis y el camino que una solicitud debe recorrer y superar en sede administrativa.

La información que, a continuación se transcribe, es con vista en la página del Registro de la Propiedad Industrial, en aplicación de la ley en estudio, el reglamento a la ley y la práctica registral.

La persona que desee inscribir un dibujo o modelo industrial debe presentar la respectiva solicitud[10] al Registro de Propiedad Industrial. El registro realiza un examen de forma para verificar si cumple con todos los requisitos exigidos por ley, a falta de algún documento o información adicional, se emite la respectiva prevención,

concediendo treinta días a la persona interesada para el respectivo cumplimiento.

Si todo está en regla, se realiza la respectiva publicación del edicto de publicación, el cual debe presentarse tres veces consecutivas en La Gaceta y, por una única vez, en un periódico de circulación nacional.

El plazo de oposición para el tercero es de tres meses, y se empieza a computar desde el día en que se realizó la primera publicación en el diario oficial. Si se presenta alguna oposición, se le da traslado por un mes al o a la solicitante para que conteste. Cumplido este, se debe dictar la respectiva resolución, la cual debe estar debidamente motivada.

Si se rechaza la oposición, le corresponderá a la persona registradora realizar un examen de fondo de la solicitud, el cual se fundamenta en las prácticas registrales con sustento en las disposiciones de la Ley de Patentes.

Superada esa etapa, se registra (la concesión), el respectivo diseño o modelo y se publica en La Gaceta y, con ello, –apropiándonos por su claridad– de lo que menciona la legislación española, de la mano con la jurisprudencia nacional y la legislación analizada y con vista en el artículo 16 de la Ley 6867, el titular en el territorio nacional[11] adquiere:

1. El derecho exclusivo de ejecutar, fabricar, producir, vender, utilizar y explotar el objeto sobre el que recaiga: el modelo o el dibujo (art. 165 Estatuto de Propiedad Industrial de España[12]).
2. El derecho a defender, impedir o poner fin a la explotación comercial o la copia del diseño industrial que realice un tercero.
3. Otorga la posibilidad de conceder una licencia o de vender la protección a otra empresa o un particular.
4. Recompensa la creatividad porque estimula las mejoras de los productos, refuerza la competitividad y otorga beneficios económicos.
5. Fortalecer la marca.

No podrán registrarse:

1. Los dibujos o modelos contrarios al orden público, la moral o las buenas costumbres, a condición de que estas excepciones no atenten, de manera injustificable, contra la explotación normal de los dibujos y los modelos industriales protegidos, ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del dibujo o modelo protegido; se tendrán en cuenta los intereses legítimos de terceros.
2. Diseños que lleven símbolos o emblemas oficiales (como la bandera nacional).
3. Los que no cumplan los requisitos de novedad, originalidad y que hayan sido obtenidos independientemente.
4. Los diseños que respondan exclusivamente a la función técnica de un producto (porque lo que se protege es la apariencia, lo que salta a la vista).

Para concluir este apartado, es necesario recalcar que la importancia de proteger[13] y registrar el diseño radica no solo en regular los alcances de los derechos que tiene el titular de un dibujo o modelo industrial protegido, sino también por el valor comercial del producto, pues al sustentarse en un tema de la apariencia que le otorga particularidad, el diseño – replicando a Otero Lastres– se ha erigido en uno de los instrumentos más eficaces para la comercialización de productos industriales (2013, p. 362), pues hacen que un producto sea atractivo a los ojos de los clientes, y a esto agregamos dos factores más que la OMPI menciona en su página oficial:

1. La protección de un dibujo o modelo industrial ayuda a incrementar el rendimiento del capital invertido. Un sistema eficaz de protección beneficia asimismo a los consumidores y al público en general, pues fomenta la competencia leal y las prácticas comerciales honestas.

2. La protección de los dibujos y los modelos industriales contribuye a fomentar el

desarrollo económico, alentando la creatividad en los sectores industriales y manufactureros, y contribuye a la expansión de la actividad comercial y al fomento de la exportación de productos nacionales.

X. *Diferencia entre diseño industrial y otras formas de propiedad intelectual*

Tal como se ha venido estudiando, con respaldo en la información que la OMPI brinda, el diseño industrial protege una invención creativa, pero orientada solo en el aspecto o las características estéticas de un producto, lo que en un principio, se denomina la apariencia o el aspecto exterior que puede ser meramente ornamental, funcional o las dos cosas. Por su parte, la patente protege una invención que ofrece un resultado, una nueva solución técnica a un problema (aprovechamiento de ese descubrimiento técnico para su utilización).

Respecto al modelo de utilidad y su diferencia con el industrial, se debe recordar que el segundo protege la forma incorporada que confiere un carácter estético y/o ornamental, mientras que el modelo de utilidad centra su protección en la optimización de la función para el cual están concebidos un objeto, una herramienta, utensilio o dispositivo que permitan una mejor función o una función especial para su uso.

> *Los problemas se plantean cuando el diseño es la apariencia funcional de un producto o, a la vez, la apariencia ornamental y funcional. En tal caso, ya no se está ante creaciones puramente estéticas, sino ante formas funcionales (Otero 2008, p. 225).*

En estos supuestos, la solución que da la legislación española es que, si la protección es respecto al modelo de utilidad, no podrá recibir la protección del diseño respecto a las características de apariencia. En lenguaje sencillo, un modelo de utilidad nunca podrá ser protegido como diseño; pero cada uno de los derechos sí podría ser protegido por separado, dependiendo del sistema de protección que adopte cada país.
Cuando convergen ambos elementos, apariencia y función técnica, para determinar cuál es el derecho a proteger, basta con establecer si la forma es separable del efecto técnico producido, las características de apariencia funcionales, pero no necesarias, si eso es posible la creación, podrán ser protegidas como diseño industrial. Por el contrario, si en una apariencia funcional, la forma es inseparable de la función técnica, la creación de forma no podrá ser protegida en modo alguno como diseño industrial. (Otero, 2008, p. 227).

Con relación a las obras de arte, los diseños industriales guardan estrecha relación, ya que pueden ser considerados una forma de expresión artística cuando responden a una preocupación estética de la persona creadora; pero independientemente del factor estético o funcional, el dibujo o modelo no se centra en estos elementos, pues como se estudió supra, podría ser estético sin ser funcional o a la inversa. Podría se funcional sin necesidad de cumplir con cuestiones ornamentales, pues el diseño se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto con independencia del nivel artístico.

> *Sin embargo, aunque se considere una expresión artística, el hecho de que el diseño industrial esté incorporado en la forma de un objeto funcional plantea la necesidad de decidir qué es lo susceptible de protección por propiedad intelectual, el aspecto funcional o el aspecto artístico, o si ambos pueden gozar de protección al mismo tiempo. (Novena Sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas).*

Ante esta encrucijada, el profesor Otero Lastres (2008) en su ensayo *Reflexiones sobre el derecho industrial* indica que hay que deslindar el diseño propiamente dicho de la "obra de arte aplicado a la industria" o "diseño artístico y, para ello,

es necesario aplicar criterios cualitativos y cuantitativos y, además, hay que definir el régimen de protección

Otro derecho de propiedad intelectual es la marca y los signos distintivos, los cuales cumplen una función identificadora transmitiendo información sobre la identidad y la calidad comercial, ya sea de la empresa, la actividad, los servicios, los bienes, entre otros. Nótese que evidentemente la esfera de protección es diferente. Si bien es cierto, ambas tienen funciones en el ámbito económico, estas se enfocan en la apariencia visible que en el exterior presenta un producto y que lo hace estéticamente más atractivo para los posibles compradores.

XI. Sistemas de protección cuando en una creación convergen distintas categorías de propiedad intelectual

Puede suceder que una misma creación del intelecto comparta características comunes de las distintas categorías protegidas por la propiedad intelectual.

En esos supuestos, la cuestión por resolver es cuál sistema de protección debe prevalecer, pero antes de continuar, debe quedar claro que este dependerá de la política legislativa que adopte cada país. Aquí simplemente nos limitamos a conceptualizar cada uno de ellos.

Los tres sistemas de protección que existen son los siguientes:

1. El sistema de la no acumulación
2. El sistema de la acumulación absoluta
3. El sistema de la acumulación restringida

1. El sistema de la no acumulación establece que no se puede acumular en una misma creación la protección de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial, por lo que, en estos casos, le corresponde al creador elegir una de las dos opciones. Por ejemplo, Otero Lastres (2008) indica que, si el destino es industrial, la creación, aunque tenga nivel artístico, solo puede ser protegida a través de la propiedad industrial (p. 228).

2. El sistema de la acumulación absoluta: se basa en la "teoría de la unidad del arte", por lo que, si una creación goza de características de los derechos de autor y de propiedad industrial simultáneamente en cualquiera de sus manifestaciones, la obra estará protegida por la cobija de la propiedad intelectual como un todo, sea propiedad intelectual y propiedad industrial (cuando solicita la respectiva inscripción registral[14]).

Continuando con el estudio realizado por el autor supra mencionado, específicamente la "teoría de la unidad del arte" se manifiesta cuando, ante la imposibilidad de encontrar un criterio que permita distinguir cuándo una creación es una obra de arte y cuándo no lo es, se proclama que "el arte es uno y todo es arte" (p. 228).

3. El sistema de la acumulación restringida: en este sistema es factible que la determinada creación tenga una protección acumulada, específicamente con la categoría intermedia de las obras de arte aplicadas a la industria, las cuales se protegen por ambas legislaciones, en la medida que el autor de la obra de arte aplicado solicita el registro como diseño.

XII Conclusiones

La finalidad del diseño industrial o artesanal, además de que protege el ingenio creativo, esa inmaterialidad persigue que el producto que se ofrece en los mercados sea más deseable a los ojos de la persona consumidora (sin perjuicio de la funcionalidad), de forma tal que, a la hora de elegir, se decante por aquel que llamó más su atención. Eso significa que el producto se vuelve más competitivo y, por su puesto, más rentable para el productor en el mercado.

La Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad

de Costa Rica presenta una serie de conceptos totalmente desactualizados que no responden a la realidad del país y, mucho menos, a la que se presenta más allá de nuestras fronteras.

Dicha ley y su respectivo reglamento resultan, después de más de treinta años de vida, por mucho obsoletos, y urge que, en nuestro país, se realice una reforma profunda que proteja las invenciones creativas que derivan del diseño; pero, sobre todo, el valor comercial como uno de los instrumentos más eficaces para la comercialización de productos industriales y artesanales.

Hace falta a nivel registral un procedimiento claro que no requiera de la aplicación por analogía de otras normas que suplan los grandes vacíos a los que los registradores se tienen que enfrentar en cada caso concreto; pero, especialmente, hace falta una normativa integral que siente las bases sobre el tema.

XIII. Referencias bibliográficas

Libros

- Mare, C. (2016.). ¿ Qué es diseño? EcoHabitar.
- Otero, J. (201). Manual de la propiedad industrial. Madrid, España: Marcial Pons, p. 364.
- Ramírez, C. (enero de 2013). Obtenido de Diseños industriales: Diferencia entre dibujo industrial y modelo industrial: https:// ramirezesteves.com/

Revistas

- Villavicencio, L. (2011). Redefinición del sistema de registro para los diseños industriales en Costa Rica. Derecho en Sociedad, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ILACID, 54 - 61.

Diccionarios y documentos en línea en páginas web

- Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. Novena sesión, Ginebra, 11 a 15 de noviembre de 2002. Recuperado el 5 de febrero de 2018 de http:// www.wipo.int/portal/es/.
- Conozca la propiedad industrial, Recuperado el 2 de febrero de 2018 de http://www. registronacional.go.cr/propiedad_ industrial/documentos/fasciculos%20 propiedad%20industrial/RN-1%20 Conozcamos%20sobre%20Propiedad%20 Intelectual.pdf
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Recuperado el 2 de febrero de 2018 de http://dle.rae. es/?id=aY0DN51|aY9hlGc
- Diseño industrial: historia y evolución. Recuperado el 2 de febrero de 2018 de mhttp://grupocarman.com/blog/diseno-industrial-historia-y-evolucion/
- Ramírez, C. (enero de 2013). Obtenido de diseños industriales: diferencia entre dibujo industrial y modelo industrial: https:// ramirezesteves.com/
- La Revolución Industrial. Recuperado el 2 de febrero de 2018 de https://www.paxala. com/la-revolucion-industrial/
- Registro de Propiedad Industrial disponible en http://www.registronacional.go.cr/ propiedad_industrial/index.htm
- Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina. Celebrado en Antigua, Guatemala en octubre de 2004. Recuperado el 27 de enero del 2008 de
- http://www.wipo.int/edocs/mdocs/ mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_ lac_04_9.pdf
- Otero, J. Reflexiones sobre el diseño Industrial. Recuperado el 1 de febrero de 2018 de https://dspace.uah.es/dspace/ bitstream/handle/10017/6417/reflexiones_ otero_AFDUA_2008.pdf?sequence=1
- La protección jurídica del diseño industrial. Oficina Española de Patentes y Marcas. La importancia de proteger una creación de diseño. Recuperado el 2 de febrero de 2008 de http://www.wipo.int/edocs/mdocs/ mdocs/es/wipo_dm_sym_bue_07/wipo_ dm_sym_bue_07_www_78205.pdf

- Zygmunt Bauman y la sociedad líquida. Recuperado el 4 de febrero de 2018 de https://www.revistaesfinge.com/filosofia/corrientes-de-pensamiento/item/757-56zygmunt-bauman-y-la-sociedad-liquida

Normativas nacional e internacional

- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Recuperado el 24 de enero de 2018 de http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515
- Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad de Costa Rica, Ley N.° 6867.
- Reglamento (CE) n.º 6/2002 que el Consejo de la Unión Europea adoptó sobre los dibujos y modelos comunitarios del 12 de diciembre de 2001. Recuperado el 4 de febrero de 2018 de https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/cdr_legal_basis/62002_cv_es.pdf
- Reglamento a la Ley Patentes Invención Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad N.º 15222-MIEM-J
- Estatuto sobre Propiedad Industrial, aprobado por Real Decreto-Ley del 26 de julio de 1929 español. Recuperado el 4 de febrero de 2018 de http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/NORMATIVA/NormasSobreDisenio/NSDI_Nacionales/EstatutoPI_aprobadoRDL_26jul1929_fragmento.htm
- Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Recuperado el 24 de enero de 2018 de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Votos

- Sala Primera de la Corte, sentencia: 00883, expediente: 09-002712-1027-CA, fecha: 28/07/2011, hora: 9:05:00 a.m.

Notas al pie

1. Debe aclararse que, en Costa Rica, existen más de veintiséis textos legales, veintitrés reglamentos, se han aprobado doce tratados y les han dado adhesión a setenta y cuatro tratados, todo con el fin de proteger los derechos de propiedad intelectual.
2. Según el reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo de la Unión Europea, el soporte donde se plasma un dibujo o modelo es el producto.
3. Refiere esta organización que un dibujo o modelo (diseño) industrial constituye el aspecto ornamental o estético de un artículo. El dibujo o modelo puede consistir en rasgos tridimensionales, como la forma o la superficie de un artículo o en rasgos bidimensionales como motivos, líneas o colores.
4. Para comodidad de la persona lectora, el texto completo puede ser consultado en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_9.pdf
5. Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo de la Unión Europea adoptado sobre los dibujos y modelos comunitarios.
6. Otero Lastres no comparte la utilización del término apariencia, pues en resumen considera que el diseño industrial por ser el resultado de un acto de creación va más allá que el simple aspecto exterior, criterio que va muy en la línea de lo que a sostenido la Sala Primera al indicar -en resumen- que la propiedad intelectual (de la cual forma parte la propiedad industrial) no reside en esos objetos, sino en la información o conocimientos reflejados en ellos. Sala Primera de la Corte, sentencia: 00883, expediente: 09-002712-1027-CA, fecha: 28/07/2011, hora: 09:05:00 a.m.
7. La novedad radica en que ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de registro […] Se consideran idénticos aquellos cuyas características difieran sólo en detalles irrelevantes. (Doña María Teresa Mogin Barquín, directora general de la Oficina Española de Patentes y Marcas visible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_dm_sym_bue_07/wipo_dm_sym_bue_07_www_78205.pdf
8. Sala Primera de la Corte, sentencia: 00883, expediente: 09-002712-1027-CA, fecha: 28/07/2011, hora: 09:05: 00 a.m.
9. Así lo establece la Oficina Española de Patentes y Marcas cuando aborda el tema de la protección jurídica del diseño industrial en el sitio Web http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_dm_sym_bue_07/wipo_dm_sym_bue_07_www_78205.pdf
10. "Desde la fecha que se presenta la primera solicitud al registro se adquiere el beneficio de "prioridad" que puede obtener una persona con respecto a la fecha de presentación de una primera solicitud de patente, al presentar una solicitud posterior sobre la misma invención, en algún otro país". (Art. 6.2 Ley, Art. 12 Reglamento).
11. Esto se debe a que los derechos sobre los diseños industriales son territoriales.
12. Si no se cuenta con tutela jurídica, en consecuencia, no existe el derecho de exclusividad por lo que los competidores pueden colocar en el mercado un producto utilizando un diseño que no les pertenece sin tener que obtener una licencia o autorización y sin incurrir en competencia desleal.
13. La señora María Teresa Mogin Barquín, directora general de la Oficina Española de Patentes y Marcas resume la importancia de proteger el diseño en seis puntos:1. Herramienta competitiva. 2. Abarca multitud de sectores. 3. Genera un valor añadido al producto. 4.• Factor de política industrial. 5. Activo de la empresa que genera imagen. 6. Da lugar a un derecho exclusivo.
14. Recordemos que el registro de creaciones inscribibles es en el contexto de la propiedad industrial, pues la propiedad intelectual es objeto de protección por el solo hecho de su creación.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 201-220 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LOS 10 MANDAMIENTOS DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, A PARTIR DE LA CONVENCIÓN DE VIENA (CIM)

Lic. Sophia Fiorella Villalta Chong
sophyvichong@gmail.com
svillalta@batalla.com

.

RESUMEN:

Costa Rica ha aprobado su adhesión a una de las convenciones más importantes en materia de compraventa internacional de mercancías: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. A partir de ello, resulta de suma relevancia conocer al menos diez de las normas más importantes, que de su articulado se extraen. Este artículo describe cuáles son esas diez disposiciones que toda persona comerciante y operadora jurídica deben conocer, así como su abordaje doctrinal y jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE*: CIM/ compraventa/ compraventa internacional de mercaderías/ principios/ Contratos/ Convención de Viena/ Derecho Internacional Privado.*

10 COMMANDMENTS OF THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, FROM THE CONVENTION OF VIENNA (CISG)

ABSTRACT:

Costa Rica has approved the adhesion of the country to one of the most important conventions regarding the international sale of goods contracts, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Therefore, it is fundamental to know at least ten of the most important rules extracted from the articles. This article describes which are these ten regulations that every merchant and juridical operator must know, as well as the doctrinal and juriprudential boarding.

KEYWORDS: *CISG/ contract of sale/ international sale of goods contracts/ principles/ Contracts/ Vienna Convention/ Private International Law.*

Recibido 14 de junio de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Licenciada en Derecho, título obtenido con honores. Es asociada en la firma legal costarricense Batalla, en la cual forma parte del equipo de resolución de disputas comerciales, civiles y arbitrales. Es presidente de la Asociación Costa Rican Young Arbitrators, asociación dedicada a la promoción del arbitraje y otras formas alternas de resolución de conflictos en Costa Rica y la región. Asimismo, es miembro del Grupo de Árbitros Jóvenes de ICC Costa Rica. Ha representado a la Universidad de Costa Rica en calidad de participante y entrenadora en varias competencias internacionales de derecho, enfocadas en arbitraje comercial internacional.

"But now there's a Convention to make global trade more free"

"The CISG Song" by professor Harry Flechtner
University of Pittsbutbg

1. Introducción

La Convención de Viena de 1980, también conocida como "CISG" por sus siglas en inglés, o "CIM" por sus siglas en español (y como se le denominará en adelante), es el texto a nivel internacional más importante en cuanto a compraventa internacional de mercaderías. Esta fue elaborada por las Naciones Unidas, específicamente por la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante "CNUDMI"), con el propósito de *"prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías (…)"*[1].

A nivel internacional, las compraventas de mercaderías generalmente presentaban grandes problemas, en cuanto al régimen jurídico que se les aplicaba. Ello por cuanto en muchas ocasiones se generaban choques entre sistemas jurídicos diametralmente opuestos, los cuales resultaban irreconciliables. Precisamente, este instrumento convencional buscó al momento de su creación, y aun hoy, proveer a las personas comerciantes internacionales, operadoras y operadores jurídicos y Estados de una herramienta uniforme y flexible, para dirimir cualquier situación o conflicto que pudiera resultar de este tipo de contratos.

Actualmente, la CIM posee 91 Estados parte[2]. No obstante, al momento de su creación hubo cierta resistencia por parte de los países. A pesar de que muchos firmaron este instrumento, incluso en 1980, no fue sino hasta 1988 que los primeros Estados empezaron a incorporarlo dentro de sus ordenamientos jurídicos. En Costa Rica, a pesar de que en el año 2012 se presentó un proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo para aprobar la adhesión del país a dicho instrumento, fue hasta el año 2017 que se firmó por parte del presidente de la República. Cabe recordar que, la ley que aprueba la adhesión de Costa Rica a la CIM es la número 9421 y entró en vigor el 1.º de agosto del año 2018[3], una vez se cumplió con el procedimiento de depósito del instrumento en la Secretaría de las Naciones Unidas y demás aspectos relacionados.

En cuanto a su aplicación, el numeral 1.° indica que la CIM requiere inicialmente que las partes celebrantes del contrato, tengan sus establecimientos mercantiles en Estados diferentes, y que además, se configure alguna de las siguientes dos posibilidades: (i) que los Estados de las partes sean contratantes; o (ii) que las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación del derecho de uno de los Estados contratantes. Existe también la posibilidad de que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes decidan aplicar dicha Convención. El último de los escenarios no está regulado expresamente en la CIM, pero se entiende que por medio de la autonomía de la voluntad se puede establecer perfectamente su aplicabilidad, pacto que debe ser respetado por las partes, los Estados y las personas operadoras jurídicas[4].

En el artículo 2.° se establecen las materias que quedan excluidas de la aplicación de la CIM, entre ellos los contratos o acuerdos relacionados con consumo o derechos de la consumidora o del consumidor. Además de lo anterior, los Estados al momento de ratificar este instrumento convencional, pueden hacer reservas[5]. Esta libertad a las partes y los Estados está reconocida por la CIM en el numeral 6.°[6].

Por otra parte, el numeral 3.° hace un amplio análisis sobre los contratos de compraventa que regula la CIM. Evidentemente, el tema de aplicabilidad es un tema muy casuístico, por cuanto cada caso tiene matices que pueden afectar la decisión de aplicarla o no. Lo importante es tener en cuenta que existen reglas generales para responder a la incógnita de si resulta o no aplicable la Convención a una específica controversia[7].

Como bien se estableció al inicio, esta Convención posee actualmente 89 Estados parte, lo cual evidencia su gran éxito. Acompañado de este número, los múltiples casos en los que se ha aplicado, dejan en evidencia que es una herramienta de excelente utilidad, y que además, dota de seguridad jurídica a las partes que gestionan el comercio internacional a diario.

2. *Los 10 mandamientos de la Compraventa Internacional de Mercaderías*

I. Voluntad de las Partes

Partiendo de que los contratos surgen a partir de la voluntad de dos o más contratantes, uno de los aspectos más importantes de la CIM es precisamente el respeto y consideración de la intención de las partes. En cualquier contrato, la voluntad de las partes se convierte en una guía, no solo entre las personas contratantes, sino además por terceros ajenos a la relación.

En cuanto al contenido de este principio, se ha afirmado que el principio de voluntad de las partes o también conocido como la autonomía de la voluntad es:

> *"(…) la posibilidad hecha realidad en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen de decidir, los sujetos, concertar o no un contrato, en virtud de lo cual las partes pueden crear libremente todas las relaciones jurídicas que entre ellas consideren pertinentes."*[8]

La cita anterior brinda una idea clara y concisa sobre el principio en cuestión. Este constituye, en primera instancia, una libertad otorgada a aquellas o aquellos que fungen como contratantes. Asimismo, posee relación con el pacto de intereses, derechos y negocios que compelen a ambos al cumplimiento de una acción determinada; en el caso concreto, de la compraventa internacional.

En segundo lugar, reconoce al contrato como el medio fundamental de la concretización del principio de autonomía de la voluntad, ya que indiscutiblemente entre todos los hechos generadores de obligaciones presentes en la sociedad, el contrato es aquel en donde prima el acuerdo de las voluntades. Establece también que, en virtud del principio bajo estudio, una persona ya sea física o jurídica, puede decidir no contratar, por lo que este principio tiene contenido positivo y negativo.

Es relevante destacar que la voluntad de las partes posee límites. Estos son la ley, la moral y el orden público (artículos 3 y 631 del Código Civil de Costa Rica[9]). Es decir, hablar de una autonomía de voluntad plena en el ámbito contractual, no es del todo posible. Así por ejemplo, las partes no pueden ir en contra de normas de orden público, como aquellas que tienen relación con derecho de consumo o de competencia[10]. Cualquier disposición que roce con alguno de estos límites corre el riesgo de ser declarada nula de pleno derecho.

Por su parte, la Convención de Viena no regula este principio de forma expresa, pero sí se puede derivar de la lectura de los artículos 14 a 24, así como del estudio jurisprudencial de casos a nivel internacional. A modo de ejemplo, se pueden analizar los casos Clout 1346, 1495 y 1497, en los que se ha tomado en consideración la voluntad de las personas contratantes, a fin de encontrar la solución para dirimir sus controversias.

No se debe olvidar que la voluntad de las partes debe ser libre, sin vicios y debe configurarse en una situación de igualdad en cuanto a los intereses de ambas. No debe mediar dolo ni error, por lo que la voluntad y su configuración debe ser siempre puesta en estudio. Cada situación que guarde relación con las partes, el contrato o sus obligaciones, siempre debe estudiarse a la luz de este principio.

II. Buena Fe

La buena fe es un principio inherente a cualquier relación jurídica. Actuar conforme a este principio se ha tornado en una exigencia a nivel internacional, que abarca y impregna todos los contratos. Como acercamiento conceptual se puede indicar que este principio es:

> *"(…) una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone. Aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos"*[11].

En cuanto a la buena fe contractual, cabe resaltar el siguiente acercamiento, el cual muestra la razón de ser de este principio:

> *"Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, "el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse "cierra" el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social."*[12]

En el aspecto normativo, este principio se encuentra expresamente regulado en el artículo 7.º de la Convención de Viena[13]. De igual forma, aunque únicamente se hace referencia expresa a este principio en dicho numeral, lo cierto es que existen numerosas disposiciones que lo reflejan. Así por ejemplo, se pueden citar los siguientes artículos de la CIM: 16.2.b), 21.2), 29.2), 37, 40, 46, 47.2), 64.2), 82 y 85 a 88[14].

De igual forma, este principio se encuentra en otros instrumentos normativos que integran o acompañan la CIM. Por ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, específicamente en el artículo 1:201[15] y en los Principios UNIDROIT en su artículo 1.7[16], se establece la obligación de cada parte de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.

En cuanto a la aplicación de este principio en los casos de compraventa internacional de mercaderías, se presume siempre que las partes obran de buena fe. Su comprobación se da en la mayoría de los casos, cuando surgen disputas entre las partes. Por ejemplo, se puede citar el siguiente extracto, en el cual se cita el principio en estudio:

> *"En cuanto al fondo del asunto, el tribunal observó, además, que el demandante no pudo demostrar el lucro cesante que reclamaba. El tribunal también señaló que, según los artículos 187 y 422 del Código Civil brasileño, al entablar una relación contractual, las partes han de actuar de conformidad con los principios de equidad y buena fe"*[17].

Asimismo, en un caso conocido por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX), también se conoció sobre este principio:

> *"La Comisión (COMPROMEX), en un dictamen no vinculante y en referencia al artículo 7 de la Convención, afirmó que la conducta de los compradores había sido*

> *contraria al principio básico de buena fe. La Comisión señaló que ese principio debe prevalecer en las relaciones comerciales entre las partes, y debe ser entendido en su connotación internacional y no en el sentido dado en el derecho interno."*[18]

Como se puede apreciar de los extractos anteriores, y como ya se ha indicado, el principio de buena fe es básico en cualquier relación de compraventa internacional de mercaderías. Al ser tan importante, siempre se presume que las partes obran conforme a este principio. De ahí la importancia de que un principio como este se encuentre ampliamente regulado en cuerpos normativos internacionales, pues precisamente permite la flexibilización de las prácticas, pero siempre en un marco de respeto entre entidades o personas contratantes, los cuales no únicamente deben velar por el cumplimiento de sus intereses, sino también facilitar y colaborar en el cumplimiento de los intereses de sus contrarios.

Específicamente, en relación con la Convención de Viena, se vuelve una exigencia más para las partes actuar conforme a la buena fe. Por lo general, la violación a este mandamiento genera consecuencias a quien se aparta de este, precisamente por generar en la contraparte daños, perjuicios o afectaciones de todo tipo en su patrimonio o situación jurídica. Incluso, en casos en los que ha mediado incumplimiento, pero ha habido buena fe, las autoridades han eximido a la parte incumplidora, por el simple hecho de haber adecuado su comportamiento a las exigencias de este principio[20].

III. Cooperación entre las partes y lealtad negocial

El deber de cooperación se encuentra regulado en el artículo 60.a) de la CIM[21], la cual lo cataloga como una obligación de la compradora o del comprador. Asimismo, este deber se encuentra recogido en otros cuerpos normativos que sirven de interpretación e integración, como los ya citados Principios UNIDROIT. Con respecto al contenido conceptual, se ha indicado:

> *"Podríamos circunscribirla al deber de lealtad en el trato que debe impregnar de claridad y sinceridad todas las actuaciones e informaciones sobre el negocio. Su finalidad es la creación de un ambiente propicio para el desenvolvimiento del comercio internacional, que permita una generación de riqueza, una ágil circulación de las mercancías y un cumplimiento puntual y serio de los compromisos adquiridos."*[23]

Con base en la cita anterior, este mandamiento tiene un carácter rector en los contratos comerciales, principalmente al momento previo de la perfección del convenio, es decir, el principio de lealtad preside la negociación de los contratos. No obstante, su aplicación debe estar presente a lo largo de la relación contractual de las partes. Esto por cuanto durante la ejecución del contrato, siempre surgen situaciones que no fueron previstas al momento de pactar el contrato, y que requieren nuevamente la coordinación de las partes. Lo anterior, en vista de que la distancia esperable en los contratos de compraventa internacional, dificulta generalmente el conocimiento de dichos hechos relevantes para el negocio.

El Compendio de jurisprudencia basado en la Convención de Viena establece, en relación con el artículo que regula la cooperación entre las partes, que: "El comprador debe "realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega". ***El contenido específico de este deber de cooperar variará en función de las condiciones contractuales"***[24] (el resaltado es propio). Por lo tanto, el contenido de este principio y mandamiento debe ser analizado e integrado a partir de cada caso concreto.

Ahora bien, a pesar que el contenido de este mandamiento es casuístico, se ha establecido

que para lograr alcanzar la práctica debida de la cooperación entre las partes, es necesaria una serie de deberes compartidos, dentro de los cuales resaltan, por ejemplo, el deber de información. Este consiste en facilitarse mutuamente toda la información relevante, que no haya podido ser conocida después de la diligente averiguación requerida para la configuración de la buena fe.

Asimismo, y a partir de la lectura literal del artículo 60.a), se ha determinado que este mandamiento obliga a una parte a cooperar de forma tal, que la otra pueda cumplir sus obligaciones que emanan del contrato y de la Convención. Así por ejemplo, en el caso Clout 987, el CIETAC sostuvo que el comprador había incumplido su obligación en virtud del artículo 60 de la CIM; esto era, facilitar que el vendedor pudiera efectuar la entrega, incluso después de que este último concediera a aquel una prórroga del plazo inicialmente previsto. Consideró que la negativa del comprador a enviar un buque, impidió que el vendedor pudiera cumplir sus obligaciones, lo que constituía un incumplimiento esencial del contrato en virtud del artículo 25 de la CIM.

Como se puede apreciar, el deber de actuar conforme a la lealtad negocial y a siempre tener una actitud de cooperación para con la otra parte, son pilares fundamentales en la contratación de compraventa internacional de mercaderías. El cumplimiento de estos principios permite a las partes, tener mayor seguridad al momento de pactar con otra persona comerciante, y asegura al mismo tiempo el tráfico mercantil del que todos nos beneficiamos.

IV. Libertad de Forma

La libertad de forma cada vez cobra mayor relevancia en el comercio internacional, en todo tipo de contratos y acuerdos. Es claro que el comercio se mueve a velocidades que el Derecho no siempre logra alcanzar, y por ello, sus normas deben ser flexibles para acoplarse a las necesidades de las personas comerciantes y operadoras del Derecho. Actualmente, muchos requisitos de forma han sido superados para dar paso a la flexibilización, informalidad y rapidez, siempre sin olvidar la seguridad jurídica de las partes y su voluntad.

La Convención de Viena regula este principio en su numeral 11, el cual establece: *"El contrato de compraventa* ***no tendrá*** *que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos" (el resaltado es propio). Sobre este punto en concreto, la doctrina ha manifestado: "el principio de libertad de formas sí hace referencia al estudio de aspectos formales del contrato, en el cual se tiene en cuenta que la voluntad necesitará siempre ser exteriorizada,* ***para lo cual existe en principio libertad total para su expresión"***[26] (el resaltado es propio). Este principio toma mayor relevancia en la actualidad, pues gracias a los avances tecnológicos con los que nuestra sociedad actual cuenta, es posible concretar convenios por medio de llamadas telefónicas a larga distancia, correos electrónicos, conversaciones vía plataformas de Internet, entre otros.

Por otra parte, se debe indicar que este principio no es irrestricto, pues en muchas legislaciones aún el pacto de contratos supone requisitos de forma[27]. Un ejemplo de ello son las cláusulas arbitrales, las cuales en muchos ordenamientos jurídicos se les exige que sean por escrito y que estén firmadas. Por lo anterior, se puede decir con seguridad que si bien existe el respeto por la libertad de forma en la formulación de contratos, esta puede y debe ser aplicada siempre y cuando no exista alguna limitación legal en cuanto a determinada formalidad, necesaria para la consumación del contrato en particular que se quiera llevar a cabo.

A nivel internacional, las personas operadoras jurídicas ya han empleado este mandamiento para la resolución de casos y controversias. Como ejemplo se puede citar un caso conocido por el Tribunal Supremo de España, en el que se estableció:

> *"En relación con la perfección del contrato, entiende que la emisión de una factura como la extendida por la sociedad de intermediación y la ausencia de denuncia por alguna de las partes tras su recepción, supone para ellas la asunción de un uso de comercio en el mercado del cereal, por el que esta minuta acredita la existencia del acuerdo de compraventa manifestado verbalmente -por teléfono-, en atención al principio general de libertad de forma de celebración del contrato previsto en el art. 11 CIM (sin que opere la excepción del art. 29 CIM)"*[28].

Como se puede apreciar del extracto anterior, este principio es sumamente relevante en los contratos de compraventa internacional de mercaderías por la naturaleza dinámica del comercio internacional, la cual exige que los y las mercaderes puedan realizar transacciones de forma rápida y ágil. Supeditarlos a requisitos de forma sería desnaturalizar la práctica del comercio internacional e ir en contra de los esfuerzos de uniformar el derecho internacional, al menos el privado.

V. Competencia Profesional

Este principio, también conocido como el de debida diligencia, se entrelaza con otros principios que ya fueron analizados, tales como el de buena fe. Responde específicamente a la condición que pesa sobre la persona comerciante por su propia definición. Esto es: el principio de competencia profesional consiste en el nivel esperado de especialización de una persona comerciante por la cotidianidad de su labor.

En palabras de doctrina altamente calificada, este principio se puede definir de la siguiente manera: *"(…) nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante."*[29]

Como se desprende de la cita anterior, cuando se habla de "cuidados especiales", se refleja que el título de persona comerciante está cargado de una serie de responsabilidades, trascendentales en el giro de las actividades que comúnmente se llevan a cabo. Es decir, parte de la actividad comercial consiste en la predicción de ciertos hechos fácticos a los cuales la persona comerciante tiene acceso por su experiencia en el medio, como podría llegar a serlo la devaluación de una moneda en un mercado en particular o el cambio del valor de las mercancías objeto del negocio, por ejemplo[30].

En segundo lugar, se hace referencia a las *"prácticas honradas del mercado"*, lo cual reafirma lo dicho con respecto a la relación del principio en cuestión con el de buena fe. Este último es un principio aún más general que aquel, ya que permea toda la actividad comercial, y por ende, resulta ser rector igualmente del principio de competencia profesional.

Además de lo anterior, este principio es claro al interpretar que, toda persona que actúe en calidad de comerciante sabe a lo que se está obligando, y no puede evadir sus responsabilidades. Tampoco puede emplear el argumento de que desconocía las implicaciones de las obligaciones que adquiría. Sobre este punto, cabe resaltar el criterio de una doctrinaria en el tema, la cual ha entrado a analizar la jurisprudencia sobre este punto en concreto:

> *"Para la jurisprudencia arbitral internacional, debe prevalecer la voluntad expresada en los negocios; considerando que los comerciantes "tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente" y para ejercitar "una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen (…) La tendencia internacional ha trascendido a la jurisprudencia arbitral nacional, con la aplicación de principios como el de "presunción de competencia profesional" y "presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio."*[31]

Este principio, cabe resaltar, fue creado jurisprudencialmente, y día a día cobra mayor fuerza a nivel práctico. Este es un claro ejemplo de porqué el estudio de la jurisprudencia es de vital importancia, a pesar de que la misma no resulte vinculante entre tribunales[32].

VI. Venire contra factum proprium

El desarrollo doctrinario en el tema de los *"actos propios"* es muy amplio, más aun si se toma en cuenta la teoría homóloga en el derecho anglosajón conocida como *"estoppel"*. Doctrinarios altamente calificados han indicado que esta teoría consiste en *"la exigencia de coherencia del comportamiento es una derivación inmediata del principio general de buena fe."*[33] En esta misma línea han expresado: *"Es un principio general del derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente."*[34]

Puede decirse que su fin último es la fiscalización de los actos llevados a cabo por una parte, para que en el caso de que exista la obligación de someterse a los efectos de alguno de esos actos, no exista incongruencia o discusión alguna, en cuanto a la ubicación de la responsabilidad. Puede ocurrir que una parte pretenda desligarse de las motivaciones, expectativas o derechos que generó en su contratante, por lo que este principio impide que ello ocurra o sea válidamente aceptado desde un punto de vista jurídico. Esto se entiende así porque el eje primordial que intenta proteger el principio no reside en la voluntad de la autora o del autor del acto que perjudica, sino en el deterioro de la confianza generada en terceros.

En cuanto a la Convención de Viena, este principio emana del numeral 8.3. En este se indica que para determinar la intención de una parte, se deben tomar en cuenta entre otros aspectos, los comportamientos ulteriores de las y los contratantes. Dicho esto, es fundamental mencionar que existe un acuerdo en la doctrina en cuanto a una serie de presupuestos que deben existir para la aplicación del principio, a saber: (i) que exista con anterioridad una situación jurídica; (ii) que exista una conducta jurídicamente relevante y eficaz, que a su vez genera una expectativa de reposición por parte del perjudicado; y (iii) que exista una pretensión contradictoria con la conducta perjudicial, atribuible a la misma parte que la cometió.

Otros grupos de personas autoras aumentan la lista de presupuestos, y agregan los siguientes: (i) todos los actos susceptibles al principio deben tener una intención de crear o modificar un derecho; (ii) la contradicción con el acto anterior debe ser notoria; y (iii) debe existir una identidad entre quienes actúan y se vinculan en ambas conductas. En resumen, este principio busca que nadie se beneficie de su propio dolo, argumentando de una forma contraria, a un comportamiento previo.

A nivel jurisprudencial, este principio ha sido aplicado en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, en un caso conocido por la Audiencia Provincial de Pontevedra, se estableció que un vendedor había actuado de forma contraria a sus propios actos, pues de la correspondencia intercambiada por esta misma parte indicaba que había asumido la responsabilidad por defectos en las mercaderías y aceptado la resolución parcial del contrato al revender las mercaderías y reembolsar parte del precio al comprador. En un mismo sentido, se pueden estudiar los casos Clout 595 y 1039.

Al igual que los anteriores, este es un principio ampliamente conocido y aplicado a nivel internacional, y específicamente en los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

VII. Usos y prácticas

Los usos y prácticas son aquellos comportamientos que las partes despliegan para ejecutar sus obligaciones y que a la postre, se vuelven una costumbre entre ellas actuar conforme a esas conductas. Al igual que el principio de los actos

propios, el numeral 8.3 de la Convención de Viena indica que los usos son vinculantes para las partes, en aquellos casos en los que se deba analizar la intención de ellas.

En cuanto a la normativa que acompaña a la CIM, el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT hace referencia expresa a este principio, aduciendo que las partes están obligadas: (i) por cualquier uso en que hayan convenido; y (ii) por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable. Asimismo los PDEC, en el artículo 1:205 hacen referencia a este principio en este mismo sentido.

Es ampliamente conocido por todos aquellos operadores del derecho que, los usos y prácticas en temas internacionales y en mayor medida a lo referente a temas comerciales, conforman un bloque importante de "normas" entre las partes. Como acercamiento conceptual, se puede indicar que los usos y prácticas son: "(…) *una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias.*"[37]

En conjunción lo anteriormente mencionado, se puede afirmar que: (i) en el caso que las partes se adscriban, ya sea a una o varias prácticas, o a uno o varios usos, estos tendrán un carácter vinculante, una vez que sean requeridos y utilizados, después de que se diera el hecho estipulado en el contrato, que dé pie a la utilización de dichos medios; y (ii) que se considerará como uso y práctica aquel acto repetido en la actividad comercial que sea reconocido por la comunidad, como tal.

Sobre la aplicación en la práctica, se puede citar el caso Clout 1187, en el que el Tribunal de Apelación de Quebec analizó el historial de pagos entre las partes, con el fin de determinar el lugar de pago para una compraventa de colas de langosta congeladas. De igual forma, en el caso Clout 1167, en el cual la Autoridad decisora fue el CIETAC, el Tribunal Arbitral tomó nota de la práctica seguida anteriormente por las dos partes y del hecho de que, antes del arbitraje, el vendedor no había planteado ninguna objeción respecto de las cartas de crédito y demás cuestiones mencionadas en el transcurso del arbitraje[38].

Como bien se indicó durante el estudio de este principio, las partes pueden verse incluso sometidas a los usos y costumbres de los Estados de la otra parte con la que contratan. Se puede citar el caso Clout 175, el cual ya fue mencionado anteriormente. La demandada indicó que las placas de mármol objeto del contrato de compraventa no eran conformes al contrato, y se negó a pagar el precio. El Tribunal de Apelación sostuvo en cuanto a los usos y prácticas:

> *"(…) el artículo 9 2) de la CIM salvo contadas excepciones, no podía interpretarse en el sentido de impedir la aplicación de usos nacionales o locales a la hora de interpretar un contrato, aun cuando no se hubiera hecho mención a dicho uso* ***en el propio contrato.*** *Por tanto, un vendedor que hubiese realizado actividades comerciales en un país durante muchos años y celebrado repetidamente el tipo de contrato que era habitual* ***en el ámbito empresarial en cuestión tenía la obligación de tomar en cuenta los usos nacionales"*** *(el resaltado es propio).*

Como se puede apreciar de la lectura del extracto anterior, la autoridad decisora incluso consideró vinculantes los usos y las prácticas del Estado de una de las partes, aunque dichos usos y prácticas no fueron manifestados expresamente en el contrato. Lo anterior, sobre la base de las anteriores relaciones que ya habían mantenido las partes, las cuales suponían el conocimiento de la incumplidora de los usos y prácticas de su contratante. Un ejemplo también del principio de teoría de los actos propios.

En resumen, las partes, no solo por sus relaciones previas con otros contratantes, sino además por su experiencia en el negocio (competencia profesional), se pueden ver obligadas a normas o prácticas que incluso, pueden no estar reguladas en sus contratos. Por ello se resalta este principio, pues es de suma relevancia no solo para la ejecución de contratos de compraventa, sino además, para las eventuales defensas en caso de conflicto.

VIII. Mitigación del daño

Al igual que muchos otros principios del derecho internacional comercial, el principio de mitigación del daño se encuentra íntimamente relacionado con el principio de buena fe. Es una declaración en contra del accionar culposo o doloso. Asimismo, es un deber de cooperación y finalmente, una obligación para el afectado mismo, que surge a partir del conocimiento de la concretización del daño.

Es de suma relevancia indicar que en aplicación de la Convención de Viena, este deber recae en la parte que sufrió el daño, pues si no obra de tal forma, puede perder su derecho de exigir el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 77, el cual indica:

> *"La parte que invoque el incumplimiento del contrato* ***deberá adoptar las medidas que sean razonables****, atendidas las circunstancias,* ***para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento.*** *Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir* ***que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.****" (El resaltado es propio)*

La doctrina ha planteado los siguientes presupuestos para que dicho deber opere en la esfera jurídica del causante del daño:

"Como es evidente, para que surja la obligación de mitigar el daño, deberá existir el conocimiento acerca del incumplimiento de las obligaciones por la contraparte. Igualmente, será necesario que las medidas disponibles para el obligado a mitigar el daño, sean razonables, atendidas las circunstancias, y que evidentemente, no sobrepasen el monto mismo del daño mitigado o que se pretende mitigar. Adicionalmente, encontramos que ese deber también implica el reconocimiento, por parte de la víctima del incumplimiento, de los beneficios a que se ha hecho acreedor como consecuencia del incumplimiento."[39]

El extracto anterior evidencia que inclusive para el deber de mitigación del daño, existen límites, como el de la proporcionalidad, razonabilidad, entre otros. A nivel práctico, se puede citar el caso Clout 1179. En el mismo, el Tribunal brasileño estableció: *"(…) que el demandante no hizo lo necesario para reducir sus propias pérdidas, y, por tanto, que no actuó como lo hubiera hecho un empresario prudente en circunstancias similares (…)"*. En este caso, el demandante, dañado por el incumplimiento, no cumplió con su deber de mitigar los daños y por lo tanto, el Tribunal que conoció en alzada: ***"señaló que el comprador [es decir, el demandante] había incurrido en culpa al no tomar las medidas pertinentes para sustituir la máquina defectuosa a fin de poder seguir con su actividad".***[40]

En un mismo sentido, se puede citar el caso Clout 476, en el que se indicó que el comprador no había adoptado las debidas medidas para reducir sus pérdidas, conforme a lo estipulado en el numeral 77 de la CIM. De igual forma, se pueden analizar los casos Clout 480, 685, 714, 717 y 1645.

Este deber es uno de los más relevantes que contiene la Convención de Viena, y que en muchas ocasiones, las personas comerciantes echan de menos. Es un deber que incluso, puede implicar la pérdida al derecho de ser resarcido por el daño ocasionado, o supone la reducción del monto de la indemnización a la que se tiene derecho. Evidentemente, este deber recae sobre la parte que ha sufrido el daño, pero ello no implica que

no se le pueda o deba exigir la misma conducta (reducir los daños) a la parte que ha generado el daño.

IX. Cláusulas oscuras y principio de efecto útil

Este principio está regido por el "*in dubio contra stipulatorem*". Este se refiere a la forma en la que deben ser interpretadas las cláusulas oscuras. La regla general es que la norma sombría debe ser interpretada en contra de la parte que la formuló. En este sentido, se ha indicado que: "*(…) debe protegerse la confianza que la parte del contrato no causante de la oscuridad puso en la declaración (oscura) de la otra, y que esa oscuridad en ningún caso puede ser interpretada en el sentido que ahora declare el causante de la oscuridad.*"[41]

La justificación de la existencia de este principio es evitar que aquel que redacta de forma maliciosa una disposición, con la intención de causar prejuicio a la contraparte por su no comprensión, se vea beneficiado de esta situación. El principio de cláusulas oscuras es una amenaza ***a priori*** para todo aquel que quiera causar un daño, dándole la espalda al principio rector por excelencia del derecho internacional comercial, como lo es el de buena fe.

Aunado al principio de la cláusula oscura, se reconoce también el principio de efecto útil, con base en el cual, se debería preferir la interpretación que confiere un sentido a todas las cláusulas que constituyen el contrato, por sobre aquella que le resta eficacia a determinados acápites del texto. Es decir, en esta forma de interpretación debe considerarse el contrato como un todo y la forma de interpretación idónea es aquella que mantenga unificado ese "todo", por encima de aquella interpretación que sobrevalore ciertas cláusulas del contrato y que por el contrario, se minimicen los efectos del resto de cláusulas no consideradas.

En cuanto a la Convención de Viena, la disposición que podría recoger este principio es el ya citado artículo 8.3. No obstante, en los Principios UNIDROIT estas reglas sí se encuentran expresamente reguladas. El artículo 4.4 establece que todo contrato debe ser interpretado de forma sistemática. Cuando un término o disposición no sea clara, debe tomarse como guía el contrato integralmente. Por otra parte, el artículo 4.5 indica que los términos de un contrato se deben interpretar en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos. Este es específicamente el principio de efecto útil. Finalmente, el artículo 4.6 resalta que en aquellos casos en los que los términos de un acuerdo, dictado por una de las partes, no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

En cuanto a la aplicación jurisprudencial de este principio, se puede citar la sentencia 227/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de España, en el que revisó en apelación una sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja. En este caso, el Tribunal Supremo indicó que, aunque las cláusulas del contrato en cuestión no fueron declaradas por la Audiencia Provincial como oscuras, en caso de haber sido así, aplicaría el principio contra proferentem. Por otra parte, en el caso 28298/2012 conocido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Argentina, se hizo aplicación del principio de interpretación en contrario. Indicó la Autoridad:

> *"El principio de interpretación contra proferentem o contra stipulatorem es una regla asentada en la bona fides, según la cual la duda se resuelve interpretativamente contra quien redactó el contrato. El estipulante debe soportar una interpretación desfavorable cuando la exteriorización de voluntad es oscura (…) En este orden de ideas, resalto que la revisión judicial del contrato y la aplicación de la regla contra proferentem no exige necesariamente que se trate de contratos celebrados por adhesión, sino que basta con que existan cláusulas predispuestas imprecisas, ambiguas,*

oscuras o contradictorias que lesionan los derechos del co-contratante."[43]

Como se puede apreciar, la regla de interpretación en contrario no solo es de reconocido derecho, sino que además, es de aplicación práctica a nivel internacional. Por último, se recomienda revisar los Comentarios de los Principios UNIDROIT. En estos se detalla claramente cada artículo y además, se encuentran ejemplos de casos en los que pueden aplicarse, lo que permite tener mayor claridad y entendimiento de los alcances de este y otros principios que acompañan el texto de la Convención de Viena[44].

X. Notificación en plazo razonable

Este último, pero no menos relevante mandamiento, supone que las notificaciones entre las personas comerciantes deben realizarse en un término razonable. Ahora bien, al momento de determinar cuál es ese plazo "razonable" es que se entra en un conflicto no solo práctico, sino además conceptual y doctrinal.

En la Convención de Viena se encuentran varias referencias al plazo razonable, específicamente en los artículos 18, 33, 39, 43, 46, 48, 49.2.a, 49.2.b, 64, 65, 73, 75 y 79. Lo cierto es que, a pesar de que la CIM usa esta regla para determinar consecuencias jurídicas de situaciones determinadas, no ofrece ninguna regla para determinar cuál es el plazo razonable, ni mucho menos, una indicación expresa de si se trata de días, meses o años. Evidentemente esto no podría ser así, pues en cada caso varía la cantidad de tiempo que se puede atribuir a una parte para que notifique a la otra.

Generalmente, el plazo razonable se determina a partir del producto o mercancía objeto del contrato, y si no aplica, entonces de la circunstancia específica. Así ha habido muchos casos en los cuales los tribunales, tanto judiciales como arbitrales, se han visto ante la obligación de determinar qué es un plazo razonable. Existen innumerables casos en los que se ha determinado que para ciertos productos perecederos, el plazo razonable para notificar por ejemplo, una disconformidad es muchísimo menor que cuando se trata de productos no perecederos. No obstante, es cierto y se puede indicar con toda certeza que no hay una regla general para indicar cuánto plazo se debe dar en cada situación. Por el contrario, depende de cada caso. No hay consenso a nivel internacional sobre cuánta cantidad de días, meses o años contemplan el famoso "plazo razonable" de la Convención de Viena. En lo que sí hay acuerdo es en que toda notificación, se debe realizar en un plazo con esta característica.

A modo de ejemplo, en un caso de mejillones, el Tribunal Supremo de Alemania estableció que el plazo para notificar la inconformidad[45] de los bienes de un mes no era razonable, y que por ello, el demandado había perdido el derecho de alegar dicha inconformidad[45]. En otro caso, relativo a prensas hidráulicas y máquinas de soldar, se estableció que el comprador no había dado el aviso de no conformidad en un plazo razonable, pues en vez de avisar de la inconformidad una vez concluido su examen de las mercancías, decidió enviarlas a una Universidad para que las mismas fuesen evaluadas. El examen tardó cuatro meses. De igual forma, en un caso conocido por un tribunal de Italia, se estableció que seis meses para notificar la inconformidad de una vajilla de porcelana no era un plazo razonable, y que por lo tanto, el derecho a reclamar dicha inconformidad, se había perdido. Al respecto, también se pueden estudiar los casos Clout 230, 608 y 1641.

Con estos principios termina el estudio de esta fuente del derecho de los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Evidentemente, quedan muchos otros que no han sido abordados, pero el presente documento ha buscado centrarse en los diez más relevantes. Dado que estos resultan de vital trascendencia en este tipo de contratos. Como se pudo apreciar, muchos de ellos encuentran puntos de conexión, e incluso, la existencia de uno no puede configurarse sin la presencia de otro.

De allí, se puede afirmar que, las relaciones de compraventa internacional de mercaderías sí están atravesando una situación de uniformidad. Puede que los casos de un contrato y otro, sean distintos. No obstante lo anterior, se van a regular por las reglas más básicas y uniformes que existen, lo cual dota como bien ya se ha dicho, de seguridad jurídica a las personas comerciantes.

3. Conclusiones

1. La CIM se encuentra dentro de las fuentes más importantes que regulan los contratos de compraventa internacional de mercancías. Además, es una de las convenciones más exitosas creadas por las Naciones Unidas. Posee gran cantidad de Estados parte, y desde su promulgación, cada vez más se aplica para dirimir controversias y regular contratos de compraventa.
2. El principio de buena fe se encuentra dentro de los principios primordiales que regulan las compraventas. Dicho principio exhorta a las personas contratantes a sumirse en un estado mental de mutuo beneficio, donde prevalece la solidaridad y la intención de satisfacer los objetos contractuales propios, así como los de la contraparte.
3. El principio de voluntad de las partes brinda parámetros para la libertad contractual, que en teoría no debería ser reducida bajo ningún presupuesto, salvo aquellos límites legales, morales y de orden público.
4. La lealtad de negociar fiscaliza una de las fases más importantes del contrato, compuesta por las negociaciones previas a la consolidación del mismo.
5. La libertad de forma del contrato es limitada por excepcionales intromisiones legales, que establecen la obligatoriedad de ciertas formalidades para que el contrato goce de validez y oponibilidad.
6. El principio de competencia profesional dicta aquellas conductas esperables por la especialización de la persona comerciante.
7. El principio de actos propios busca una congruencia entre los actos de las partes y sus respectivos efectos, en busca de una equivalencia entre causa y efecto.
8. El principio de usos y prácticas reconoce a los mismos, como fuentes del derecho comercial internacional y por ende, le atribuyen también un carácter vinculante.
9. La mitigación del daño prevé el detrimento de alguno de los intereses de las partes, y obliga al que se le causó el desmedro a la mitigación.
10. El principio de las cláusulas oscuras y el de efecto útil dictan las pautas de la función interpretativa de las cláusulas contractuales.
11. El principio de notificación en plazo razonable pretende regular la relación entre los contratantes con respecto a los deberes de información y sus respectivos plazos.
12. Costa Rica se encuentra en un momento de cambio en cuanto a su regulación en temas de compraventa internacional de mercaderías, pues a finales del año 2018 entró en vigencia la CIM como parte de su ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Normativa

CNUDMI. (1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena: CNUDMI.

UNIDROIT. (2010). Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del año 2010. Recuperado de https://www.internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-UNIDROIT-sobre-Contratos-Comerciales-Internacionales.pdf

Comisión de Derecho europeo de los contratos. (2000). Principios de Derecho Europeo de los Contratos. La Haya: LANDO, BEALE, eds.

Comisión de Derecho europeo de los contratos. (2000). Principles of European Contract Law. La Haya: Kluwer Law International.

Doctrina

Barbero, D. (1967). Sistema del derecho privado: introducción, parte preliminar, parte general. Ordenamiento jurídico, relación jurídica. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

CNUDMI. (2017). Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. UNCITRAL, noviembre, 15. Recuperado de https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf

Díez-P., L. (1963). La doctrina de los actos propios. Barcelona: Editorial BOSCH.

Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. Revista de Derecho Privado, número 23, p. 196.

Fueyo, F. (2009). Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

García, R. (2010). La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal. Anuario da Faculta de Dereito da Universida de da Coruña, número 14, p. 35.

Hernández, K. y Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Revista jurídica de investigación e innovación educativa, número 6, p. 30.

Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción. Revista de Derecho, número 30, p. 36.

Oviedo, J. y Urbina, L. (1999). La Formación del Contrato en los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. Revista Vniversitas, número 96.

Ramírez, A. L. (2009) La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial, número 92.

Rodríguez, M. (2008). Concepto y Alcance del Deber de Mitigar el Daño en el Derecho Internacional de los Contratos. Revista de Derecho Privado, número 15, p. 129.

Solarte R., A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. Revista Vniversitas, número 108, diciembre, pp. 285-315. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf

Velásquez Bo., S. M. (2013). Las reservas en los tratados internacionales. Una necesaria y general fundamentación jurídico-institucional. Anuario de Derecho, número 30, p. 128.

Viera, J. (2017). La interpretación de los contratos privados en el ordenamiento jurídico español. Repositorio Institucional de la Universidad Rey Juan Carlos, noviembre, 15. Recuperado de https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/7858/INTERPRETACION%20DE%20LOS%20CONTRATOS%20EN%20DERECHO%20ESPA%D1OL%20JVG.pdf;jsessionid=A16ACB4A98D9570EB7ED7FE25511B773?sequence=1

Jurisprudencia

Tribunal Civil de Monza, Italia. (1993). Caso Clout 54. Fecha de la decisión: 14 de enero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_54_leg-1155.html

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (1989). Caso Clout 102. Fecha de la decisión: 26 de agosto. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/oth/clout_case_102_leg-1305.html

Tribunal Federal de Alemania. (1995). Caso Clout 123. Fecha de la decisión: 08 de marzo.

Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_123_leg-1326.html

Tribunal Regional Superior de Graz, Austria. (1995). Caso Clout 175. Fecha de la decisión: 09 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/aut/clout_case_175_leg-1064.html

Tribunal Regional de Karlsruhe, Alemania. (1997). Caso Clout 230. Fecha de la decisión: 25 de junio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_230_leg-1453.html

Tribunal de Distrito de Saane (Tribunal Civil). (1997). Caso Clout 261. Fecha de la decisión: 20 de febrero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_261_leg-1484.html

Tribunal Regional de Hamburgo. (1997). Caso Clout 277. Fecha de la decisión: 28 de febrero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_277_leg-1500.html

Tribunal Federal de Alemania. (2001). Caso Clout 445. Fecha de la decisión: 31 de octubre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_445_leg-1670.html

Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional en la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia.(2000). Caso Clout 476. Fecha de la decisión: 06 de junio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/rus/clout_case_476_leg-1701.html

Corte de Apelación de Colmar, Francia. (2001). Caso Clout 480. Fecha de la decisión: 12 de junio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/fra/clout_case_480_leg-1705.html

Audiencia Provincial de Pontovedra, Sección Sexta. (2002). Caso Clout 484. Fecha de la decisión: 03 de octubre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_484_leg-1709.html

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, España. (2003). Caso Clout 549. Fecha de la decisión: 07 de junio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_549_leg-1405.html

Tribunal Regional de Munich, Alemania. (2004). Caso Clout 595. Fecha de la decisión: 15 de setiembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_595_leg-1382.html

Tribunal de Rimini, Italia. (2002). Caso Clout 608. Fecha de la decisión: 26 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_608_leg-1091.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (1999) Caso Clout 685. Fecha de la decisión: 01 de junio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_685_leg-2171.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (1997) Caso Clout 714. Fecha de la decisión: 30 de abril. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_714_leg-2329.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (1999). Caso Clout 717. Fecha de la decisión: 06 de enero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_717_leg-2332.html

Corte de Apelación de Hertogenbosch. (2007) Caso Clout 828. Fecha de la decisión: 02 de enero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/nld/clout_case_828_leg-2571.html

Corte Distrital de Minnesota, Estados Unidos. (2007) Caso Clout 847. Fecha de la decisión: 31 de enero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/usa/clout_case_847_leg-2561.html

Tribunal Comercial del Cantón de Zurich, Suiza. (2003). Caso Clout 889. Fecha de la decisión: 24 de octubre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_889_leg-2642.html

Corte Federal de Suiza. (2007). Caso Clout 936. Fecha de la decisión: 17 de julio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/che/clout_case_936_leg-2689.html

Corte de Apelación de Arnhem, Australia. (2006). Caso Clout 940. Fecha de la decisión: 15 de agosto. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/nld/clout_case_940_leg-2583.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (2001). Caso Clout 987. Fecha de la decisión: 22 de marzo. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_987_leg-2304.html

Tribunal de Apelación de Gent, Bélgica. (2002). Caso Clout 1017. Fecha de la decisión: 15 de mayo. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bel/clout_case_1017_leg-2462.html

Tribunal Ampliado del Tribunal de Arbitraje de Comercio Exterior adscrito a la Cámara de Comercio de Serbia. (2009). Caso Clout 1020. Fecha de la decisión: 28 de enero. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/srb/clout_case_1020_leg-2752.html

Audiencia Provincial de Navarra, Sección Tercera, España. (2007). Caso Clout 1039. Fecha de la decisión: 21 de diciembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1039_leg-2395.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (20002) Caso Clout 1105. Fecha de la decisión: 06 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1105_leg-2823.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (2003). Caso Clout 1122. Fecha de la decisión: 17 de setiembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1122_leg-2834.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (2003). Caso Clout 1164. Fecha de la decisión: 10 de diciembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1164_leg-2536.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (2002). Caso Clout 1166. Fecha de la decisión: 18 de diciembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1166_leg-2311.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (2002). Caso Clout 1167. Fecha de la decisión: 08 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1167_leg-2302.html

China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC). (1997). Caso Clout 1170. Fecha de la decisión: 31 de diciembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/chn/clout_case_1170_leg-2198.html

Corte de Apelación del Estado de Rio Grande de Seúl, Sala 5ta de lo Civil, Brasil. (2009). Caso Clout 1179. Fecha de la decisión: 20 de mayo. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/bra/clout_case_1179_leg-2709.html

Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Comprocomex). (1998) Caso Clout 1184. Fecha de la decisión: 30 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1184_leg-2236.html

Corte de Apelación de Quebec, Canadá. (2001). Caso Clout 1187. Fecha de la decisión: 12 de abril. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/can/clout_case_1187_leg-2942.html

Tribunal Supremo de España. (2013). Caso Clout 1341. Fecha de la decisión: 01 de julio. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1341_leg-3087.html

Tribunal Supremo de España. (2011). Caso Clout 1346. Fecha de la decisión: 17 de marzo. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/esp/clout_case_1346_leg-3094.html

Corte Distrital de Seoul, República de Corea. (2013). Caso Clout 1641. Fecha de la decisión: 29 de noviembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/kor/clout_case_1641_291113.html

Corte Suprema de Seoul, República de Corea. (2012). Caso Clout 1645. Fecha de la decisión: 27 de setiembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/kor/clout_case_1645_270912.html

Juzgado Cuarto de lo Civil de Tijuana, Baja California, México. (2010). Caso Clout 1676. Fecha de la decisión: 03 de setiembre. Recuperado de http://www.uncitral.org/clout/clout/data/mex/clout_case_1676_030910.html?lng=es

Tribunal de Düsseldorf, Alemania. (1994). Caso 31 O 231/94. Fecha de la decisión: 23 de junio. Recuperado de http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=115&do=case

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de España. (1994). Caso 227/2015. Fecha de la decisión: 30 de abril. Recuperado de http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/Interpretaci%C3%B3n+contra+proferentem/p2/vid/570910054

Corte de Distrito de Michigan, Estados Unidos. (2001). Caso 773. Fecha de la decisión: 17 de diciembre. Recuperado de http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=773

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Cámara Civil, Sala A de Buenos Aires, Argentina. (2017). Caso 28.298/2012. Fecha de la decisión: 13 de octubre. Recuperado de http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/content_type:2/Interpretaci%C3%B3n+contra+proferentem/vid/696238049

Páginas web

CNUDMI. (2017). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, noviembre, 2. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html.

Notas al pie

1. Noviembre, 2, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
2. Junio, 20, 2019, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en
3. Noviembre, 2, 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
4. Se ha llegado a interpretar incluso que, cuando los Estados de las partes son contratantes y estas no manifiestan expresamente la exclusión de la aplicación de la CIM, esta debe ser aplicada. En este sentido, ver los casos Clout 828, 936, 1020, 1164 y 1170. De igual forma, en el caso Clout 1166, al no haber pactado las partes un derecho aplicable y encontrarse en Estados Contratantes y haber solicitado la aplicación de la Convención de Viena, el CIETAC (China International Economic & Trade Arbitration Commission) decidió aplicarla.
5. "La reserva a los tratados internacionales es una institución jurídica que permite, a quien se dispone a prestar su consentimiento en obligarse por un tratado internacional de carácter multilateral, excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas cláusulas o disposiciones convencionales en relación a su autor". Velásquez Bo., S. M. (2013). Las reservas en los tratados internacionales. Una necesaria y general fundamentación jurídico-institucional. Anuario de Derecho, número 30, p. 128.
6. Artículo 6º: "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."
7. Al respecto, se pueden revisar además las normas de Derecho Internacional Privado, las cuales dotan de herramientas para determinar la aplicación de la Convención. Por ejemplo, los puntos de conexión que han sido empleados en casos para resolver la incógnita de si procede o no aplicar el instrumento. En este sentido, se pueden citar los casos Clout 261, 940 y 1105.
8. Hernández, K. y Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Revista jurídica de investigación e innovación educativa, número 6, p. 30.
9. Artículo 3º: "El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo."
10. Artículo 631: "También es ineficaz la obligación que tenga por objeto una cosa o acto que fuere física o legalmente imposible. La imposibilidad física debe ser absoluta y permanente, y no temporal ni relativa, con respecto a la persona que se obliga. La imposibilidad legal existe: 1º.- Respecto a las cosas que estén fuera del comercio por disposición de la ley. 2º.- Respecto de los actos ilícitos como contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres."
11. El artículo 72 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, establece en lo conducente: "Esta Ley es de orden público; sus disposiciones son irrenunciables por las partes y de aplicación sobre cualesquiera costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario, especiales o generales".
12. Monsalve, V. (2008). La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: Una doctrina europea en construcción. Revista de Derecho, número 30, p. 36.
13. Noviembre, 17, 2017, http://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf.
14. Artículo 7: "1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado." (el resaltado es propio)

15. A mayor abundancia sobre estos artículos y cómo reflejan el principio de buena fe, consultar el Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf
16. Artículo 1:201: "(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo."
17. Artículo 1.7: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber."
18. Caso Clout 1179, conocido por la Corte de Apelación del Estado de Rio Grande de Seúl, Sala 5ta de lo Civil. Fecha de la decisión: 20 de mayo del 2009.
19. Caso Clout 1184, conocido por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Comprocomex). Fecha de la decisión: 30 de noviembre de 1998.
20. A mayor abundancia, se puede analizar el caso Clout 230, conocido por el Tribunal Regional de Karlsruhe, Alemania. Fecha de la decisión: 25 de junio de 1997.
21. Ver por ejemplo los casos Clout 1017 y 1105. Así también en el caso Clout 889 se negó a una parte, conforme al principio de buena fe, invocar una cláusula que había sido concretada a partir de los usos y costumbres de las partes.
22. "La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y (…)".
23. El artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, citado anteriormente, establece que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. De igual forma, establece que las partes no pueden excluir válidamente ni limitar este deber.
24. Oviedo, J. y Urbina, L. (1999). La Formación del Contrato en los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. Revista Vniversitas, número 96.
25. Noviembre, 15, 2017, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/Second_edition_spanish.pdf.
26. Ver por ejemplo el caso Clout 445, en el que se estableció que el principio general de la buena fe requería una cooperación recíproca entre las partes y un intercambio de información pertinente para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.
27. Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. Revista de Derecho Privado, número 23, p. 196.
28. En este sentido, se puede citar el caso de China, país que en el momento de ratificar la Convención, había denunciado los artículos 11 y 29, y por lo cual, el convenio de acuerdos de compraventa debían hacerse por escrito. Un ejemplo que evidencia esto es el caso Clout 1170.
29. Caso Clout 1341. En un mismo sentido que el extracto jurisprudencial anterior, se pueden verificar los casos Clout 847, 1017, 1122,1184 y 1676.
30. García, R. (2010). La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo derecho contra la competencia desleal. Anuario da Faculta de Dereito da Universida de da Coruña, número 14, p. 35.
31. En este sentido, se puede citar el caso Clout 480, en el que el Tribunal estimó que el demandado, como profesional experimentado en la práctica mercantil internacional, debía prever garantías de ejecución de las obligaciones del demandante o las modalidades de revisión de dichas obligaciones. En caso contrario, le correspondía asumir los riesgos de un incumplimiento. En un mismo sentido se pueden revisar casos Clout 54, 102 y 277.
32. Ramírez, A. L. (2009) La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial, número 92.
33. En este sentido, se puede analizar lo resuelto en el caso Clout 549, en el que la Audiencia Provincial de Valencia indicó que la única manera de asegurar la uniformidad de la Convención en su aplicación es tomar en cuenta lo que otros tribunales en otros países han hecho al momento de aplicarla en los casos que les han sido sometidos, así como consultar las opiniones expertas de los tratadistas en la materia

para lograr esta uniformidad. De igual forma, en el caso Clout 608, el Tribunale di Rimini indicó aunque los precedentes extranjeros carecen de fuerza jurídica obligatoria, tienen un valor persuasivo, por lo que los jueces y árbitros debían tenerlos en cuenta para promover la uniformidad en la interpretación y aplicación de la CIM, como prescribe el párrafo 1 del artículo 7 de ese instrumento.

34. Díez-P., L. (1963). La doctrina de los actos propios. Barcelona: Editorial BOSCH.
35. Fueyo, F. (2009). Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
36. "3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".
37. Caso Clout 484, conocido por la Audiencia Provincial de Pontovedra, Sección Sexta. Fecha de la decisión: 03 de octubre de 2002.
38. Barbero, D. (1967). Sistema del derecho privado: introducción, parte preliminar, parte general. Ordenamiento jurídico, relación jurídica. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
39. A mayor abundancia, se puede analizar el caso Clout 685, conocido por el CIETAC. Fecha de la decisión: 1 de junio de 1999.
40. Rodríguez, M. (2008). Concepto y Alcance del Deber de Mitigar el Daño en el Derecho Internacional de los Contratos. Revista de Derecho Privado, número 15, p. 129.
41. Clout 1179, conocido por la Corte de Apelación del Estado de Rio Grande de Seúl, Sala 5ta de lo Civil. Fecha de la decisión: 20 de mayo del 2009.
42. Noviembre, 15, 2017, https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/7858/INTERPRETACION%20DE%20LOS%20CONTRATOS%20EN%20DERECHO%20ESPA%D1OL%20JVG.pdf;jsessionid=A16A-CB4A98D9570EB7ED7FE25511B773?sequence=1
43. Sentencia número 227/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, España. Fecha de la decisión: 30 de abril de 2015.
44. Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, Sala A, Buenos Aires. Fecha de la decisión: octubre del 2017.
45. A modo de ejemplo, se puede citar el siguiente caso que se encuentra en los Principios UNIDROIT comentados, sobre el principio de efecto útil: "A", una cadena comercial de televisión, celebra un contrato con "B", un distribuidor de películas, para el suministro periódico de películas a ser transmitidas por "A" durante horas de la tarde, ya que sólo en este horario se pueden proyectar películas aptas para todo público. De acuerdo al contrato, las películas deben "haber pasado la prueba de admisión" de la comisión de censura. Surge un diferencia entre "A" y "B" acerca del significado de esta frase. Mientras que "B" sostiene que "pasar la prueba de admisión" se refiere a que la comisión de censura debe aprobar la circulación de las películas, aunque la película haya sido clasificada "no apta para menores", "A" insiste en que el significado de "pasar la prueba de admisión" es el de que la calificación de la película sea "apta para todo público". Si no existe otro medio para establecer el significado de esta frase, debe prevalecer la opinión de "A", ya que la opinión de "B" dejaría sin efecto la disposición".
46. Caso Clout 123, conocido por el Tribunal Federal de Alemania. Fecha de la decisión: 08 de marzo de 1995.
47. Caso 31 O 231/94, conocido por el Tribunal de Düsseldorf, Alemania. Fecha de la decisión: 23 de junio de 1994.
48. Caso CISG 737, conocido por Corte de Distrito de Michigan, Estados Unidos. Fecha de la decisión: 17 de diciembre de 2001.

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 221-225 ISSN 2215-2377 / junio 2019

EL ESPECTRO ACTUAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

MSc. Patricia Bonilla Rodríguez *
pbonilla@Poder-Judicial.go.cr

.

RESUMEN:

La informática llegó y se quedó. Este constante progreso tecnológico que experimenta la sociedad, supone una evolución en las formas de delinquir, dando lugar, tanto a la diversificación de los delitos tradicionales como a la aparición de nuevos actos ilícitos. Esta realidad ha originado la necesidad de distinguir los delitos informáticos de los demás. La conjugación de la ciencia de la ingeniería informática con la ciencia social del derecho, ha llevado, desde el punto de vista penal, a la evolución en nuevas formas de delinquir, o bien, a la "reestructuración" de conductas ya existentes, creando desde hace más de una década el concepto de "delito informático", siendo que, posterior a ello nace el "ciber-delito", el cual se diferencia del anterior por la incorporación del uso del Internet en la actividad criminal.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Informático, Ciberdelincuencia, Ciberdelitos, Delitos Informáticos, Cibercrimen, Estafa Informática, Sabotaje Informático.*

ABSTRACT:

The computer came and stayed. This constant technological progress experienced by society, implies an evolution in the forms of crime, giving rise to both the diversification of traditional crimes and the appearance of new unlawful acts. This reality has led to the need to distinguish computer crimes from others. The combination of the science of computer engineering with the social science of law, has led, from the criminal point of view, to the evolution in new forms of crime, or to the "restructuring" of existing behaviors, creating from more than a decade ago the concept of "computer crime", being that, after that is born the "cyber-crime", which differs from the previous one by the incorporation of the use of the Internet in criminal activity.

KEYWORDS: *Computer Law, Cybercrime, Cybercrime, Cybercrimes, Computer Crimes, Cybercrime, Computer Fraud, Computer Sabotage.*

Recibido 23 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Máster en Administración de Recursos Informáticos, Licenciada en Derecho e Ingeniera de Sistemas.

La informática llegó y se quedó. Actualmente nos rendimos ante los progresos tecnológicos, cada vez son menos las tareas manuales. El mundo cambia a una velocidad vertiginosa. En el pasado podíamos tener una alta certeza de que nadie podía acceder a información sobre nuestras vidas privadas. La información era solo una forma de llevar registros. Eso ya no es así, nuestra intimidad y privacidad está en constante amenaza y riesgo, la información sobre nuestra vida personal se está volviendo un bien muy cotizado por la mercadotecnia. Cada vez más y más personas tienen acceso a esta información, sin que las legislaciones sean capaces de regularlos. Este constante progreso tecnológico que experimenta la sociedad, supone una evolución en las formas de delinquir, dando lugar, tanto a la diversificación de los delitos tradicionales como a la aparición de nuevos actos ilícitos. Esta realidad ha originado la necesidad de distinguir los delitos informáticos de los demás.

El derecho como ciencia social, tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que, regulan y rigen la conducta del ser humano que vive en una sociedad.

Por otra parte, la cibernética es conocida como una ciencia multidisciplinaria, dado la relación que se da con otras áreas, sin embargo, está íntimamente asociada a la tecnología, que forma parte de la ciencia de la ingeniería, donde mediante conocimientos científicos y tecnológicos se logra la innovación, la invención, y el desarrollo de técnicas que permiten satisfacer las necesidades de la sociedad.

Esta conjugación de "*ciencias*", ha llevado, desde el punto de vista penal, a la evolución en nuevas formas de delinquir, o bien, a la "*reestructuración*" de conductas ya existentes, creando desde hace más de una década el concepto de "*delito informático*", siendo que, posterior a ello nace el "*ciber-delito*", el cual se diferencia del anterior por la incorporación del uso del Internet en la actividad criminal.

En Costa Rica, los delitos informáticos, empiezan a normarse a partir del año 2001, con la promulgación de la Ley 8148, en la cual se adicionan al Código Penal, los artículos de Violación de comunicaciones electrónicas (196 bis), Fraude Informático (217 bis) y Alteración de datos y sabotaje informático (229 bis).

En el año 2012, se promulga la Ley No. 9048, denominada "Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos, del Título VII del Código Penal", la cual vino a modificar los artículos 167, 196, 196 bis, 214, 217 bis, 229 bis y 288 del Código Penal, donde los cambios se dieron principalmente en el aumento de las penas, y se incluyeron conductas relacionadas con el uso de redes sociales, medios informáticos, entre otros.
Por otra parte, se adicionó un inciso 6) al Artículo 229, correspondiente al "Daño Agravado", ubicado en el Título correspondiente a los "Delitos contra la propiedad", donde también se incorpora, un artículo 229 ter, correspondiente al "Sabotaje Informático".

Por último se agregó la "*Sección VIII*" al Título VII de los "*Delitos contra la Propiedad*", denominada "Delitos Informáticos y conexos", los cuales regulan temas como suplantación de identidad (230), Espionaje Informático (231), Instalación o propagación de programas informáticos maliciosos (232), Suplantación de páginas electrónicas (233), Facilitación del delito informático (234), Narcotráfico y Crimen Organizado (235) y Difusión de información falsa (236).

En relación con las normas citadas en el párrafo anterior, pareciera que lo ideal hubiese sido crear un nuevo título en el Código Penal, donde se incluyeran los "*Delitos Informáticos y conexos*". Esto por cuanto los bienes jurídicos tutelados en él no son exclusivos de los "Delitos contra la Propiedad".

Otro aspecto que, resulta necesario e importante tener en consideración cuando se trata el tema de "delitos informáticos", es que existe una

clasificación, donde, por un lado, la informática es utilizada como medio para la realización de la acción delictiva, y por otro, cuando la informática es el objeto de la acción delictiva.

La informática es utilizada como medio para llevar a cabo la actividad delictiva como por ejemplo, en delitos sexuales (pornografía, seducción o encuentro con menores por medios electrónicos), delitos contra el ámbito de la intimidad (violación de correspondencia o comunicaciones), delitos contra el ámbito de la identidad (suplantación de identidad, violación de datos personales), delitos contra la propiedad (extorsión informática, estafa informática), delitos económicos (espionaje informático), delitos contra la seguridad de la nación (espionaje), etc.

Ahora bien, la informática es utilizada como objeto de la acción delictiva, cuando la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (entiéndase que un sistema incluye, hardware, software, redes telemáticas, etc.), son vulnerados, atacados, siendo el blanco de la delincuencia. Ejemplo de esta clase de delitos informáticos son el sabotaje informático, el daño informático, la instalación o propagación de programas informáticos maliciosos, la suplantación de páginas electrónicas y la facilitación del Delito Informático.

De lo anterior, surge la interrogante, ¿será oportuno clasificar como delito informático aquellos delitos que usan como medio las tecnologías de la información? Actualmente, la mayoría de los delitos son realizados utilizando un elemento informático, por lo tanto, cada vez sería mayor la cantidad de conductas que se catalogarían en ese sentido, por tanto, pareciera que lo correcto sería clasificar un delito como tal cuando la informática sea el objeto de la acción delictiva, y no el medio para llevarlo a cabo.
Ahora bien, lo que sí debe tenerse en cuenta es que, tanto los delitos cometidos por medios informáticos, o bien como objeto de la actividad delictiva, tienen en común las siguientes características:

De rápida ejecución y alto alcance: Esta clase de delitos puede ser realizados de forma sumamente rápida. Solo se requiere pocos procedimientos, ejecutados a través de un clic, y su alcance puede ser de una a miles de personas afectadas, incluso en diferentes países.

De fácil encubrimiento: La misma tecnología permite cubrir la acción, haciéndolos difíciles de detectar. Muchas veces las personas afectadas lo pueden confundir con fallas en sus sistemas, por lo que, a la hora de querer arreglarlo, podrían más bien alterar la prueba requerida para comprobar el ilícito.

Son novedosos: Muchos de los Delitos Informáticos tienen la particularidad de ser novedosos, de reciente creación, con un alto grado de imaginación y creatividad.

No siempre son fáciles de tipificar: debido a su complejidad a la hora de determinar si se está ante un nuevo delito, o bien, si se trata de conductas ya reguladas.

Bien jurídico tutelado: Esta clase de delitos trae consigo la protección a nuevos bienes jurídicos tutelados, tal como el de la información.

Los datos informáticos son intangibles: En los delitos informáticos los daños causados son intangibles, y a eso sumaría que son difíciles de cuantificar.

Los datos informáticos son difíciles de vigilar: Por las elevadas cantidades de información, la gran variedad de sistemas, redes informáticas, falta de expertos en la materia, los déficits en el control, todo ello dificulta la vigilancia y el poder identificar y controlar las operaciones ilegales en la red. Es decir, es difícil contar con expertos que podrían denominarse "guardianes" o "policías" de la información. Muchos países ya están optando por tener sus propios "ciber-ejércitos".
Los datos informáticos son transitorios por naturaleza: El tiempo es un factor importante en la investigación de los Delitos Informáticos, las

medidas deben ser lo suficientemente rápidas para la recolección de pruebas, mientras la información relevante está aún disponible.

En cuanto a los bienes jurídicos tutelados en *esta clase de delitos se consideran como tal, la "Información"*, entendiéndose esta de forma amplia, involucrando en ella, documentos, bases de datos, expedientes electrónicos, cuentas bancarias, información médica, información industrial, etc., la cual de violentarse, podrá influir de forma transcendental en la vida de un individuo o de la colectividad, y conforme con el impacto presentado, podrá transgredir sustancialmente el desarrollo económico de uno o varios países, pudiendo llegar en pocos minutos a la catástrofe internacional.

En lo que respecta a "*Internet*", la jurisprudencia de la Sala Constitucional, por ejemplo en resolución número 10627-2010, del dieciocho de junio del año dos mil diez, ha señalado que el bien jurídico tutelado, no es la red como tal, sino el derecho a la comunicación y el derecho a la información, pudiendo incluirse acá, el derecho al conocimiento, los cuales son proveídos por Internet. Por lo tanto, a partir de ello, se obtiene, además de la Información, dos bienes jurídicos adicionales: la Comunicación y el Conocimiento. Es por las características anteriores, que la investigación, persecución y judicialización de los delitos informáticos, ha incidido en la forma en que se desarrollan algunos actos del proceso penal, lo que ha llevado a algunos países como México, Portugal, República Dominicana y Ecuador, a realizar reformas en su Código Procesal Penal, incorporando actos procesales especializados, como lo son la conservación o preservación expedita de los datos, decomiso de datos informáticos, responsabilidad del custodio, confidencialidad del proceso investigativo, reconocimiento de grabaciones, acciones encubiertas, entre otros.

En el caso costarricense, nuestro Código Procesal Penal ha permitido realizar las acciones anteriores, sin necesidad de cambios normativos, lo cual no limita a que se realice un estudio que determine una mejora en nuestra legislación.

Otros aspectos que deben definirse, están relacionados con la competencia territorial, donde se está en presencia de delitos de carácter transnacional, por lo que la armonización de las legislaciones, es de vital importancia, así como el potenciar el uso de instrumentos de cooperación internacional en la materia, tal como el Convenio de Budapest, ratificado por Costa Rica en el año 2017. También, estas actividades delictivas vienen a modificar aspectos de carácter de índole espacial y temporal de los hechos, los cuáles deben ser analizados bajo nuevos parámetros.

Ahora bien, dentro de todo el proceso penal, la obtención y conservación de la prueba es un elemento básico para lograr la verdad de los hechos. Es por ello, que en aquellas actividades delictivas donde ha mediado un elemento tecnológico o bien, la tecnología es el objeto de ésta, el tema de la "evidencia digital" reviste una especial importancia, por las características propias del elemento informático, que lo dificultan.

La obtención adecuada de este tipo de evidencia incide en la calidad probatoria, dado que, ésta puede ser comprometida, tanto física como lógicamente, al ser destruida, dañada, borrada, alterada, etc., razón por la cual, la metodología utilizada en el manejo, sistematización de la identificación, adquisición, análisis y preservación de la evidencia digital, reviste de especial importancia en la época actual, donde sin duda la "Informática Forense" es un elemento fundamental en todo este proceso.

Se estima necesario contar con guías, procedimientos, leyes, etc., que salvaguarden su integridad, tanto en su recolección, preservación y en el manejo de la cadena de custodia.

Parece oportuno también, lograr procesos de capacitación, continuos y adecuados para todas las partes que participan en ellos, de forma tal que,

durante las audiencias se tenga claro el lenguaje técnico básico, así como, aspectos fundamentales para la comprensión de esta clase de delitos.

También es necesario la creación conjunta de procedimientos, normativa, etc., para estandarizar la forma en que se da tratamiento a la "evidencia digital", así como de otras posibles actuaciones relacionadas con ello.

Si bien es cierto, por más de 30 años el OIJ ha investigado estos delitos, siendo pioneros al crear desde esa época la Sección de Delitos Informáticos, pareciera necesario que esa experiencia acumulada, debe ser canalizada y evolucionar, en la creación de un "Centro Policial Cibernético", que cumpla diversos roles, tal como: a) ser el centro de investigación en delitos informáticos, con las técnicas de informática forense de vanguardia en la región, b) ser el centro de capacitación en delitos informáticos a nivel regional y, c) ser el centro innovador en la identificación de nuevas modalidades delictivas en la materia.

También se hace necesario analizar la normativa sustantiva y procesal de estos delitos a efectos de promover proyectos de ley, que permitan un mejor abordaje, y poder asumir nuevos retos de investigación, como lo son los elementos biométricos, el uso de drones, robótica, inteligencia artificial, entre otros, y muchos que aún desconocemos que pronto surgirán.

La ciberdelincuencia llegó y crece día con día por lo que, el Derecho debe evolucionar, y buscar los mecanismos necesarios para avanzar con mayor celeridad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Miró Llinares, Fernando. El Cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Editorial Marcial Pons. 2012

Flore Prada Ignacio. Criminalidad Informática. Aspectos sustantivos y procesales. Editorial Tirant Monografías, 2012

Ortiz Pradillo, Juan Carlos. Problemas Procesales de la Ciberdelincuencia. Editorial Colex, 2013.

Sanchez Fallas, Francisco. La tramitación de los Procesos Penales. Escuela Judicial. 2009

Ministerio Público. 81 términos prácticos para comprender el proceso penal de Costa Rica, en Lenguaje no jurídico. https://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/media/attachments/2018/05/28/manual-terminos-practicosmp.pdf

Casco Maria Eugenia, Roatta, S. Fogliato, G. El tratamiento de la evidencia digital y las normas ISO/IEC 27037:2012 http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/46243

Andrade Roberto, La Administración de la Evidencia Digital. https://es.linkedin.com/pulse/la-administraci%C3%B3n-de-evidencia-digital-roberto-andrade

Bonilla Rodríguez Patricia. Tesis de Grado "Limitaciones Jurídicas y Policiales en la investigación y persecución de los delitos informáticos", 2013

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, págs 201-220 ISSN 2215-2377 / junio 2019

LA MALA PRAXIS MÉDICA EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE

Licda. Kathia Cintrón Machón*
katcinma@gmail.com

.

RESUMEN:

En el presente artículo, se aborda la responsabilidad penal en la praxis médica, cuyo objeto consiste en el reproche al indebido ejercicio al deber de cuidado por parte de la persona profesional en ciencias de la salud. Se analizarán casos para ejemplificar las consecuencias de los actos contrarios desde el marco angular del derecho penal.

PALABRAS CLAVE*: Derecho penal, mala praxis, expediente médico, paciente, consentimiento del derechohabiente, reproche jurídico penal, deber de cuidado.*

ABSTRACT:

In the following article, the criminal responsibility regarding medical praxis is approached, which purpose consists of the reproach to the improper or negligent exercise of the caretaking duty by the health sciences professional. The article aims to expose several cases, in order to visualize through examples, the consequences of the acts that are contrary to Criminal Law legislation.

KEYWORDS: *Malpractice, medical file, patient, existing right consent, criminal law reproach, caretaking duty.*

Recibido 27 de noviembre de 2018 **Aceptado 14 de febrero de 2019**

---

* Abogada y Notaria Pública, Estudiante activa de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, egresada de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. (en proceso de entregar Tesis), tiene un Diplomado Internacional en Derechos Humanos- University for Peace., y un Diplomado en Cambio Climático- Protocolo de Kioto. OEA- Fondo. Actualmente se desempeña como asesora legal del Departamento de Asesoría Jurídica del Tribunal Ambiental Administrativo (TAA), del Ministerio de Ambiente y Energía.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo ofrece una descripción general de los supuestos básicos en que subyace la mala praxis médica, representada en un daño en la salud humana, tanto en su parte física como mental, o bien ocasiona la muerte del o de la paciente, ante la imprudencia, impericia y/o negligencia en el ejercicio irresponsable de la profesión médica.

De esta forma, PATITÓ ha sostenido que "el médico contrae una obligación de medios, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo, excepto en Cirugía Plástica y Anatomía Patológica en las que la obligación es de resultados"[1].

Entonces se tratan principalmente temas relacionados con la imputación objetiva, el deber de cuidado y el consentimiento del derechohabiente. Específicamente, se interpretan cuáles son las causas por las que procede la mala praxis en Costa Rica. Para tal efecto, este artículo incluye la exploración –usando algunos ejemplos de casos– sobre la dinámica del derecho penal sustantivo.

Para tal efecto, este escrito incluye algunas recomendaciones puntuales para los y las profesionales en medicina, a fin de encomendar una mejor labor en la vida práctica profesional y una reflexión del valor a la libertad, lo cual debería prevalecer sobre los intereses económicos.

Por otra parte, se presenta una crítica constructiva al sistema administrativo judicial en cuanto a la falta de producir estadística sobre los delitos por homicidio culposo en casos por mala praxis médica, lo cual dejó de efectuarse desde el 2015. Esto incide en una adecuada labor de prevención del delito. Por otra parte, tal hecho representa una violación al derecho de acceso de información sobre un tema que constantemente –por desgracia– ha sido objeto de una inmediatez mediática desde el ámbito periodístico y las redes sociales, sin dejar por fuera la preocupación por parte del Ministerio Público y del Colegio de Médicos y Cirujanos.

II. El derecho penal en el Estado de derecho

El ius puniendi de un Estado democrático de derecho es la ultima ratio para proteger los bienes jurídicos; pero también, es un instrumento de control social. Se caracteriza en que la intervención llega a manifestarse conforme al hecho, cuya función es de carácter preventivo en relación con la protección de bienes jurídicos determinados y sobre el cual se pretende garantizar el principio de legalidad[2] (art. 39 Constitución Política; art. 1 Código Penal y Código Procesal Penal). En tanto, "debe castigarse a la persona por lo que hace, no por lo que es"[3]. (Llobet, 2015).

PARMA, citando a ZAFFARONI, define el derecho penal de la siguiente manera: "Es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poner punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho"[4].

Así, el Código Penal costarricense se circunscribe en establecer la pena que se clasifica bajo dos dimensiones: "Penas Principales: la prisión, el extrañamiento, la multa y la inhabilitación. Penas Accesorias: la inhabilitación especial. Y como bien Murillo y Aguilar lo han explicado (2014, p.19): "*[…] Los efectos de la sanción penal no se limitan al sentenciado sino que de ordinario la pena tiene un efecto extensivo a su grupo familiar, que con la sanción se ve sometido a la dinámica y limitaciones propias de la vida carcelaria*"[5].

Dicho lo anterior, a mi juicio y a fin de contextualizar, lo que representa la sanción más represiva que la persona condenada puede recibir es la supresión de la libertad. TIFFER indica: "pueden ser juzgados y sancionados por mala praxis, los casos de homicidio culposo (art. 117 CP), aborto culposo (art. 122 CP) y las lesiones culposas (art. 128 CP)"[6].

Merece atención, entonces, que el operador jurídico tiene la responsabilidad en cuanto

"debe partirse de que el Derecho Penal y la pena privativa de libertad, aunque necesarios, deben aplicarse conforme al principio de mínima intervención"[7].

Una vez que es condenada a prisión, la persona profesional en ciencias de la salud, como cualquier otra privada de libertad, puede llegar a reflexionar en el mejor de los casos sobre su actuar. En mi opinión, considero en lo particular que esa reflexión puede lograr contextualizarse en que tiene más libertad el árbol mismo, cuyas raíces se nutren y se extienden sin límite. Sus ramas reciben la vida misma, sintiéndola al compás de las aves que reposan de su andar. Su sentir florece a lo dispuesto por las leyes de la Pachamama, mientras que el alma de la persona condenada es más pobre en sí misma, pues su soledad es existencial tanto de día como de noche. Sus compañeros fieles son el sol y la luna, quienes lo unen al recuerdo del que una vez fue gaviota que surcaba los hilos del camino de la vida.

Las noches son tan oscuras que la tristeza se apodera para carcomer cada parte de su ser, más quisiera ser como el fuego, a fin de destruir todo recuerdo de ese fatídico día que lo encaminó en el pasillo de la soledad, y tener el poder de retroceder el tiempo para volver al punto previo del hecho cometido, cuando el remordimiento ha sido capaz de provocar en él, poder reconocer su error ante el peso que carga su alma, tal si fuera galena. Como Foucault señaló: *"[…] ya no es el cuerpo, es el alma"*. Por ende, la vida misma ya no es vida.

La esperanza se disipa como la neblina al calor, pues ella misma es invisible a los ojos de cualquiera. Comprender la esencia pura de la libertad es el entendimiento generado de una vida entre rejas, porque solo aquella persona que lo ha estado la valora más que cualquier otro. Mientras tanto, se sobrevive en un mundo de fieras en que el más fuerte acecha a su presa de manera sigilosa para atacar, ya sea este el verdugo (Policía penitenciaria[8]) o el resto de la comunidad que es "una pequeña nación en el seno de la grande" que se halla insertada en el aislamiento, cuyos "muros son el castigo del crimen" (Foucault).

Así como el bosque cuenta con los ecosistemas más diversos, las cárceles cuentan con los más diversos criminales. Las energías del pasado recorren los pasillos, en que el dolor impregnado se encuentra en el ambiente, y cuyas paredes del centro penal son las únicas testigos desde su creación. Si ellas pudieran hablar, ¿qué horrores nos contarían?

III. La imputación objetiva en la práctica médica

La imputación objetiva consiste en atribuir un hecho a alguien en que "la acción haya creado un peligro no permitido, y que el resultado producido sea la realización de ese peligro"[9] (Bacigalupo, 1985); por ejemplo, cuando la víctima (paciente) fallece debido a un error médico. Esto significa que la acusación que se plantee ante el Ministerio Público *"[…] debe concretar cuáles reglas de la lex artis médica se consideran vulneradas"*[10].

En el apartado anterior, se mencionó que la sanción por mala praxis médica, que consiste en superar el riesgo permitido, puede corresponder en casos de:

i. **<u>Homicidio culposo:</u>** Art. 117: Se impondrá prisión de seis meses a ocho años a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho (se aplican dos penas: prisión e inhabilitación) Ejemplo: *"[…] incorrecta aplicación de maniobras indebidas ejecutadas por el justiciable XX, quien de forma desmedida presionó la cavidad pélvica de la paciente para provocar la expulsión*

del producto, lo que finalmente significó las lesiones presentadas por la menor que acabaron con su vida"[11].

ii. **Aborto culposo:** Art. 122: Será penado con sesenta a ciento veinte días multa, cualquiera que por culpa causare un aborto (pena: multa).

iii. **Lesiones culposas:** Art.128: Se impondrá prisión hasta de un año o hasta cien días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá **inhabilitación** de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho (pena: ya sea prisión o multa, más inhabilitación).

Al ser esos tres delitos de carácter culposo, sobre los cuales subyace la conducta contraria a derecho que crea un peligro para el bien jurídico tutelado, que corresponde a un riesgo no permitido por causa de la falta de diligencia o de cuidado al actuar con "imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes",[12] implica que se requiere para la ejecución de "ciertos elementos personales del autor en relación a la acción injusta, para poder emitir un juicio de reproche jurídico penal[13], tales como los mencionados por TIFFER: "falta del deber de cuidado, la actuación temeraria, el grado de culpa y la magnitud del daño causado"[14].

Entonces, la actuación médica es juzgada de manera individual, ya que "cada uno responde por lo que le corresponde y hace"[15]. En caso de que no pueda probarse en juicio el nexo causal de la acción, se deberá ejecutar el principio *in dubio pro reo* a la persona imputada.

En ese contexto, mediante una sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia emitida el 9 de septiembre de 2010, se determinó cuál era la función del juez[16], al momento de tener que dilucidar:

Al juez le corresponde **delimitar**, mas no definir según su voluntad, aquellas acciones a las que, en virtud de l**as pautas médicas vigentes** al momento de los hechos, están obligados los profesionales en enfermería de una sala de cuidados posoperatorios", *entiéndase profesionales en ciencias de la salud;* por ende, implica **"la identificación de las reglas del saber médico especializado que rigen en una actividad, situación o procedimiento médico específico[17]"** obre el caso concreto y cuya decisión debe contener una descripción analítica de cada una de las pruebas aportadas en el proceso, a fin de validar el razonamiento al que se llega.

Además, es relevante indicar que en esta clase de delitos procede la conciliación entre el autor y la víctima, "en los que se busca una solución negociada al conflicto que origina el delito."[18], "a fin de evitar el juicio y una eventual condena"[19].

a) ¿Qué se entiende por deber de cuidado en la actividad médica?

El deber de cuidado en la actividad médica es un elemento de contenido de la conducta imprudente […] se desprende que al sujeto no se le reprocha el haber omitido algo, sino el haber realizado un peligro no amparado por el riesgo permitido, pero sí abarcado por el fin de protección del tipo, que se ha realizado en un resultado típico[20] (TIFFER, 2008).

Por ejemplo, en la sentencia 131-2000 del 17 de octubre de 2000, el Tribunal de Guanacaste expuso en lo conducente:

> *[…] fue imprudente, imperito y que faltó al deber de cuidado como médico especialista en obstetricia, pues él conocía que dicho medicamento estaba en experimentación y que tenía efectos incontrolables". Por ende, el médico debe "evitar peligros para la vida, la integridad física o la salud.*[21]

Esto nos lleva al concepto de lex artis, que es "la suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica"[22] (CESANA, 2018).

Al respecto, con relación al tema, en la sentencia n.° 950-2010 emitida el 9 de septiembre de 2010, la Sala Tercera indicó:

> ***el principio de legalidad penal debe tener al menos un mínimo grado de vigencia en el caso de los delitos culposos de mala praxis médica.*** *Con ese fin, según lo requiere el principio de legalidad penal, la acción o la omisión típica en esta clase de delitos debe ser delimitada claramente mediante la consideración de las denominadas reglas o pautas de la lex artis médica. Las pautas de la lex artis médica están compuestas tanto por el conocimiento sistematizado y validado por la ciencia médica, como también por las normas de experiencia o costumbres que, si bien no se encuentran formalmente sistematizadas mediante formulaciones teórico-científicas, gozan de un alto grado de reconocimiento, reiteración y vigencia en los distintos ámbitos y procedimientos vinculados con las ciencias de la salud y con la praxis en que estas se implementan. Expuesto de otra manera, brevemente,* ***en los delitos de mala praxis médica, el contenido de las acciones u omisiones típicas, -si es que se quiere respetar mínimamente el principio de legalidad penal-, debe ser delimitado a partir de la identificación de las reglas del saber médico especializado que rigen en una actividad, situación o procedimiento médico específic****o. Al igual que sucede con los delitos dolosos, en los delitos culposos de mala praxis médica el juez no tiene la potestad de definir la acción típica desde criterios antojadizos o subjetivos porque ello vulneraría el principio de legalidad penal. De modo que, con ese fin, para el caso particular que nos ocupa, lo primero que debe dilucidarse mediante la fundamentación jurídica del juez penal es cuáles reglas de la lex artis regían al momento de los hechos. (El subrayado no es de su original).*

Diversos medios de comunicación recientemente han informado sobre "pacientes con complicaciones por cirugías estéticas mal hechas"[23]. Sobre ello, la Oficina de Prensa del Hospital Calderón Guardia informó al periódico La Nación que "Solo en setiembre del 2017, recibimos cuatro mujeres […]". Por su parte, el Hospital San Juan de Dios informó: "Las complicaciones son múltiples: hay perforación de vísceras huecas por liposucción, necrosis de piel (muerte de tejido) por cirugía de abdomen e infecciones; también reacciones adversas por inyección de materiales extraño de relleno".

Así la consecuencia configura el ejercicio de una conducta socialmente reprochable por parte del o de la profesional en ciencias de la salud, lo cual propicia una absoluta violación al derecho humano a la salud y, por ende, en alguno de los casos, el derecho a la vida.

El desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justica ha permitido connotar el derecho humano a la salud como un derecho fundamental. La jurisprudencia patria lo ha reconocido así:

> *[…] si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa ese derecho -aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste* ***-el derecho a la vida-*** *es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre*

> *ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y* ***tratamiento de las enfermedades***[24]*. (El destacado no es de su original).*

En relación con la situación nacional, conviene mencionar el Informe anual de labores 2014-2015 de la Defensoría de los Habitantes de la República, quien realizó una investigación sobre los procedimientos estéticos y reconstructivos que se realizan. Al respecto, indica:

> *Es necesario que el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica y el MS conjuntamente desarrollen un plan para el público sobre el derecho a la información de los pacientes que se realizan este tipo de procedimientos y acerca de los procedimientos en casos de denuncia, verificando el cumplimiento de la Ley 8239 Derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud públicos y privados, en cuanto al uso de consentimiento informado en los procedimientos de cirugía plástica y reconstructiva, así como a quienes practican la medicina estética y cirugía cosmética*[25]*. (El destacado no es de su original).*

Desde esta perspectiva, debe tomarse en cuenta que las actuaciones irregulares comprenden la necesidad de implementar medios de control a fin de garantizar lo estipulado por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en tanto, el concepto "salud" fue definido en los siguientes términos:

> *La salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."; así como, por la Ley Nº 5395 del 30 de octubre de 1973, del que interesa resaltar lo concerniente al artículo 1º: "La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado."; como el artículo 2º: "Es función esencial del Estado velar por la salud de la población [...].*

b) El consentimiento del derechohabiente:

El primer aspecto que enerva el presupuesto objeto de este acápite reside al tenor del artículo 28 de la Constitución Política[26], el cual parte de "la libertad de acción y la libertad de determinación"[27] (autonomía de voluntad).

En este contexto, es importante recordar lo establecido por el artículo 26 del Código Penal que se encuentra prevista en la Sección IV "Causas de justificación" del Libro I Disposiciones generales: "No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo". En este sentido, el consentimiento del derechohabiente es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la acción, dado que ha existido una información previa que se brinda al paciente.

CESANO, citando a BARREIRO, ha señalado al respecto:

> *Cuando el legislador penal tipifica el delito de lesiones, no esta contemplando la conducta del cirujano que realiza una intervención quirúrgica arriesgada, con finalidad curativa, objetivamente*

> *indicada y conforme a la lex artis. […] Las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico[28]. (El subrayado no es de su original).*

Esto ha llevado a orientar que no procede "en aquellos delitos culposos cuyo bien jurídico pertenece al Estado[29]. Por ejemplo en los delitos de aborto culposo, "porque el bien jurídico tutelado, -la vida del feto-, no pertenece a la mujer embarazada y nadie puede consentir por el feto"[30].

En los casos correspondientes a **homicidio culposo,** la propuesta de CASTILLO se construye al indicar que

> *Este consentimiento para la acción riesgosa, que desemboca en el homicidio, está también sujeto a que la acción emprendida no contradiga la ética social, como en las lesiones. Por tanto, si a pesar del consentimiento, el acto contradice la ética social, este consentimiento no puede justificar el hecho culposo[31]. (El destacado no es de su original).*

Actualmente, llama la atención que, a partir del 2015, el Poder Judicial dejó de reportar en la estadística los delitos por homicidio culposo en la temática de este artículo, porque se mezcla con otra diversidad de casos que impiden su identificación. Este hecho conlleva a una imperante necesidad de conducir a la persona usuaria a ser informada verazmente de la situación en que subyace el país para el desarrollo de la política criminal que debe ser encaminada a la prevención del delito. En palabras de Franz Von Liszt: "La mejor política criminal es una buena política social"[32].

Cuadro n.° 1

Ministerio Público: Casos entrados anualmente por homicidio y lesiones culposas por mala praxis
Según: Delito denunciado
Por: Año
Durante: 2014-2017

Delito por mala praxis	Año			
TOTAL	2014	2015	2016	2017
	438	503	558	549
Homicidio culposo	54	0	0	0
Lesiones culposas	384	503	558	549

Fuente: Anuarios estadísticos judiciales de los años indicados, emitidos por la Dirección de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica.

De lo expuesto y a fin de concretizar para facilitar la comprensión para aquellas personas que no son operadoras jurídicas, se puede ofrecer la construcción de requisitos elaborada por CESANO[33], para que el consentimiento actúe como causa de atipicidad.

1) Es necesario que la autorización sea otorgada por el titular del bien jurídico; esto es el paciente que va a ser intervenido.
2) Debe ser una declaración de voluntad.
3) Debe ser prestado con anterioridad a la intervención.
4) El consentimiento debe prestarse en relación con una situación concreta.
5) El consentimiento debe ser informado, por ejemplo: tratamiento, riesgos que haya, tratamiento en caso de complicación, etc.
6) Es revocable en cualquier momento.

IV. Algunas recomendaciones puntuales para las y los profesionales en medicina

En este acápite, se pretenden ofrecer algunas recomendaciones para la labor diaria de las y los profesionales en medicina, las cuales pueden hacer la diferencia entre la libertad y el encierro.

En la resolución 2001-1098 del 16 de noviembre de 2001, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en lo referente a un sistema de libre apreciación de los medios de prueba que

> *[…] no existe ni un minimum ni un maximum para poder tener por demostrado o no un hecho concreto atribuido a un presunto autor o partícipe; no es entonces un asunto de cantidad probatoria, sino de calidad e idoneidad de los medios a fin de que las inferencias de ellos extraídas por los juzgadores, resulten lógicas y ajustadas a las máximas del correcto entendimiento humano […]. (El destacado no es de su original).*

- Dejar constancia de cualquier información que se le suministre al paciente en el expediente clínico. El expediente debe estar identificado con número, nombre y apellidos, número de identificación personal, orden cronológico, foliado y completo, conforme a lo estipulado por el artículo 32 del Reglamento del Expediente de Salud de la CCSS Sesión No. 7366 de 3 de setiembre de 1999. El responsable del expediente médico es el médico.
  (Publicado en La Gaceta n.° 189 del 29 de septiembre de 1999 y sus reformas).

  Esto también implica que el médico por ningún motivo debe consignar información falsa, ya que ello implica el delito de falsificación de documentos privados, conforme a lo estipulado en el artículo 368 del Código Penal.
- Debe realizar monitoreo al paciente, a fin de mostrar la evolución posterior a la intervención o aplicación de un producto. Asimismo, se recomienda que se indiquen las complicaciones que sufre el paciente.
- Una correcta comunicación entre el personal hospitalario, clínica o consultorio médico con el paciente, a fin de cumplir con el principio de acceso a la información.
- La actividad debe realizarse en instalaciones adecuadas que cumplan con el Permiso Sanitario de Funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud, el cual debe indicar la actividad que el médico realiza. Debe hacerse hincapié que es al Ministerio de Salud a quien le corresponde ejercer mecanismos de control; pero ello no opta que el médico gestione al Área Rectora de Salud para que realicen la respectiva visita.
- Que el procedimiento esté autorizado por el Colegio de Médicos.
- La información publicitaria que consta en la página web, panfletos, tarjetas de presentación, etc. debe circunscribirse según la especialidad del médico[34]. No debe implicar que un médico general asuma funciones que no lo legitima como médico especialista; por ejemplo: ofrecimientos de procedimiento quirúrgico propios de cirugía plástica y reconstructiva (aumento de glúteos, cirugía de mamas, cirugía de papadas, abdominoplastia, etc.).
- Todo producto médico a utilizar en el centro de salud debe tener registro sanitario, el cual es emitido por la Dirección Regulación de Productos de Interés Sanitario del Ministerio de Salud. Asimismo, debe llevar un registro ordenado y clasificado del ingreso, uso y/o desecho. También debe incluir aquellos productos que son dados como muestras por casas farmacéuticas.

V. CONCLUSIONES

El médico o la médica tiene una absoluta obligación de iniciar su actuación con el diagnóstico que ofrece al o a la paciente, y de

seguido el tratamiento[35] conveniente conforme a los síntomas clínicos, siempre que se cumpla con los procedimientos admitidos por la lex artis, ya que el comportamiento que se ejecute tiene por objeto una disminución del riesgo. Por tanto, es preciso que documente todo lo actuado a fin de permitir la verificación del proceso seguido. Acto contrario a ello, solo demuestra una deficiente atención a la salud.

El riesgo de la profesión siempre va a estar latente, por lo que debe disponer de conocimientos prácticos y afines a la legislación nacional para no producir acciones arbitrarias que puedan implicar el delito de homicidio culposo, lesiones culposas o aborto culposo, cuyo resultado es la supresión de la libertad e inhabilitación del ejercicio de la profesión prevista en el artículo 117 del Código Penal costarricense.

Partiendo de estas ideas, es preciso citar al Profesor TIFFER, quien nos indica acertadamente que

> *El catálogo de penas por los delitos culposos es criticable principalmente por la pena de prisión, la cual debería sustituirse por otras formas de reacción que cumplirían mejor los fines de prevención especial o general que deben buscar las penas; tal es el caso de la amonestación con reserva de pena, el servicio en favor de la comunidad, las reglas de conducta y la reparación integral del daño, entre otras[36].*

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍCAS

Bacigalupo, Enrique. (1985). Lineamientos de la teoría del delito. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Castillo González, Francisco. (1998). El consentimiento del derechohabiente en materia penal. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Cesano, José Daniel. (2018). La responsabilidad penal médica. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda.

Chan Mora, Gustavo. (2007). Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar. (2005). En los linderos del ius puniendi. Principios constitucionales en el derecho penal. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A.

Demetrio Cresto, Eduardo. (2013). Culpabilidad y fines de la pena. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, Ernesto. La responsabilidad del Estado juez. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Llobet Rodríguez, Javier. (2015). Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Tiffer Sotomayor, Carlos. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: Estudio sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Sanz Mulas, Nieves y Alberto García Chavez. (2017). Manual de política criminal. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Parma, Carlos. (2018). Teoría del delito. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Patitó, José Ángel. Medicina legal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte, 2000.

JURISPRUDENCIA

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: sentencia 2010-950, 9 de septiembre de 2010, 10:10 horas. Expediente 02-22896-0042-PE.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: sentencia 2011-913, 29 de julio de 2011, 10:56 horas. Expediente 06-000194-0068-PE.

Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón. Sentencia 15-2009-PE del 16 de febrero de 2009, 10 horas. Expediente 06-000194-0068-PE.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de amparo: voto 1915-1992, 22 de julio de 1992, 14:12 horas. Expediente 92-001915-0007-CO.

Notas al pie

1. José Angel Patitó. (2000). Medicina legal. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte, 86.
2. Sobre el tema, Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar. (2005). En los linderos del Ius Puniendi. Principios constitucionales en el derecho penal. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 159. Al respecto la autora indica: "[…] proporciona garantía de seguridad jurídica en la medida en que las personas saben las conductas que pueden o no realizar y, en este último caso, las sanciones a que se exponen".
3. Javier Llobet Rodríguez. (2015). Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 241.
4. Carlos Parma, Teoría del delito. (2018). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 41.
5. Roy Murillo Rodríguez y Gabriela Aguilar Herrera. (2014). Ejecución penal: derechos fundamentales y control jurisdiccional. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 19.
6. Carlos Tiffer Sotomayor. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudio sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 42.
7. Eduardo Demetrio Cresto. (2013). Culpabilidad y fines de la pena. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 17. La referencia corresponde a la presentación del libro por parte del Dr. Javier Llobet.
8. En el caso de la muerte en el 2011 del recluso Johel Guillermo Araya Ramírez, dentro de una celda de Máxima Seguridad en Costa Rica, los sospechosos de asesinarlo fueron diez oficiales de la Policía penitenciaria, los cuales fueron absueltos por duda ante la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio de Alajuela. Al respecto, es una muerte que quedó impune, cuando es el propio Estado quien tiene el deber de
9. Enrique Bacigalupo. (1985). Lineamientos de la teoría del delito. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 42.
10. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: sentencia 2010-950, 9 de setiembre de 2010 10:10 horas". Expediente 02-22896-0042-PE. El voto fue redactado por el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez.
11. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: sentencia 2011-913, 29 de julio de 2011 10: 56 horas. Expediente 06-000194-0068-PE. El voto fue redactado por la magistrada Magda Pereira Villalobos.
12. Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, sentencia 15-2009-PE del 16 de febrero de 2009, 10 horas". Expediente 06-000194-0068-PE. La sentencia fue redactada por Olman Alberto Ulate Calderón.
13. Gustavo Chan Mora. Adultocentrismo y culpabilidad penal juvenil. (2007). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 163.
14. Carlos Tiffer Sotomayor. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudio sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 42.
15. Carlos Parma. (2018). Teoría del delito. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 95.
16. Sobre este aspecto, el juez, cuya "función jurisdiccional radica en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es, en conocer, resolver o dirimir definitivamente las controversias planteadas y en ejecutar lo resuelto (artículo 153 de la Constitución Política)". Ernesto Jinesta Lobo. (2004). La responsabilidad del Estado juez. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 41.
17. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación: sentencia 2010-950, 9 de septiembre, 2010 10:10 horas". Expediente 02-22896-0042-PE. El voto fue redactado por el magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez.
18. Carlos Tiffer Sotomayor. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudio sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 45.

19. Ibidem, 46.
20. Carlos Tiffer Sotomayor. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: Estudio sistemáticos de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 31.
21. Ibidem, 31.
22. José Daniel Cesano. (2018). La responsabilidad penal médica (Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda., 10.
23. Ángela Ávalos. (18 de noviembre de 2018). Mujeres acaban en hospitales públicos víctimas de las cirugías estéticas. La Nación, 4A.
24. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 1915-1992, 22 de julio de 1992, 14:12 horas", expediente 92- 001915-0007-CO. El voto fue redactado por el magistrado Luis Paulino Mora Mora.
25. Defensoría de los Habitantes. Informe anual de labores 2014-2015, p. 185, sitio web, consultado 16 de noviembre de 2018, http://www.dhr.go.cr/transparencia/informes_institucionales/informes/labores/documentos/if2014_15.pdf
26. Ver Constitución Política (1949), artículo 28.-Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
    Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.
    No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.
27. Francisco Castillo González. (1998). El consentimiento del derechohabiente en materia penal. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 47.
28. José Daniel Cesano. (2018). La responsabilidad penal médica. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda., 95.
29. Francisco Castillo González. (1998). El consentimiento del derechohabiente en materia penal. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto, 62.
30. Ibidem, 62.
31. Ibidem, 67.
32. Nieves Sanz Mulas y Alberto García Chavez. (2017). Manual de política criminal. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 32.
33. José Daniel Cesano. (2018). La responsabilidad penal médica. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda., 113-117.
34. Se refiere en ser una persona experta para conocer mucho sobre una determinada área.
35. CESANO, define tratamiento como "[…] actividad llevada a cabo por el médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo". José Daniel Cesano. (2018). La responsabilidad penal médica. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F Ltda., 41.
36. Carlos Tiffer Sotomayor. (2008). Responsabilidad penal por mala praxis: estudio sistemático de casos. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continent

Entrevistas

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 124, págs 240-242 ISSN 2215-2385 / junio 2018

EXTRACTO DE ENTREVISTA AL MAGISTRADO DE LA SALA SEGUNDA DR. JORGE OLASO ÁLVAREZ

Don Jorge, ¿nos puede contar un poquito de su vida, , cómo se formó el ser humano que día a día toma decisiones importantes desde uno de los cargos más altos de la Corte, como lo es ser Magistrado de la Sala Segunda?

Muchas gracias, primero reitero el honor en tomarme en cuenta para esta entrevista. Mi historia cotidiana en el Poder Judicial empezó cuando tenía 18 años porque mi mamá era secretaría de abogados, ella trabajaba en el Bufete de Don Bernando Van der Laat y don Rodrigo Madrigal Nieto. Yo estudiaba en el Colegio y prefería irme al bufete de ellos y venir a dejar los escritos con los mensajeros a los Tribunales y desde ahí yo decía que bonito esto de los Tribunales. Después empecé a estudiar derecho, la vocación me dirigió más al Poder Judicial y a los 18 años empecé como meritorio en el Juzgado Primero Civil de San José , después de ahí pase como técnico judicial, lo que antes se conocía como escribiente 2 y 4, un escribiente manifestador que es el que recibe a la gente, les busca expedientes. Después pasé a ser escribiente de los que resuelven y por último fue mi primer despacho donde hice mi permiso como juez de primera instancia civil. En esa época el Poder Judicial tenía una visión distinta de la administración de justicia, ahora a la gente le gusta estar más en el centro, antes la visión que tenían los magistrados y magistradas en ese momento era más bien mandarlo a uno fuera de la provincia fuera de San José para que aprendiera y adquiriera la madurez no solo intelectual, sino también personal. Que el juez o jueza viviendo afuera, asumiera responsabilidad al vincularse con la gente de provincias, y adquiriera otra forma de ver el mundo y ya después de un tiempo determinado lo traían a uno habiendo adquiere un importante bagaje de experiencias. Esto desgraciadamente después se perdió.

Don Jorge este trabajo es muy demandante. ¿Qué hace usted en su tiempo libre?

En mi tiempo libre lo que hago es mucho deporte, de hecho fue algo que siempre compaginaba paralelo con mis actividades. Y esto tiene que ver con la propia historia de mi vida. El deporte fue quizá mi primera lucha desde el punto de vista de discriminación por discapacidad, porque yo nací con un derrame cerebral y al momento de nacer afectó la parte derecha mi cuerpo. Mi mamá era una persona muy fuerte y pujante. Usualmente con una persona con discapacidad lo que haría es protegerla mucho, pero mi mamá por el contrario pensaba que si me iban a golpear que lo hagan de una vez. Ella pensaba que la vida no hace

diferencias, y no hacer diferencias fue la situación que yo en el deporte comprendí porque es quizás donde más le cuesta integrarse, pues usualmente los niños cuando decían no este no va a jugar porque pensaban que no podía hacer lo que los otros podían hacer. Esta fue la primera lucha por la aceptación, que conlleva una inclusión de cualquier persona con discapacidad. Yo la tuve desde muy pequeño y se manifestó en el deporte y esa manifestación me ha acompañado toda la vida, para mí es una integración y un canto a la vida el hecho de estar todos los días haciendo lo que me costó tanto en un principio y no lo voy a soltar nunca, esto fue lo que me llevó al fútbol. El futbol fue una situación de integración, usted no quiere que lo traten como él pobrecito sino que simplemente cuando yo veo que viene la primera jugada y me botan, me levanto y sigo sin importar si me van a botar de nuevo, me siento integrado.

Centrándose en su trabajo diario, a la Sala Segunda le corresponde la jurisdicción laboral y de familia. Ubiquémonos primero en lo laboral. ¿Cómo ha visto la puesta en marcha de la reciente reforma laboral?

Yo tengo dos grandes amores civil y laboral. Las reformas en esos campos son muy distintas, La civil es más integral, muy ordenada, más estructurada, muy propia del pensamiento civil y de los precursores de la reforma. En cambio la laboral es muy propia de las ciencias sociales es una norma quizás no tan integralmente y constructora como la civil, lo que le permite a uno crear bases, es más una norma para el juez porque permite integrar jugar con la norma. La verdad a las dos les tengo un amor particular, pero la labor es la que más me gusta porque me permite jugar desde un campo más social sin tanta formalidad como la de la estructura civil, le permite juez esa capacidad de estar integrando, modificando, interpretando, creando a fin de cuentas ejercer esa función creativa del juez y la jueza, tan importante desde esta función jurisdiccional social.

¿Por qué razón cree usted, se están planteando tan prontamente reformas a esta legislación laboral?

Desde mi nombramiento de Magistrado recuerdo que la primera pregunta que me hicieron varios periodistas fue por qué estas reformas. Como legislador o legisladora cuando creo la norma puedo tener una visión del sistema, pero también tengo intérpretes. Yo no puedo quitar la visión de interpretar la situación de la norma y de ahí la interrogante de ¿por qué reformas sobre la reforma? Sencillamente porque el intérprete le da otra visión a instituciones que quizá no quedaron muy claras y ello permite otras interpretaciones. Yo siempre he considerado que partimos de la partitura que es la norma pero no olvidemos que el juez o la jueza es el que rinde cuentas, el que va a tocar la canción y la interpreta en función de lo que quiero hacer desde su punto de vista social.

El otro campo que plantea una gran reforma es el derecho procesal de familia, tres proyectos que salieron del seno de la Corte de Justicia, sin olvidar también el proyecto de Código Procesal Agrario. Ahora parece que hay cierto interés en aprobarlo ya que por ejemplo en esta área se está utilizando el Código Procesal Civil viejo el de 1988 ya que se esperaba que para cuando saliera el nuevo Código procesal Civil, estuviera aprobado el procesal de familia, lo cual no ocurrió. ¿Qué opina al respecto?

El tema más apremiante es la capacitación, la preparación para jueces y juezas ante la nueva normativa. Debe tomarse en cuenta la nueva visión en muchos aspectos como la ley de Promoción de Autonomía de las Personas con Discapacidad, que choca con la visión que ha tenido el derecho

civil, donde con la reforma de Familia en este tema, debe partirse en cómo atender el problema de la discapacidad cognoscitiva y volitiva, pues desde el punto de vista de la nueva norma lejos de excluir más bien incluye, entonces son visiones pienso yo, que son propias del derecho de familia pero que deben ser integrales con el derecho civil. Cuesta mucho comprender las nuevas visiones desde el Código Procesal Civil de 1988, estructurado a un ordenamiento jurídico visualizado al Código de Napoleón, cambiar por ejemplo la visión que se tenía en éste de la curatela. Yo les digo a mis alumnas y alumnos cuando hablamos de eso que es como salir con un mosquete teniendo a la par un rayo láser por eso es importante la aprobación de esta nueva legislación para integrar e interpretar mejor las nuevas realidades sociales.

¿Don Jorge, cada magistrado tiene su propio caballito de batalla o varios caballos de batalla para lograr mejoras en algún campo de su interés. Cuál es su o sus caballitos de batalla?

Mis caballitos de batalla van apilados, primero que nada la comisión laboral donde integro, la comisión de familia donde también integro, la de civil que son las tres especialidades de esta Sala. Para mí la más importante y me genera más desvelos es la Comisión de Accesibilidad y dentro de la cual están privados de libertad, personas con discapacidad, personas adultas mayores, personas migrantes, es decir la integran una serie de grupos que desde el punto de vista la hacen muy interesante y ahora en una recién que me acaban de nombrar que es la presentación de Costa Rica en la comisión de la Haya en materia de Restitución de Personas Menores de edad y los procesos respectivos. Nunca se había dado la oportunidad de nombrar un Magistrado titular y la Corte tomo la decisión de nombrarme a mí como representante para esos tipo de procedimientos de restitución. Esto va a generar también el estudio de situaciones que para uno desde el punto de vista del derecho de familia es muy interesante a tomar en cuenta desde la perspectiva del convenio de la Haya.

Entrevista realizada por Dra. Vilma Alpízar Matamoros

Reseña de Libros e Investigaciones

Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, Nº 126, pág. 246-247 ISSN 2215-2377 / junio 2019

RECENSIÓN DE LA OBRA PRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO DEL PROFESOR FEDERICO TORREALBA NAVAS

Se ha publicado, en primera edición año 2019, la obra en cuatro tomos Principios del Derecho Privado, por Federico Torrealba Navas, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

El trabajo emerge bajo un doble sello editorial, costarricense (Editorial Juricentro) y argentino (IJ Fondo Editorial); lo cual viene a afirmar la proyección internacional del autor, cuyo tratado sobre la Responsabilidad Civil se cita en las revistas latinoamericanas especializadas. La obra que hoy comentamos fue presentada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco del último Congreso de la Asociación Iberoamericana de derecho Privado.

Principios del Derecho Privado es una obra poco común: por la amplitud de sus contenidos, por su claridad y por su profundidad. Pocas veces se ha emprendido y logrado, en nuestro medio, un tratado con tan amplio rango de contenidos. El trabajo del profesor Torrealba abarca la parte general, el derecho de la persona física, la persona jurídica, los derechos reales, las obligaciones, la propiedad intelectual y la teoría del negocio jurídico. Cada figura y cada principio se exponen de manera cristalina, mediante definiciones cuidadosamente elaboradas, enriquecidas con atinados ejemplos. El autor capta la esencia de las instituciones del Derecho Privado, y las expone con sobriedad y marcada vocación didáctica.

El Tomo I comprende la parte general -prolegómenos- y la persona física. Los prolegómenos inician con una síntesis de la evolución histórica del Derecho Privado, muy útil para aprehender una visión de conjunto. Subsecuentemente, se abordan las fuentes del derecho, la interpretación de las normas, la aplicación de las normas en el tiempo y en el espacio, la eficacia y las situaciones jurídicas. El autor ofrece sus propias variaciones sobre la teoría falzeana de la eficacia, demostrando su vigencia y utilidad práctica.

El estudio de la persona física parte de las cuestiones jurídicas relativas al inicio de la vida y la filiación natural y adoptiva. Al abordar la protección especial de los niños, niñas y adolescentes, la obra apuntala uno de sus leit motifs: la emergencia de un Derecho civil, impregnado de "ese nuevo y portentoso Derecho natural, el de los Derechos Humanos". Desde esta óptica recorre las relaciones de pareja, los derechos de la personalidad, la igualdad de género, la donación y trasplante de órganos, el nuevo Derecho de las personas con discapacidad, y la tutela de las personas adultas mayores. Trata, también aspectos prácticos relativos a los distintos domicilios de la persona física y la ausencia. Esta sección desemboca en las cuestiones relativas al

final de la vida y la sucesión de la persona física, tanto testamentaria como ab intestato.

El Tomo II se subdivide en personas jurídicas y derechos reales. Las personas jurídicas se estudian desde varios ángulos: su tipología, su función, su estructura básica, sus fases existenciales y sus vinculaciones, para concluir con reflexiones sobre el levantamiento del velo de la persona jurídica. En materia de derechos reales, el autor revisita el concepto de derecho real, para cobijar el ius ad rem implantado por la Ley de Garantías Mobiliarias: Se estudian los bienes y su clasificación, así como las distintas formas de propiedad (clásica, fiduciaria, agraria, copropiedad, condominio) y sus modos de adquisición. El texto aborda las figuras especiales: posesión, usufructo, uso y habitación, servidumbres, garantías mobiliarias, hipotecas, cédulas hipotecarias, para concluir con sendos capítulos dedicados a la publicidad registral y las relaciones de vecindad. De especial interés, por su originalidad, son los capítulos dedicados a las garantías mobiliarias y a las cédulas hipotecarias.

El Tomo III se dedica por entero a las obligaciones. Partiendo del concepto y de las fuentes productoras, se procede a un estudio minucioso de las principales clases de obligaciones: alternativas, facultativas, solidarias, mancomunadas, divisibles, indivisibles, de medios, de resultado, condicionales. Luego se tratan los mecanismos de circulación de los créditos: cesión, subrogación personal, circulación de títulos valores y anotaciones en cuenta. Acto seguido se estudian en detalle los mecanismos extintivos: pago, compensación, novación, remisión, confusión, imposibilidad, prescripción y caducidad. Seguidamente se dedican dos capítulos muy sustanciosos a la responsabilidad civil. Es particularmente útil, para el/la profesional litigante, la rica tipología de daños indemnizables allí condensada. El texto transita hacia los privilegios legales y la protección del acreedor común, para concluir en los concursos de acreedores.

El Tomo IV se concentra en la propiedad intelectual y la teoría del negocio jurídico. No es usual hallar un tratamiento tan completo de la propiedad intelectual en obras generales de Derecho Privado. El autor apunta a la importancia, para todo civilista, de contar con conocimientos básicos de las distintas instituciones de la propiedad intelectual: derechos de autor, derechos conexos, patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, signos distintivos, secretos industriales, datos de prueba, señales satelitales, circuitos integrados, obtenciones vegetales, nombres de dominio. El texto recoge y explica con rigor y claridad todas estas figuras, lo cual le confiere un sello muy particular.

Finalmente, el Tomo IV contiene una teoría del negocio jurídico, que el autor intencionalmente reserva como grand finale, una vez que el lector ya domina tanto el Derecho de la persona como el Derecho del patrimonio. Con ese conocimiento acumulado, es entonces posible echar a andar los finos mecanismos de la voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos lícitos de naturaleza privada.

El trabajo que hoy reseñamos, como se dijo, es poco común. Se trata, en efecto, de una obra magna, rica en enseñanzas, muy amigable para todas aquellas personas que a ella acudan en busca de conocimiento jurídico profundo y de alta calidad.

Personas que colaboraron en este número

PERSONAS QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

Dr. Francisco Chacón Bravo. Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor de la Universidad de Costa Rica.

M. Sc. Xinia Fernández Vargas. M.Sc. en Trabajo Social. Jefa a.i de la Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia del Poder Judicial. Labora en la institución desde hace 25 años. Docente en la Escuela de Trabajo Social de la UCR.

M. Sc. Patricia Rivera Sandoval. Licenciada en Psicología, con Maestría en Psicología Clínica y de la Salud Mental. Profesional 2, a.i. Secretaría Técnica de Género y Acceso a la Justicia

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, juez contencioso administrativo.

Dr. Haideer Miranda Bonilla. Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia, tesis aprobada con distinción summa cum laude; especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa; máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia; licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha realizado estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, el Tribunal Constitucional Español, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido visiting professor en el Centro de Derecho Público Comparado "Manuel García Pelayo" y en el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", ambos de la Universidad Carlos III de Madrid; además, en el Centro di Studi Costituzionali Comparati de la Universidad de Génova, en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla y en el Dipartimento di Diritto Pubblico, Universidad de Pisa, Italia. Es letrado de la Sala Constitucional; coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos y profesor asociado en la Facultad de Derecho (UCR) www.derechocomunitario.ucr.ac.cr. Es miembro de la Asociación Argentina, Colombiana, Paraguaya y Mundial de Justicia Constitucional. LL.M. Alonso Salazar Rodríguez. Profesor catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Costa Rica; bachiller y 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.

M. Sc. Marvin Vargas Alfaro. Bachiller y licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Comunitario y Derechos Humanos por la Universidad de Costa Rica. Diplomado Internacional "El Derecho Público del Siglo XXI: La tutela multinivel de los derechos fundamentales", otorgado por la Universidad para la Paz y el Heidelberg Center para América Latina. Máster Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid).Doctorando del programa "América Latina y la Unión Europea en el contexto internacional" de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid). Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Dr. Cesar Hines Céspedes Master en derecho Tributario y derecho Empresarial, Doctor en Derecho Administrativo, Arbitro Internacional de Derecho del Centro Latinoamericano de Arbitraje empresarial Universidad para la Cooperación Internacional en convenio con el Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial, Arbitro ad-hoc de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya-Paises Bajos, Arbitro de Derecho de la Cámara de Comercio Costa Rica-Estados Unidos- AMCHAM-, Arbitro del Centro de Concicliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, Miembro de la Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo, profesor universitario, autor de varios libros y una serie de artículos en el campo del derecho.

Licda. Suyen Vega Mena. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica y egresada de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

Lic. Jorge Montero Bejarano. Licenciado en Derecho y especialista en derecho mercantil, ambiental, agrario. Actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica
MSc. Ligia Jeannette Jiménez Zamora. Licenciada en Derecho, UCR; máster en Derechos Humanos, UNED; máster en Administración de Justicia, UNA; doctoranda en Derecho, UNED.

Lic. Juan Antonio Mainieri Acuña. Abogado litigante graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y actualmente cursa la Maestría en Ciencias Penales, en la misma universidad.

Licda. Meicer Magalli Araya Espinoza. Licenciada en Derecho, egresada de la Universidad Latina de Costa Rica. Egresada de la Escuela Judicial de Costa Rica del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura FIAJ , Egresada de la Universidad Nacional de Costa Rica como Master en Administración de Justicia, Enfoque Socio Jurídico con Énfasis en Administración de Justicia Civil . Abogada litigante, actualmente me desempeño como Jueza de la República

Licda. Kathia Cintrón Machón. Abogada y Notaria Pública, Estudiante activa de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, egresada de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. (en proceso de entregar Tesis), tiene un Diplomado Internacional en Derechos Humanos- University for Peace., y un Diplomado en Cambio Climático- Protocolo de Kioto. OEA- Fondo. Actualmente se desempeña como asesora legal del Departamento de Asesoría Jurídica del Tribunal Ambiental Administrativo (TAA), del Ministerio de Ambiente y Energía.

Lic. Sophia Fiorella Villalta Chong. Licenciada en Derecho, título obtenido con honores. Es asociada en la firma legal costarricense Batalla, en la cual forma parte del equipo de resolución de disputas comerciales, civiles y arbitrales. Es presidente de la Asociación Costa Rican Young Arbitrators, asociación dedicada a la promoción del arbitraje y otras formas alternas de resolución de conflictos en Costa Rica y la región. Asimismo, es miembro del Grupo de Árbitros Jóvenes de ICC Costa Rica. Ha representado a la Universidad de Costa Rica, en calidad de participante y entrenadora en varias competencias internacionales de derecho, enfocadas en arbitraje comercial internacional.

MSc. Patricia Bonilla Rodríguez. Máster en Administración de Recursos Informáticos, Licenciada en Derecho e Ingeniera de Sistemas.

Licda. Kathia Cintrón Machón. Abogada y Notaria Pública, Estudiante activa de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, egresada de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. (en proceso de entregar Tesis), tiene un Diplomado Internacional en Derechos Humanos-

University for Peace., y un Diplomado en Cambio Climático- Protocolo de Kioto. OEA- Fondo. Actualmente se desempeña como asesora legal del Departamento de Asesoría Jurídica del Tribunal Ambiental Administrativo (TAA), del Ministerio de Ambiente y Energía.

NORMAS BASICAS DE PUBLICACION EN LA REVISTA JUDICIAL

El Consejo Editorial de la Escuela Judicial comunica los siguientes lineamientos que las personas colaboradoras deben seguir para la edición de los artículos o ensayos de sus publicaciones en la Revista Judicial.

Objetivo general.

La Revista Judicial es una publicación del Poder Judicial a cargo de la Escuela Judicial y que tiene como objetivo general difundir el conocimiento científico-jurídico desde una perspectiva integral e interdisciplinaria, producto del análisis sobre diversos temas de actualidad, que representen una contribución para el mejor acceso a la justicia.

Periodicidad

La Revista es una publicación semestral (junio y diciembre) y los artículos a valorarse se reciben con seis meses de antelación a la publicación.

FORMATO DEL ARTÍCULO

- Deben presentarse los textos con interlineado 1.5.
- El tipo de letra utilizado debe ser times o times new roman 12.
- El tamaño de la página (márgenes) será el utilizado en word tamaño carta. Los márgenes estándar que debe tener el papel de carta son los siguientes: Margen superior e inferior de 2,5 cm, Margen derecho e izquierdo de 3 cm.
- El artículo tendrá una extensión entre 10 y 30 páginas.
- Excepcionalmente se podrá publicar artículos de mayor extensión, pero deberá mediar una justificación de la dirección de la Revista por dicha decisión.
- La persona postulante deberá adjuntar debidamente firmada la carta que aparece en el anexo 1.
- Con el fin de alcanzar eficacia comunicativa, se debe redactar el texto en forma clara, sencilla y sin ambigüedades. Es conveniente evitar construcciones recargadas y oraciones muy extensas.
- El texto puede estar dividido en partes y secciones que faciliten su comprensión, y cada sección, si procede, puede dividirse en subsecciones.
- Se presenta la bibliografía al final del artículo y se elabora de acuerdo con las especificaciones que correspondan. Ver Anexos 3 y 4.
- Se debe emplear el lenguaje inclusivo y se debe evitar la utilización de paréntesis por ejemplo: trabajador(a). Ver Anexo 5.

Enviar junto con el artículo un pequeño curriculum.

NORMAS CHICAGO O APA
La persona autora podrá elegir al momento de escribir su artículo entre las normas Chicago (sistema notas al pie) o Apa o según le resulte más cómodo; pero en ninguna forma podrá mezclar ambas normas. Ver anexos 3 y 4

ESTRUCTURA DEL ARTICULO.

(Ver anexo 2 ejemplos)

A. Partes del artículo:

- Título: claro y conciso.
- Autor o autora: escribir el nombre completo sin títulos académicos y el correo electrónico
- Resumen: En un solo párrafo, se deben redactar el objetivo del trabajo y las conclusiones en menos de 120 palabras en letra times 10 minúscula. Debe ser claro y explicativo.
-Palabras clave: 5-7 palabras clave separadas por punto y coma.
-Título: en inglés
- Abstract: Debe ser exacto al resumen en inglés.
- Keywords: palabras clave en inglés.
- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía

Procedimiento:

Los artículos serán revisados por personas evaluadoras del Poder Judicial o externas. Si no cumple con los requisitos mínimos será rechazado. Si se recomiendan correcciones tendrá quince días naturales para hacerlas.
Las personas valuadoras dictaminarán sobre los siguientes aspectos:

- Un alto contenido académico.
- El aporte de tesis o conocimientos nuevos sobre el tema.
- Las afirmaciones respaldadas con argumentos, teoría o por investigación fáctica.
- La relevancia del trabajo en su campo.
- Un buen uso del idioma.
- Uso de lenguaje inclusivo.
- Una exposición clara.
- Una buena organización de las ideas.
- El empleo de las normas de publicación de artículos científicos avaladas por el Consejo Editorial

La recepción del artículo de las personas autoras postulantes, no implica el compromiso de publicación automática por parte de la Revista Judicial. El artículo deberá ser original e inédito. La persona autora deberá enviar conjuntamente con su trabajo la carta de presentación de artículo del anexo 1.

ANEXOS

ANEXO 1. Modelo de carta de presentación de artículo

(Ciudad), (día) de (mes) de (año)

Sra
Directora de la Revista Judicial o Consejo Editorial
Quien suscribe (nombre completo, nacionalidad, número de cédula, profesión, ocupación, dirección, correo electrónico y teléfonos. Indicar el puesto y el nombre de la oficina donde trabaja), presenta el siguiente artículo titulado.....para que sea evaluado y determinen si califica para su publicación en la Revista Judicial. El objetivo de este trabajo ha sido.....y se han encontrado los siguientes hallazgos.....por tanto, la importancia del artículo radica en que .....

Este artículo es original e inédito, y no ha sido presentado en ninguna otra revista o medio para su publicación. El documento ha sido elaborado por quien suscribe; y por tanto, no es propiedad ni total ni parcialmente de terceros. Tampoco se han violado normas éticas antes, durante o después de la realización de la investigación. En mi condición de persona autora asumo la responsabilidad legal en el caso de que el material presentado sea copia, quedando la Revista Judicial libre de toda responsabilidad.

Por tanto, en consecuencia con lo anteriormente dicho, cedo los derechos de publicación de modo exclusivo a la Revista Judicial, para que se responsabilice de la impresión, distribución e inclusión en bases de datos nacionales e internacionales del trabajo presentado.

La revista se compromete a incluir el nombre de la persona autora y sus datos respectivos, siempre que el artículo sea aceptado para su publicación en el volumen que haya sido considerado pertinente por la dirección de la Revista.
Atentamente

Firma

ANEXO 2 EJEMPLOS DE FORMATO

RESUMEN

Este artículo analiza dos pronunciamientos de la Sala Constitucional, donde se denota una solución del conflicto a partir del contenido con que se "llenan" las normas jurídicas, para mostrar que el ejercicio hermenéutico propio de la función jurisdiccional no tiene recetas, ni pautas unívocas, solo un sujeto que interpreta. Además, se defiende el "judicio" como punto de convergencia de factores técnicos, convicciones personales, "pre-juicios" y "pre-concepciones"; como el resultado de una exégesis favorablemente "viciada" por elementos ajenos a lo jurídico.

Palabras claves: Realismo jurídico / interpretación judicial / juez constitucional / concepto de familia / interpretación evolutiva / interpretación creativa.

ABSTRACT

This article analyzes two pronouncements by the Constitutional Court, providing a conflict solution based on the content that "fills" the legal rules, just to reflect that hermeneutic practice pertaining to the legal function has no recipes, no univocal patterns, but just one subject who judges. Furthermore, it defends "judicio" as the common ground of technical factors, personal convictions, "prejudice" and "pre-conceptions", as a result of an interpretation of the law propitiously "flawed" by external non-juridical elements.

Keywords: Legal realism / judicial interpretation / constitutional judge family concept / evolutionary interpretation / creative interpretation

ANEXO 3
NORMAS APA

Las notas deben incluirse en el texto entre comillas. Entre paréntesis se indicará (Apellido del autor, año de publicación del libro, página)

Ej. (Capra, 1998, p.8)

Las referencias bibliográficas deberán colocarse al final del artículo, en orden alfabético, siguiendo el modelo APA: Apellido y nombre del autor. (Año de publicación). Título en cursiva (ed.). Lugar: editorial

Ej.
Capra. F. (1998) El punto crucial. Buenos Aires: Troquel S.A.

Maturana, H. y Varela F. (1984). El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano. Chile: Dolmen S.A.
REVISTAS
Apellido, A. (Fecha). Título del artículo. Nombre de la revista. Volumen(Número), pp-pp.
Ej.
Newman, V. (13 de noviembre de 2010). La información: ¿en la urna de cristal?. Semana, (15), p. 10.

ARTICULO DE REVISTA ONLINE
Coronell, d. (2011, 29 de enero). Una decisión contraevidente. Semana. Recuperado de http://www.semana.com/

PERIODICO
Apellido A. A. (Fecha). Título del artículo. Nombre del periódico, pp-pp
Ej.
REFERENCIAR UN ARTICULO DE PERIÓDICO IMPRESO CON AUTOR:

Manrique Grisales, J. (14 de noviembre de 2010). La bestia que se tragó Armero. El Espectador, pp. 16-17.

PERIÓDICO IMPRESO SIN AUTOR:
Drogas genéricas. (25 de septiembre de 2010). El Tiempo, p. 15

ARTICULO DE PERIÓDICO ONLINE:
Bonet, E. (2 de febrero de 2011). Miles de personas oran en la plaza Tahrir de El Cairo. El Tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/

PAGINA WEB
En el texto: (Andrade, 2017)
Referencia:
Nombre del autor. Título del trabajo. (dirección internet y fecha de consulta)
Benavides, D. (2017). Derecho Procesal Familiar. En: http://poder judicial.go.cr [Consultado 9 Feb. 2017].
Ver: NORMAS APA 2016: http://normasapa.net/normas-apa-2016/
GENERADOR AUTOMÁTICO: http://www.citethisforme.com/es

ANEXO 4. NORMAS CHICAGO

1. NOTA AL PIE DE PÁGINA:

Número de nota al pie. Nombre, Apellido de la persona autora. Título del libro en cursiva (ciudad de publicación: nombre de la editorial, año de publicación), página (s).

CITA BIBLIOGRÁFICA DE UN LIBRO:
Apellido, nombre de la persona autora. Título del libro en cursiva. Ciudad de publicación: nombre de la editorial, año de publicación.

2. NOTA AL PIE DE UN ARTÍCULO DE REVISTA

Número de nota al pie. Nombre, apellido. "Título del artículo. Nombre de la revista en cursiva, número del volumen, número de publicación (año): página (s) que estás citando.

CITA BIBLIOGRÁFICA DE UN ARTÍCULO DE REVISTA:
Apellido, nombre de la persona autora. "Título del artículo". Nombre de la revista en cursiva, número del volumen, número de la publicación (año), página (s) que estás citando.

3. NOTA AL PIE DE UN ARTÍCULO DE PERIÓDICO:
Número de nota al pie. Nombre, apellido del autor. "Título del artículo". Nombre del periódico en cursiva (ciudad, estado), mes, día, año.

NOTA BIBLIOGRÁFICA DE UN ARTÍCULO DE PERIÓDICO.
Apellido, nombre del autor. "Título del artículo". Nombre del periódico en cursiva (ciudad, estado) mes, día, año.

4. NOTA AL PIE PARA UNA PÁGINA DE INTERNET:
mes, día, año del acceso, dirección completa de la web .

NOTA BIBLIOGRÁFICA PARA UNA PÁGINA DE INTERNET:

Apellido, nombre del autor. "Título de la página", nombre del sitio en cursiva, mes, día, año del acceso, dirección completa de la web.

Consejos

Deberán numerarse las notas al pie consecutivamente a lo largo del trabajo, comenzando con "1". No se debe empezar la numeración en cada página.
Si está citando un trabajo con más de una persona autora, debe invertirse solamente el nombre de la primera listada. Los nombres de las notas al pie siempre deben aparecer comenzando con el nombre; por ejemplo:
John Smith y Jane Smith

ANEXO 5. LENGUAJE INCLUSIVO

En relación con el uso de lenguaje inclusivo, se debe evitar la utilización de paréntesis, por ejemplo: trabajador(a).

Los facultativos y las enfermeras del hospital [...]
El personal facultativo y de enfermería del hospital [...]

El hombre tiene una dotación cromosómica [...]
La especie humana tiene una dotación cromosómica [...]

En el siglo XX, el hombre ha avanzado notablemente.
En el siglo XX, la humanidad ha avanzado notablemente.

Los abogados presentaron la propuesta.
Las y los profesionales en Derecho presentaron la propuesta.

Los defensores públicos redactaron sus argumentos.
Las defensoras y los defensores públicos redactaron sus argumentos.

Para no recargar el texto, se pueden utilizar varias alternativas:
Los usuarios se presentaron a la hora indicada.
Las personas usuarias se presentaron a la hora indicada.

Las juezas y los jueces estuvieron de acuerdo.
Las personas juzgadoras estuvieron de acuerdo.
El tribunal estuvo de acuerdo.
Siempre que sea posible, es preferible el uso de nombres colectivos:

Los profesores de la Universidad de Barcelona.
El profesorado de la Universidad de Barcelona.
Los alumnos de la Facultad de Ciencias Sociales.
El alumnado de la Facultad de Ciencias Sociales.

Los ciudadanos demuestran solidaridad.
La ciudadanía demuestra solidaridad.

En ocasiones, conviene realizar distinciones claras:
El personal de enfermería practica las observaciones microscópicas ordinarias.

El personal de enfermería y el personal técnico practican las observaciones microscópicas ordinarias.
Recientemente tres especialistas se han incorporado al laboratorio.

Recientemente una analista clínica, un bioquímico clínico y una microbióloga se han incorporado al laboratorio.