



**REVISTA IUDEX**

Revista Oficial de la Asociación Costarricense de la Judicatura.  
Litografía Ofiprinte Comercial, MB S.A. Número 3, Agosto 2015,  
\_\_\_\_p.; 152 x 222 mm

**Director: Dr Álvaro Burgos M.**

**ISSN: 2215-3675**

1. Revista IUDEX. Publicaciones Periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

## **COMITÉ EDITORIAL:**

**Msc. Eduardo Rojas** (Coordinador de Enlace y Prosecretario de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica);

**Msc. Raymond Porter**(Coordinador de Enlace y Vicepresidente de ACODUD);

**Dr. José Rodolfo León** (Derecho Civil);

**Dr. Enrique Ulate** (Derecho Agrario y Derecho Constitucional);

**Dr. Gary Amador** (Derecho Penal) ;

**Dr. Gustavo Jiménez** (Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica);

**Msc. Cristina Viquez y Msc. Huber Fernández** (Contencioso Administrativo);

**Msc. Diego Benavides** (Derecho de Familia y violencia Doméstica);

**Lic. Orlando Aguirre** (Derecho Laboral);

**Dr. Álvaro Burgos M.** (Derecho Penal Juvenil, Criminología, Criminológica, Psicología Forense y Derecho Penitenciario).

## **CONSEJO CIENTÍFICO INTERNACIONAL**

**Dra. Alejandra Frías**, España;

**Dr. José Manuel Ríos**, España;

**Dr. Iñaki Rivera**, España;

**Dr. Francis Wasserman**, USA;

**Dr. Rubén Vasconcelos**, México;

**Dr. Carlos Gálvez**, Guatemala;

**Msc. Sergio Rivera**, El Salvador;

**Msc. Ligia Margarita López**, Honduras;

**Dr. Sergio Cuaresma**, Nicaragua;

**Msc. Lina Castro**, Panamá;

**Msc. Claudia Helena Serje**, Colombia;

**Dr. Juan Pedro Fumeiro**, Uruguay;

**Dra. Mary Beloff**, Argentina;

**Msc. Nora Rosati**, Chile;

**Msc. Pablo Valverde**, Ecuador;

**Dr. Fernando Do Amaral e Silva**, Brasil;

**Dr. Duverlí Apolinar**, Perú;

**Dr. Agustín Lovera**, Paraguay;

**Dra. Susana Vanessa Torres**, Bolivia;

**Dra. Dhayana Carolina Fernández**, Venezuela;

# IUDEX

**Revista de la  
Asociación Costarricense  
de la Judicatura  
ACOJUD**

***Director: Dr. Álvaro Burgos M.***



## PRESENTACIÓN

En este tercer número de la **Revista IUDEX** tenemos el placer de contar con 8 articulistas, de las más diversas jurisdicciones, de los cuales en esta ocasión 5 resultan ser Juezas y 3 Jueces: Primeramente, la **Msc. Adriana Orocú** y el **Msc. Raymond Porter**, Presidenta y Vicepresidente, respectivamente de la ACOJUD, se refieren al tema de la *Independencia Judicial como Valor Fundamental Democrático. La Perenne Amenaza de la Corrupción sobre la Administración de Justicia*; luego la **Msc. Estrellita Orellana** introduce a los lectores dentro del tema de **La Excepción de Prescripción en materia de Infracciones Laborales**; posteriormente la **Dra. Jessica Jirón**, nos habla acerca de una *Conceptualización de las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*; a continuación, la **Licda. Paula Elena Sáenz**, estudia el tópico de los *Límites de Admisibilidad de la Conciliación en el Derecho Procesal Civil*; de seguido, la **Dra. Vanessa Fisher** proyecta su trabajo denominado *Agricultura y Alimentación: El Principio Precautorio a la luz del derecho comparado y nacional*; el **L.L. M. Yuri López** contribuye también con su artículo acerca de **La Prejudicialidad derivada de proceso ordinario civil en el Proceso Hipotecario. Comentario del Voto 300-2C de 2014 del Tribunal Primero Civil de San José**, y finalmente, el **Dr. Álvaro Burgos** nos brinda su análisis acerca del tema: *Te Condeno a Ser Feliz*.

Ciertamente, deseamos que este nuevo número de la **Revista IUDEX**, tanto por la variedad como calidad de los temas puestos a disposición del lector, sea del agrado y provecho académico, doctrinario y profesional de Jueces y Juezas, colegas Abogados y Abogadas, y de estudiantes y estudiosos del Derecho dentro y fuera de Costa Rica como lo han sido los anteriores.

Guadalupe, Goicoechea 4 de Agosto, 2015

***Dr. Álvaro Burgos M.***  
***Director***  
***Revista IUDEX***





# Índice

<b>LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO VALOR FUNDAMENTAL DEMOCRÁTICO.</b>	
Msc. Adriana Orocú y Msc. Raymond Porter .....	11
<b>LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE INFRACCIONES LABORALES</b>	
Msc. Estrellita Orellana .....	31
<b>HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES</b>	
Dra. Jessica Giròn .....	51
<b>LOS LÍMITES DE ADMISIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y LAS CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LAS REGLAS ÉTICAS EN RELACIÓN CON LAS PARTES, LA PERSONA QUE CONCILIA Y TERCEROS</b>	
Licda. Paula Elena Sáenz .....	81
<b>AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL</b>	
Dra. Vanessa Fisher .....	103
<b>LA PREJUDICIALIDAD DERIVADA DE PROCESO ORDINARIO CIVIL EN EL PROCESO HIPOTECARIO. COMENTARIO DEL VOTO 300-2C DE 2014 DEL TRIBUNAL PRIMERO CIVIL DE SAN JOSÉ</b>	
LL. M. Yuri López .....	125
<b>TE CONDENO A SER FELIZ</b>	
Dr. Álvaro Burgos .....	143
<b><i>REQUERIMIENTOS DE PUBLICACIÓN</i></b> .....	217





## **LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO VALOR FUNDAMENTAL DEMOCRÁTICO.**

**LA PERENNE AMENAZA DE LA CORRUPCIÓN  
SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Msc. Adriana Orocu Chavarría y  
Msc. Raymond Porter Aguilar**

M.Sc. Adriana Orocu Chavarría, Presidenta de la Asociación Costarricense de la Judicatura (ACAJUD) y presidenta de la Federación Centroamericana de Jueces y Juezas por la Democracia (FECAJUD) Jueza en materia Civil. E mail: [adriorocu@gmail.com](mailto:adriorocu@gmail.com)

M.Sc. Raymond Porter Aguilar, vicepresidente de la ACAJUD, Juez en materia Penal, profesor Universitario (UNA) y capacitador de la Escuela Judicial. E mail: [rporterag@gmail.com](mailto:rporterag@gmail.com)



### **Resumen.**

El presente trabajo fue la base para la participación de la Asociación Costarricense de la Judicatura (ACOJUD) en el *II Conferencia Regional sobre Independencia Judicial y el Fenómeno de la Impunidad y Corrupción en Centroamérica*, celebrada en El Salvador, durante el mes de mayo 2014. Se analizan los diversos factores que impulsan a quienes, desde prácticas corruptas, pretenden lucrar con el deterioro de la democracia de las naciones, requiriendo la neutralización o bien el desmantelamiento de la Administración de Justicia a través del debilitamiento de la Independencia Judicial; valor fundamental del Estado de Derecho y valladar de la democracia contra las pretensiones ilegítimas de grupos de poder que cohonestan actos de corrupción. Desde esta perspectiva una administración de justicia sojuzgada, postrada e inoperante es terreno fértil para las actividades ilegales y delictivas. Se toma como ejemplo de este tipo de prácticas desestabilizadoras contra el Estado Social y Democrático de Derecho el vergonzoso e ilegítimo intento por parte del poder político costarricense, cuyo objetivo era remover de la Sala Constitucional al Dr. Fernando Cruz Castro.

### **Abstract**

This work led to the participation of ACOJUD in the second regional conference about Judicial Independence and the corruption and impunity phenomenon held in may, 2014. The several factors that drive those who, from illegal practices, intend to make profits out of the flaws of the democracy of the nations, requiring the neutralization or the obliteration of the justice administration through the weakening of the judicial independence, fundamental value of the Rule of Law, and the work of the democracy against the illegal intentions of the groups of power that dissemble acts of corruption. From this point of view, the administration of a subdued justice, helpless and inactive is solid ground for illegal and criminal activities. An example of these type of destabilizing practices against Social State of democracy of Right, the shameful and illegitimate attempt on behalf of the costa rican political power, which purpose is to remove the de judge Fernando Cruz Castro from the costa rican constitutional court.

Msc. ADRIANA OROCÚ CHAVARRÍA Y Msc. RAYMOND PORTER AGUILAR: La independencia judicial como valor fundamental democrático. La perenne amenaza de la corrupción sobre la administración de justicia .

**Palabras Clave:** Independencia Judicial, corrupción, impunidad, criminalidad económica, estado clandestino, poderes ocultos, criminalidad de cuello blanco, judicialización de la política, corrupción política, carrera judicial, elección de magistrados, Fernando Cruz Castro.

**Key Words:** Judicial Independence, corruption, impunity, economics crime, clandestine state, hidden powers, white collar crime, judicialization of policy, political corruption, judiciary career, judges election, Fernando Cruz Castro.

## Sumario

### Palabras iniciales

I. Independencia Judicial, piedra angular de la justicia democrática

II. Amenaza de la corrupción a la Administración de Justicia, vía debilitamiento de la Independencia Judicial

III. Fortalecimiento de la Independencia Judicial como componente necesario para evitar la Corrupción en la Administración de Justicia

IV. A modo de conclusión

*“Denuncio que lo que aquí ha sucedido, es un ultraje a la justicia con el fin de buscar magistrados alineados y que la sociedad costarricense debe estar alerta frente a nuevas campañas de desprestigio de mayor debilitamiento contra los magistrados y contra la justicia y tengo información para mí creíble que eso se está tramando a este momento. Hay fuerzas oscuras que han cohechado este triste episodio de nuestra historia; todo como una cortina de humo para esconder el verdadero fondo de sus intenciones: una Corte complaciente...”*

Dr. Luis Paulino Mora Mora<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Discurso pronunciado por el Dr. Luis Paulino Mora Mora, entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena N° 40-2012 del 19 de noviembre del 2012, con ocasión a la no reelección del Magistrado de la Sala Constitucional Dr. Fernando Cruz Castro. Hoy conocido como el “Discurso de la Silla Vacía” en alusión a la ausencia del magistrado destituido.

## Palabras iniciales

La corrupción es un obstáculo para la Administración de Justicia de las naciones democráticas y tal despropósito se logra, principalmente, a través del debilitamiento de la Independencia Judicial. Servirá como punto de partida de este análisis un lamentable episodio de la historia judicial costarricense fraguado a mediados del mes de noviembre del 2012, en el Poder Legislativo, pues al alero de un pacto entre la fracción del partido oficialista de ese entonces y otros partidos políticos minoritarios, se destituyó (mediante la no reelección) al magistrado constitucional Fernando Cruz Castro, jurista de gran prestigio a nivel nacional e internacional. Los argumentos ofrecidos por el vocero de la bancada del entonces gobierno<sup>2</sup> aludían a una “*reivindicación*” del Poder Legislativo y una advertencia o llamado de atención al Poder Judicial, entre otras manifestaciones poco claras<sup>3</sup>, dejándose entrever que las características personales del juez Cruz Castro serían el motivo de su destitución, pues es reconocido como un juez de carrera, independiente, honesto y de gran solvencia intelectual y académica. Este atropello del poder político revela la existencia de finalidades inconfesables que implican un alarmante deterioro institucional, en palabras del magistrado Gilbert Armijo Sancho: “... *El mensaje que se manda es que la honradez, la independencia y la objetividad pueden ser pecados capitales por los cuales se puede sancionar a un funcionario judicial...*”<sup>4</sup>

¿Cómo se puede entender que virtudes judiciales como la honradez, independencia y objetividad puedan ser vistas como motivo para remover de la magistratura a un juez que las posee? Este tipo de absurdo aparente sólo puede entenderse si, a modo de hipótesis, nos planteamos que las verdaderas razones no fueron develadas, se han mantenido latentes por ser posiblemente ilegítimas e ilegales y por ello necesariamente ocultas. De allí que la reacción airada de

---

2 Diputado Fabio Molina Rojas, Partido Liberación Nacional, período 2010-2014.

3 Ninguno de los diputados que votó por la destitución de Cruz Castro se atrevió a cuestionar su honestidad o su excelente desempeño, incluso las daban por sentadas, simplemente se aludían críticas generalizadas a la administración de justicia como la aparente lentitud o extralimitaciones de la Sala Constitucional en sus competencias sin puntualizar en cuáles.

4 Intervención del Dr. Gilbert Armijo Sancho, hoy presidente de la Sala Constitucional costarricense en la Sesión Extraordinaria de Corte Plena N° 40-2012 del 19 de noviembre del 2012.



miembros de la Corte Plena, se dirigió a denunciar y contener el intento de debilitar, sojuzgar y postrar al Poder Judicial en favor del poder político .<sup>5</sup>

### **I. Independencia Judicial, piedra angular de la justicia democrática**

La Independencia Judicial debe ser entendida como el elemento fundamental de la Administración de Justicia y pilar en la defensa de Derechos Humanos, en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho; más que una prerrogativa del juez o la jueza, este principio se erige como garantía o instrumento fundamental al servicio de la ciudadanía para que la persona juzgadora esté en condiciones de garantizar que la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, se realizará de forma imparcial, en completa sujeción a la ley, la Constitución y con respeto a los derechos fundamentales que nos tutelan a todos<sup>6</sup>, ello en estricto apego al marco fáctico, las pruebas y la normativa aplicable al caso, sin que deba considerarse, de modo alguno, los intereses ajenos a los de las partes, provenientes sea de poderes fácticos, mediáticos o bien de otros poderes formales del Estado e incluso de la propia jerarquía institucional.

De lo indicado anteriormente, resulta comprensible cómo la neutralización del Poder Judicial en cuanto sus deberes de defensa de la Constitución, la legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es un objetivo necesario para

---

5 Este bochornoso capítulo de la historia judicial costarricense finalmente se conjuró al someterse a conocimiento de la Sala Constitucional suplente, un recurso de amparo interpuesto por un diputado disidente de la fracción del PUSC, Luis Fishman Zonzinsky, siendo que en definitiva se estimó que el magistrado Cruz había sido reelecto automáticamente pues al vencimiento de su período no se articuló ninguna votación en su contra, lo que se ha narrado se orquestó en la Asamblea Legislativa a destiempo, es decir la pretendida no reelección de Cruz Castro se votó extemporáneamente, cuando ya había operado la reelección automática. Ver: **Informe Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia 2013**, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Punto 87. Ver punto 3.1 de las conclusiones del Informe: **Ley v.s. realidad. Independencia Judicial y Transparencia de la Justicia en Centroamérica y Panamá**, de la Fundación para el Debido Proceso (Due Process of Law) 2013. 19. Ver: Resolución N° 06247-2013. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. De las catorce horas quince minutos del nueve de mayo de dos mil trece.

6 DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo; **“Independencia Judicial y Poder Político”** En: **Independencia Judicial: Problemática Ética**; Editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2009. Pág.107.

quienes desde el poder practican actos de corrupción, parafraseando al extinto Dr. Mora Mora en su alocución del 19 de noviembre del 2012: “... **la justicia, y por lo tanto la aplicación de la ley, se ven como un estorbo a la gobernabilidad del país, al mejor estilo autoritario. ... Pareciera que cuando se aplica la Constitución y la ley, ello estorba a quienes se ven afectados en sus intereses...**”. Dicho lo anterior, la existencia de jueces y juezas independientes, a quienes se acude para detener el desvío o abuso de poder, convirtiéndose en reivindicadores de los derechos de los diferentes grupos sociales del país, hace que la clase política se sienta ilegítimamente desplazada por el Poder Judicial, y se observa a la judicatura como una amenaza, como un actor político más.

## **II. Amenaza de la corrupción a la Administración de Justicia, vía debilitamiento de la Independencia Judicial**

Es menester aclarar que la corrupción que afecta la independencia de los jueces y juezas de un país, no es la simple venalidad de cualquier funcionario público que falte a su deber de probidad, sino que se trata de tramas corruptas de alto nivel y gran impacto, sea por las características de las figuras políticas involucradas y sus contrapartes del mundo privado. Desde el punto de vista criminológico hay una diferencia cualitativa respecto a la ilegalidad o la delincuencia común, pues cuando se trata de corrupción, si alguien ha de hacerse visible, lo será siempre un funcionario de menor rango a quien corresponderá servir de chivo expiatorio y será usualmente instrumentalizado usualmente por el gobierno de turno para crear la imagen de una “lucha contra la corrupción”.<sup>7</sup>

Para entender el por qué la Administración de Justicia en su totalidad (no sólo la jurisdicción penal) se ha vuelto destinataria de la conflictividad social, que otrora correspondía a otras instancias gubernamentales resolver, con la consecuente presión para la judicatura y desgaste de su posicionamiento en el esquema del sistema democrático, podemos echar mano de las explicaciones que

---

<sup>7</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; *“El Delito de Cuello Blanco y su Incidencia en América Latina. Elementos para una Investigación Comparada”* En: *“La Realidad Contra los Mitos. Reflexiones Críticas en Criminología”*; Ediciones Universidad de Zulia; Maracaibo; 1982. Pág. 161 y 162.

nos ofrecen grandes juristas como Luigi Ferrajoli<sup>8</sup> y Perfecto Andrés Ibañez<sup>9</sup>; el primero indica que nos encontramos en un momento histórico de crisis de la democracia representativa, que ha sido usurpada por una lógica de mercado que se sobrepone a los valores de la democracia, como igualdad, solidaridad y bien común; desplazándolos por lo que denomina “*empresa-partido*” que administra la cosa pública con criterios de mercado, privando el interés individual sobre el colectivo, el ánimo de lucro y sobre todo una gestión pública donde el interés particular-económico de los gobernantes y políticos en general, sustituye la imparcialidad de la administración hacia el bien común. Esta impronta erosiona la esfera de derechos fundamentales de la ciudadanía en su conjunto a favor de una élite gobernante cada vez más ajena a los mandatos de la Constitución Política. Los objetivos de estos grupos requieren el desmontaje o al menos la neutralización la jurisdicción y su independencia, pues ésta constituye un obstáculo a sus intereses, ya que la judicatura independiente implica control de legalidad y control sobre el ejercicio del poder; por ello a esta forma parasitaria de la democracia Ferrajoli, sin ambages, la denomina: ***Estado Clandestino, Doble Estado Oculto, Estado Paralelo o Infraestado***.<sup>10</sup> Por ello es fácil determinar que los poderes fácticos convertidos muchas veces en empresas-partidos requiere un Poder Judicial sumiso, complaciente, neutralizado que les permita maniobrar sin el “*molesto estorbo*” de una judicatura que cumpla su rol Constitucional.

Por su parte Perfecto Andrés Ibañez nos ofrece un concepto de corrupción útil en punto a nuestro tema, para él corrupción es: “***...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con la capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaleciendo de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio obtienen a***

---

8 FERRAJOLI, Luigi; “**Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergencia en la Realidad**”; En: “**Poder, Derecho y Corrupción**”; CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores); Siglo XXI Editores, 1ª edición, México, 2003. Pág. 143-160.

9 ANDRÉS IBANEZ, Perfecto; “**Corrupción: Necesidad, Posibilidades y Límites de la Respuesta Judicial**”; En: “**Poder, Derecho y Corrupción**”; Op. Cit. Pág. 185-206.

10 FERRAJOLI, Luigi; Op. Cit. Pág. 144-145.

*su vez un trato privilegiado.*”<sup>11</sup> Esta relación entre sujetos públicos y privados la denomina *Criminalidad Político-Económica* aunque también nos habla de tipologías corruptas como las que se dedican a la no persecución de los corruptos y a la obstaculización de las investigaciones judiciales desde instancias políticas. Denuncia el autor español, el persistente uso estratégico, por parte de la clase política, del concepto *“Judicialización de la Política”* con una finalidad deslegitimadora hacia la intervención legítima de la judicatura en la investigación y enjuiciamiento de acciones ilegales o bien delictivas por parte de políticos y empresarios en colusión, surgen ahí reclamos nada claros que pretenden sembrar dudas sobre el equilibrio institucional que se afecta con la irrupción del Poder Judicial en el control de legalidad sobre las acciones de gobierno.

Lo dicho, sin contar con la endémica debilidad de una jurisdicción penal, diseñada para atender la delincuencia común y estereotipada, no pocas veces ineficiente, cuando no pusilánime<sup>12</sup> al enfrenta al enjuiciamiento de delincuentes de **Cuello Blanco**<sup>13</sup>, sean éstos sujetos de gran poder económico, reconocimiento social y conocimientos profesionales o bien su variante en la función pública que se caracteriza según Lola Aniyar de Castro por: pertenencia a la clase alta; respetabilidad; especial modo de comisión de los actos delictivos; esencia socialmente dañina de la acción (costo elevado); y abuso de poder (no sólo el poder de origen económico sino el de la alta burocracia gubernamental)<sup>14</sup>. Así las cosas, podemos ir dilucidando que un Poder Judicial sumiso y paralizado, es

11 ANDRÉS IBANEZ, Perfecto; Op. Cit. Pág. 185.

12 Más allá de la falta del conocimiento técnico y especializado que las Fiscalías y Tribunales adolecen, operan dos factores nefastos para la aplicación de la ley en estos casos: de una parte un trato privilegiado inconsciente, originado en la homogeneidad cultural entre funcionarios judiciales y los acusados con poder económico y político, pues esto representan para los primeros los estándares de éxito en cuanto a las perspectivas de nuestras sociedades (Ver VIRGOLINI, Julio; *“Crímenes Excelentes. Delitos de Cuello Blanco, Crimen Organizado y Corrupción”*; Editores del puerto S.R.L.; Buenos Aires, 2004. Pág.53. Por otra parte **y más grave aún**, el temor a la represalia de los poderosos o bien un servilismo que espera ser retribuido con ascensos en la carrera judicial.

13 *“...Criminalidad de Cuello Blanco se define al fenómeno delictivo protagonizado por las clases de más alto nivel socioeconómico, caracterizado por su respetabilidad, por su estatus social o, alternativa o conjuntamente el rol ocupacional desplegado en ocasión del delito.”* SUTHERLAND, Edwin; *“El Delito de Cuello Blanco (versión completa)”*; Editorial B. de F.; Buenos Aires, 2009.

14 ANIYAR DE CASTRO, Lola; Op. Cit. Pág. 160 – 166.

un requisito indispensable para que la corrupción fluya como un gran negocio; pues el tema de la impunidad así como la inmunidad (desde luego fáctica no jurídica) asegura a los sujetos que participan en este tipo de acciones tranquilidad y espacio para sus delitos.

En nuestros países la pretensión de doblegar, cuando no de tomar directamente el control del gobierno judicial por parte de la corrupción, tiene un efecto perverso más lesivo que en modelos judiciales de mayor desarrollo, y esto se debe a la estructura piramidal de los poderes u órganos judiciales de la región<sup>15</sup>, donde la cúpula judicial ubicada en el vértice superior de la institución, tiene un gran poder jurídico y fáctico sobre toda la estructura judicial, de manera que debilitando la cúpula judicial, se logra debilitar la institución completa. La pretensión de controlar a los magistrados y magistradas de la Corte Suprema, tiene un efecto no sólo indeseable sobre el eventual enjuiciamiento de actos de corrupción, sino que además tiene un efecto corrosivo en el accionar del Ministerio Público y la Policía Judicial (en Costa Rica sometidos por ley a la Corte Plena) por cuanto sabedores de que la judicatura es débil y sumisa, no se arriesgaran a investigar y acusar a altos funcionarios y élites económicas por operaciones delictivas.

El filósofo del derecho Jorge Malem Seña<sup>16</sup> nos advierte que la corrupción no se limita a las acciones ímprobables con finalidades económicas, sino que la hay con miras a obtener una ventaja extra posicional (política, profesional, sexual etc.), la corrupción se trata, básicamente, de la violación a un deber posicional, vulnerando las reglas del cargo que se ostenta en franca deslealtad a la regla violada; no siempre implica una acción antijurídica desde el punto de vista penal; el Código Penal no puede ser el código deontológico de la función pública, como parece entenderlo buena parte de la clase política<sup>17</sup>. Nos dice Malem Seña: “...un

15 Que se catalogan como modelos “*Empírico Primitivos*” según la clasificación de Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra “*Estructuras Judiciales*” de 1994.

16 MALEM SEÑA, Jorge F; “*La Corrupción en el Poder Judicial*”; En: “*Poder, Derecho y Corrupción*”; CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores); Op. Cit. Pág. 161-183.

17 Idea sostenida con vehemencia por el exdiputado José Merino Del Río en su obra “*La sociedad globalitaria: Una mirada a la cleptocracia neoliberal*”

***juez que resuelva un litigio atendiendo a presiones gubernamentales a cambio de favorecer su posición, por venganza o por promesas de futuros beneficios en el reparto de cargos públicos se corrompe políticamente.***<sup>18</sup> En este sentido, la corrupción de características políticas, es el instrumento para dejar vía libre a los grupos corruptos, que como se ha dicho ven en una judicatura independiente un obstáculo para sus fines particulares y usualmente ocultos y delictivos.

No hay mejor negocio para que fluya la corrupción que una judicatura sojuzgada, sobre todo por el hecho que señala Jorge Malem de confluir en sus funciones, por su diseño institucional un cuasi monopolio en la potestad jurisdiccional, que se expresa en la exclusividad de resolución de conflictos y poderes para ejecutar lo resuelto, así como en la unidad jurisdiccional que se manifiesta en la existencia de canales rígidos (jurisdicción, competencia, principio de juez natural) de cómo y a quiénes deberán pronunciarse sobre un conflicto jurídico<sup>19</sup> ; en otras palabras al haber un cuasi monopolio en la administración de justicia una persona juzgadora corrupta está en posibilidad de controlar la oferta y la demanda de actos ilícitos<sup>20</sup>, de allí que la jurisdicción no sólo debe fomentar el ingreso a la judicatura de las y los mejores juristas , principalmente desde el punto de vista ético, como el establecer controles de probidad que coexistan con la independencia judicial. Volviendo al punto de partida, si se logra controlar la judicatura, sea desde su nombramiento o bajo la amenaza de la no permanencia en el cargo, la impunidad e inmunidad estarán garantizadas.

---

18 MALEM SEÑA, Jorge F.; Op. Cit. Pág. 168- 169.

19 De allí que Malem Señá diga que la función jurisdiccional, por su diseño institucional, depende de un componente ético insustituible del cuerpo de jueces y juezas de un país, por cuanto dicha función es muy permeable a la corrupción, si aceptamos la ecuación propuesta por Robert Klitgaard: ***Corrupción= Monopolio +Discrecionalidad – Responsabilidad.*** MALEM SEÑA, Jorge F.; Op. Cit. Pág. 171-172

20 En especial la “venta de la justicia” sea favorecer en lo resuelto al que ha pagado al juzgador o juzgadora sea un precio exigido (control de la oferta) como aceptar la dádiva de la parte que ofrece comprar el fallo (control de la demanda).

### **III. Fortalecimiento de la Independencia Judicial como componente necesario para evitar la Corrupción en la Administración de Justicia**

Hablar de amenazas a la Independencia Judicial en cualquier país de la región Centroamérica, es una lamentable constante; los excesos en el poder (político y fáctico), que han provocado violaciones sistemáticas a los derechos humanos, impunidad y una gran desigualdad social, aunado a la actual inseguridad causada -entre otros- por el crimen organizado, han disminuido o impedido en algunos casos, el ejercicio independiente de los poderes judiciales de los países centroamericanos y su reconocimiento, ha sido a través de su debilidad.

En el Informe del Estado de la Región Centroamericana, del trienio 2008-2011, se describe cómo la región experimentó en ese período ***“...una peligrosa convergencia de vulnerabilidades y amenazas que, aunque con contrastes entre países, dio lugar a un conjunto de retrocesos y al aumento de las brechas al interior de la región y de los países...”*** a su vez, el informe advierte sobre el riesgo de desatar procesos de fractura regional si no se toman los correctivos pertinentes, especialmente en el fortalecimiento de la capacidad de los Estados y la colaboración regional para enfrentar los desafíos comunes<sup>21</sup>.

No obstante lo dicho, los procesos de reforma judicial impulsados por la cooperación internacional hace alrededor de veinticinco años, incorporaron un camino esperanzador en la democratización y fortalecimiento institucional, especialmente por las reformas constitucionales, la mejora de la carrera judicial, aumento en la remuneración (con importantes diferencias entre países aún) selección de jueces y juezas que se han empoderado en su función y que emiten sentencias que desafían el poder político o fáctico (en nuestro caso podemos comentar la sentencia llamada *“Caso Crucitas”* del Tribunal Contencioso Administrativo o la sentencia del Juez de Ejecución Penal Dr. Roy Murillo combatiendo el hacinamiento carcelario), modificaciones organizativas, evaluación del desempeño judicial, todas que renovaron la imagen de la judicatura centroamericana, pero, a paso muy lento. La anterior conclusión

---

21 *Cuarto Informe de la Región Centroamericana, elaborado por el Programa Estado de la Nación de Costa Rica*, San José, 2012.

es confirmada por la Fundación Due Process of Law, en un estudio reciente en la región acerca de los poderes judiciales, en el que se señaló **“...falta mucho camino por recorrer hasta llegar a una situación óptima y estable, que asegure la gobernabilidad democrática en América Central. Particular preocupación causa la disminución del ritmo del cambio y en ciertos casos, la casi paralización o estancamiento de las iniciativas de reforma, a veces obstaculizadas por razones políticas coyunturales o por la oposición de actores interesados en mantener el estado de cosas imperante en el ámbito judicial”**<sup>22</sup>

Por lo expresado hasta ahora, la permanencia de jueces y juezas probos en la judicatura, así como la existencia de parámetros transparentes en la postulación y nombramiento de jueces y magistrados, es un tema estratégico en la preservación del Estado de Derecho y la democracia. Deben por lo pronto, hacerse cambios normativos que reduzcan el componente político partidario en la elección de los miembros de la cúpula judicial, la postulación y evaluación de candidatos y candidatas a estos puestos debe ser pública, televisada si es posible y que exista la prohibición de los cabildos políticos privados, es decir, que el examen e interrogatorio sobre los aspirantes a la magistratura se hagan durante sesiones públicas; tal cual lo sugirió el propio Dr. Cruz Castro durante la presentación del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup>.

La necesidad de despolitización en la escogencia de los magistrados y magistradas de la Corte Suprema de Justicia obedece no sólo a la necesidad de conjurar la amenaza de que el designado o designada asuman su puesto para dar cumplimiento a *“compromisos políticos”* adquiridos a cambio de su nombramiento, que es precisamente lo que se ha planteado como una desnaturalización de la función jurisdiccional<sup>24</sup>, pero más allá del riesgo esta

---

22 Manual para el fortalecimiento de la independencia y la transparencia del Poder Judicial en América Central, Fundación Due Process of Law, Washington D.C, septiembre 2011.

23 *Informe Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia 2013*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentado en la ciudad de San José, Costa Rica el 5 de febrero del 2014.

24 Ver el del *“Informe: Amenazas a la Independencia Judicial en Centroamérica”* presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 23 de marzo del 2012, Punto I **“Politización de los Poderes Judiciales en la Región”**



grave sospecha ha sido comprobada hasta en democracias más consolidadas que las centroamericanas, donde los partidos políticos lejos de ejercer control político en la lógica oficialismo/oposición, más bien se articulan en un cogobierno subterráneo que actúa en connivencia permitiendo el deterioro institucional de la Administración de Justicia <sup>25</sup>.

Adicionalmente, se debe analizar el propio diseño de los poderes judiciales en la región, que hace que los jueces de menor jerarquía tengan muy poca autonomía respecto a la magistratura de Corte Suprema, debido a la alta verticalización del gobierno judicial, que involucra el nombramiento de jueces y juezas inferiores y la aplicación del régimen disciplinario, incluso la destitución, bajo esquemas inadecuados y no pocas veces sesgados. El caso más ejemplarizante de verticalización nos lo presenta en la región Panamá, en donde los jueces y juezas del cargo superior al que se está concursando, son los encargados de seleccionar, nombrar o hasta destituir a los inferiores, conforme a la ley que regula el órgano judicial. Acá deviene a menos el pluralismo en la judicatura.

En Guatemala, los jueces y juezas de primera instancia y los de Apelaciones, ejercen por mandato de constitución, sus cargos por cinco años, con posibilidad de reelección, lo cual es contrario al principio de inamovilidad y afecta la independencia y autonomía de los jueces y juezas ante quienes los nombran.

#### **IV A modo de conclusión.**

Lo dicho obliga a pensar en el corto y mediano plazo en la necesidad de modificar la forma de elección de magistrados y magistradas de la Corte Suprema, en el sentido de que no debería ser una decisión de resorte exclusivo de los partidos políticos, sino que debería explorarse la incorporación de sectores de

---

25 Autoras como Donatella Della Porta, en el contexto italiano ha denunciado que: *“El sistema del Transformismo que recompensa a los oponentes políticos al permitirles participar en los cargos a cambio de su apoyo, llevó inevitablemente a nuevas profundidades en la corrupción política que todavía existe en la vida italiana”* citada por PEGORARO, Juan S.; en *“La Corrupción como Cuestión Social y como Cuestión Penal”* del año 1998; rescatado en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar).

la sociedad civil que enriquezcan la discusión y la escogencia, pensemos en las universidades, el Colegio de Abogados, entre otros, como actores importantes en tal cometido, incluso la participación del propio Consejo de la Judicatura, en fin fórmulas que amplíen la discusión y reduzcan los reductos de opacidad que el sistema vigente prohija.

Si bien deberíamos aspirar a un cambio en el diseño del Poder Judicial abandonando el modelo piramidal de corte napoleónico que persiste y poco tiene que ver con el modelo de gobierno democrático que proclaman nuestras constituciones, cometido a mediano y largo plazo, tal apuesta debe ser gradual como se ha sugerido supra.

No debe desdeñarse la necesidad de proyectar hacia la ciudadanía el verdadero alcance de la Independencia Judicial como garantía a su servicio y que ésta debe estar en condiciones de exigirla. En el caso del magistrado Cruz Castro existió dichosamente una movilización ciudadana sin precedentes en la historia del país<sup>26</sup>, traducida en marchas, múltiples denuncias por parte de los formadores de opinión pública desde los medios y gran cantidad de publicaciones y declaraciones a nivel nacional e internacional, exigiendo a la clase política retractarse del gazapo de tal destitución, lo cual posiblemente haya influido en que la clase política desistiera en su intento de remoción de la judicatura de otros magistrados y magistradas.<sup>27</sup>

Para combatir eficientemente las causas de corrupción, que son muchas más de las propuestas en el presente análisis, es necesario contar con un mayor fortalecimiento del asociacionismo judicial; si bien se ha contado con iniciativas de cooperación de parte de organismos como la Comisión Internacional

---

26 El País.cr, 16 de noviembre del 2012, *¡A protesta nacional por la destitución de Magistrado Cruz!* en [http://elpaiscr/frontend/noticia\\_detalle/1/74996](http://elpaiscr/frontend/noticia_detalle/1/74996).

27 **“PLN APROVECHARÁ JUBILACIÓN DE MAGISTRADOS PARA CAMBIAR ROSTRO A LA CORTE”** : *Así lo confirmó ...el jefe de la fracción oficialista, Fabio Molina, quien aseguró que todos los nombramientos de magistrados son “absolutamente políticos” y adelantó que, para renovar los puestos que queden vacantes en los próximos meses, su fracción impulsará a aquellos candidatos que “además de interpretar la Constitución, provoquen clima de negocios”* rescatado de:

de Juristas o el proyecto de Fortalecimiento de la Independencia Judicial en Centroamérica, apoyado por la Dans Church Aid en cada uno de nuestros países, se han detectado deficiencias en la necesaria actuación local sobre casos de violación a la independencia judicial por intereses corruptos, como en el caso reciente de la jueza guatemalteca Jazmín Barrios, del Tribunal de Alto Riesgo A de ese país, que nos llama a una profunda reflexión.

Por último habrá que acudir siempre que las circunstancias lo exijan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como mecanismo útil para desincentivar los ataques a la Judicatura Independiente; como ha sido el caso de los jueces y jueza hondureños destituidos luego del golpe de estado del 2009, que afortunadamente superó el filtro que supone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para celebrarse a fin de cuentas la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos los días 2 y 3 de febrero del 2015, siendo posible que en el transcurso de este mismo año se conozca el fallo definitivo que resuelva no sólo la situación de la y los juzgadores destituidos sino la forma que debe adoptar un régimen disciplinario judicial por parte de las naciones pertenecientes al sistema interamericano, entre otros extremos vitales para la función jurisdiccional.

### Bibliografía

1. ANDRÉS IBANEZ, Perfecto; *“Corrupción: Necesidad, Posibilidades y Límites de la Respuesta Judicial”*; En: **“Poder, Derecho y Corrupción”**; CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores); Siglo XXI Editores, 1º edición, México, 2003.
2. ANIYAR DE CASTRO, Lola; *“El Delito de Cuello Blanco y su Incidencia en América Latina. Elementos para una Investigación Comparada”* En: **“La Realidad Contra los Mitos. Reflexiones Críticas en Criminología”**; Ediciones Universidad de Zulia; Maracaibo; 1982.
3. DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo; **“Independencia Judicial y Poder Político”** En: **Independencia Judicial: Problemática Ética”**; Editorial Dykinson, 1º edición, Madrid, 2009.

4. FERRAJOLI, Luigi; ***“Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergencia en la Realidad”***; En: ***“Poder, Derecho y Corrupción”***; CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores); Siglo XXI Editores, 1º edición, México, 2003.
5. MALEM SEÑA, Jorge F.; ***“La Corrupción en el Poder Judicial”***; En: ***“Poder, Derecho y Corrupción”***; CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coordinadores); Siglo XXI Editores, 1º edición, México, 2003.
6. MERINO DEL RÍO, José. ***“La sociedad globalitaria: Una mirada a la cleptocracia neoliberal”*** Editorial Juricentro, San José. 1998.
7. PEGORARO, Juan S.; en ***“La Corrupción como Cuestión Social y como Cuestión Penal”*** del año 1998; rescatado en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar).
8. SUTHERLAND, Edwin; ***“El Delito de Cuello Blanco (versión completa)”***; Editorial B. de F.; Buenos Aires, 2009.
9. VIRGOLINI, Julio; ***“Crímenes Excelentes. Delitos de Cuello Blanco, Crimen Organizado y Corrupción”***; Editores del puerto S.R.L.; Buenos Aires, 2004.
10. IZAFFARONI, Eugenio Raúl; ***“Estructuras Judiciales”*** Ediar, Buenos Aires, 1994.

#### NOTAS DE PRENSA

11. El País.cr, 16 de noviembre del 2012, ***¡A protesta nacional por la destitución de Magistrado Cruz!*** en [http://elpaiscr/frontend/noticia\\_detalle/1/74996](http://elpaiscr/frontend/noticia_detalle/1/74996).
12. ***“PLN aprovechará jubilación de magistrados para cambiar rostro a la corte”*** rescatado de: <http://www.semanariouniversidad.ucr.cr/component/content/article/2057-Pa%C3%ADs/9370-pln-aprovechara-jubilacion-de-magistrados-para-cambiar-rostro-a-la-corte-.html>

## DOCUMENTOS JUDICIALES

13. Acta de la Sesión Extraordinaria de Corte Plena N° 40-2012 del 19 de noviembre del 2012.
14. Resolución N° 06247-2013. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. De las catorce horas quince minutos del nueve de mayo de dos mil trece.

## INFORMES ESPECIALES

15. *Manual para el fortalecimiento de la independencia y la transparencia del Poder Judicial en América Central.* Fundación Due Process of Law, Washington D.C, septiembre 2011.
16. *Informe: Amenazas a la Independencia Judicial en Centroamérica.* presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 23 de marzo del 2012, Punto I “*Politización de los Poderes Judiciales en la Región*”
17. *Cuarto Informe de la Región Centroamericana, elaborado por el Programa Estado de la Nación de Costa Rica,* San José, 2012.
18. *Informe Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia 2013.* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentado en la ciudad de San José, Costa Rica el 5 de febrero del 2014.





## **LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE INFRACCIONES LABORALES**

**Msc. Estrellita Orellana Guevara<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Master Universitario en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Master en Administración y Derecho Empresarial. Jueza Integrante del Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía Segundo Circuito Judicial de San José . E-mail: [estorellana@hotmail.com](mailto:estorellana@hotmail.com)





**Resumen:**

El presente artículo aborda el tema de la excepción de prescripción en materia de juzgamiento a las leyes laborales, desde la perspectiva comparativa entre la normativa vigente en relación con el ordenamiento a regir a partir de la vigencia de la reforma procesal laboral.

**Palabra clave:**

Excepción de prescripción.

**Summary:**

The present article takes place in the exception of prescription in matter of judgment of labour laws, from a comparative perspective between the current regulations and the new order to rule in the new work reform.

**Key word:**

Exception of prescription.

**SUMARIO**

Introducción

Juzgamiento de las Infracciones Laborales

Excepciones oponibles en materia Contravencional

Excepción de prescripción

Computo prescriptivo

Actos interruptores del plazo prescriptivo

Reforma Procesal Laboral

Conclusión

## **LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION EN MATERIA DE INFRACCIONES LABORALES**

### **Introducción**

La jurisdicción laboral tiene un amplio escenario jurídico, entre ellos, el conocimiento de los derechos individuales y colectivos, entre las personas trabajadoras y empleadores o bien entre solo empleadores o solo las personas trabajadoras, normado por el artículo 452 Código de Trabajo. El conocimiento del juzgamiento de las infracciones laborales, por reserva de Ley, le corresponde a los Juzgados de Menor Cuantía o en la jurisdicción de los Tribunales de Trabajo de Menor Cuantía, ordinal 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por el artículo 4º de la Ley de Reorganización Judicial No.7728 de 15 de diciembre de 1997). El conocimiento de las infracciones corresponde a estos Despachos en razón de la materia.

El procedimiento establecido para el juzgamiento de la faltas a las leyes laborales tiene su base en normas procesales penales y el fondo del asunto se resuelve en atención a las normas y principios laborales. Este híbrido normativo introduce al proceso vocablo de orden penal tales como, acusado, indiciado, reo, en los ordinales 570, 572 y 574 todos del Código de Trabajo, para referirse al posible infractor.

#### ***Juzgamiento de Infracciones Laborales:***

El Código de Trabajo norma el juzgamiento de las faltas a las leyes laborales en los numerales 564 al 581 asimismo, del ordinal 608 al 617. El articulado del 309 al 331 del mismo ordenamiento laboral, tutela las infracciones en materia de Previsión Social. La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, regula las infracciones en los numerales 44 a 56. El Código de La Niñez y Adolescencia, en el articulado del 101 al 103, contiene las sanciones por infracciones a la normativa de la persona trabajadora menor de edad.

Partiendo de este marco normativo, el ordinal 608 del mismo cuerpo laboral,

define el concepto de falta laboral:

*“Constituyen faltas punibles, las acciones u omisiones en que incurran los empleadores, los trabajadores, o sus respectivas organizaciones, que transgredan las normas previstas en los convenios adoptados por la Organización Internacional del trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa y las normas previstas en este Código y en las leyes de Seguridad Social”.*

Conocido el escenario normativo que juzga y sanciona las infracciones cometidas contra las leyes de trabajo, se hace necesario mencionar que se trata de un proceso sumario, cuyo único fin es determinar la participación del acusado en la comisión de la falta que se le atribuye y en caso de resultar culpable la imposición de la multa de orden pecuniario.

El procedimiento contravencional, es sencillo y dinámico, se inicia con la interposición de la denuncia o acusación, se considera oportuno resaltar, el énfasis por parte del legislador en diferenciar entre denuncia y acusación en el proceso de juzgamiento de las faltas laborales, tema regulado en los numerales 567 y 568 del Código de Trabajo, sin embargo esta diferenciación a perdido relevancia, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de mil novecientos noventa y ocho, de aplicación supletoria por remisión del ordinal 580 del Código de Trabajo, debido a que en el ordenamiento adjetivo ya no contempla esta diferenciación, es válido apuntar que la importancia en diferenciar, legitimación de acusador o denunciante, reside en el derecho a recurrir la sentencia. El numeral 574 del Código de Trabajo, reserva la cadena recursiva únicamente para el reo o su defensor o el acusador y su apoderado, en la actualidad se ha superado este concepto, y le asiste el derecho de impugnación de la resolución de fondo tanto al acusador como a la entidad denunciante, en atención al principio de doble instancia en materia sancionatoria.

Los despachos laborales atienden denuncias interpuestas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante el departamento de Dirección General de la Inspección de Trabajo, la Caja Costarricense de Seguro Social, los diferentes Sindicatos y en muy pocas ocasiones por la persona trabajadora afectada. Una

vez calificada la pieza acusatoria, principalmente en relación con los hechos denunciados y la persona a quien se atribuye la conducta reprochada, se instruye la causa y se procede a citar al encartado, (artículo 570 Código de Trabajo), con la debida indicación de presentarse a rendir declaración indagatoria junto a un profesional en derecho de su confianza, con el fin de evitar indefensión al enjuiciado que pueda viciar el proceso de nulidad. Apersonada la persona indiciada al Despacho Laboral de Menor Cuantía, se pone en conocimiento de los acontecimientos que se le atribuyen en atención al principio de intimación e imputación, si reconociere su participación en los hechos que se le inculpan, se procede a dictar el fallo mediante resolución formal en el plazo de las veinticuatro horas siguientes, ordinal (ordinal 571 Código de Trabajo). En caso de negar su intervención en las faltas atribuidas, el ordenamiento laboral le otorga veinticuatro horas para ofrecer la prueba de descargo, una vez concluida la investigación correspondiente, se convoca en el término de diez días a Juicio Oral y Público. En atención a los principios de inmediatez y concentración que integran el principio de oralidad, la sentencia debe dictarse en un plazo de cuarenta y ocho horas (artículo 572 Código de Trabajo).

El análisis de las norma citadas denota un proceso, ágil y sencillo, cuya finalidad reside en resolver la situación jurídica de la persona infractora de forma expedita. Se hace oportuno apuntar, el juzgamiento de las infracciones laborales, no tiene carácter declarativo tendiente a dilucidar la procedencia del objeto material de un proceso individual o colectivo laboral, se ilustra; la formulación de la acusación por infringir la norma que ordena el pago de la jornada extraordinaria, no debe contener de forma conjunta la petitoria por el pago de las labores desempeñadas en el horario extraordinario, párrafo segundo del ordinal 564 del Código de Trabajo. La norma mencionada respeta las reglas de orden procesal, se trata de dos procesos muy diferentes, un proceso sumario para el conocimiento de la falta en perjuicio de las leyes laborales, asimismo el objeto del proceso es la imposición de una multa dineraria, por irrespetar la normativa laboral de orden público. La indemnización como consecuencia de la falta, es de conocimiento de un proceso declarativo u ordinario, en beneficio de la persona trabajadora, este tipo de proceso dilucida, el horario de labores, el monto devengado en concepto de salario y el tiempo laborado durante la

jornada extraordinaria, en procura de determinar la procedencia de la petitoria de la demanda, elementos que no forman parte del conocimiento de un proceso por infracción a las leyes laborales. El juzgamiento de las faltas en perjuicio de la norma laboral y el proceso ordinario instaurado en tutela de los derechos laborales, no se identifican por tener una misma causa que permita conocer ambas pretensiones en un mismo proceso, esto hace necesario, la prevención por parte de la persona juzgadora en desacomular pretensiones toda vez que imposibilita la prosecución del proceso, hasta tanto no se establezca la pretensión a ventilar y se orienten los procedimientos.

La normativa que regula el juzgamiento de las infracciones laborales, resulta omisa en tutelar la materia de excepciones. Esta situación ha generado diversas discusiones, algunas corrientes defienden el criterio de un proceso sumario ausente de defensas que generen dilaciones innecesarias, otros por el contrario, se afianzan en la necesidad de recurrir al Código Procesal Penal, para garantizar la defensa del imputado por medio de excepciones.

***Excepciones oponibles en materia contravencional:***

Teniendo como base el pensamiento inserto en el numeral 2 del Código Procesal Penal, las disposiciones legales, debe interpretarse irrestrictivamente, con el fin de evitar se coarte la libertad personal, o se limite el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. Las excepciones oponibles dentro de este sumario, están reguladas por el ordenamiento Procesal Penal, así lo ordena la remisión de repetida cita contenida en el ordinal 580 del Código de Trabajo, sin embargo, en la práctica se ha podido observar la defensa por medio de las excepciones propias del ordenamiento Procesal Civil, estas deben ser denegadas de plano por la persona juzgadora, toda vez que no hay remisión al ordenamiento procesal civil, dentro de la normativa que regula el juzgamiento de la infracciones laborales.

Otro tema que no ha regulado por la normativa laboral, es el momento oportuno para oponer excepciones; sin embargo, el ordenamiento procesal penal, otorga la respuesta en cuanto a tiempo y forma en el numeral 43, de la

norma adjetiva penal:

*“Las excepciones se deducirán oralmente en las audiencias y, por escrito, en los demás casos. Deberá ofrecerse la prueba que justifica los hechos en que se basan. Se dará traslado de la gestión a la parte contraria”.*

Para el caso del juzgamiento de las infracciones laborales, por tratarse de un proceso sumario, expedito, se ha concentrado la oposición de las excepciones en juicio oral, sin perjuicio de aprovechar la oportunidad de la declaración indagatoria para oponer las excepciones de interés para la parte enjuicada, lo que se pretende es no usar las excepciones como instrumento para dilatar el proceso contravencional de forma innecesaria.

Las excepciones oponibles, están contempladas en el numeral 42 del Código Procesal Penal: *“El Ministerio Público y las partes podrán oponer excepciones por los siguientes motivos:*

- a) Falta de jurisdicción o competencia.**
- b) Falta de acción, porque esta no pudo promoverse, no fue iniciada legalmente o no puede proseguirse.**
- c) Extinción de la acción penal.**

*Las excepciones serán planteadas al tribunal competente, que podrá asumir, de oficio, la solución de alguna de las cuestiones anteriores”*

En relación con la excepción, extinción de la acción penal, es de interés para el desarrollo de este tema, la excepción de prescripción, codificado por el numeral 30 siempre del Código Procesal Penal. Causas de extinción de la acción penal:

*“La acción penal se extinguirá por las causas siguientes: a), b), c), d), e) La prescripción”.*

***Excepción de Prescripción:***

La prescripción de la acción penal es causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo tras la comisión del delito <sup>2</sup>. Como refiere Binder, es un límite temporal al ejercicio del Poder Penal del Estado <sup>3</sup>.

El instituto de prescripción, se conforma de dos elementos, desde el punto de vista subjetivo, el sujeto de derecho deja transcurrir el tiempo establecido en la norma y como consecuencia de su incuria se priva de la tutela normativa. El elemento objetivo, es de resorte normativo, comprende el tiempo establecido por el legislador para accionar en defensa de una situación jurídica. El estudio de esta excepción, introduce el tema del cómputo del plazo prescriptivo en materia de infracciones a las leyes laborales y sus leyes conexas. Para efectos de contabilizar el inicio del cómputo prescriptivo, se debe tomar en consideración la regulación de la conducta infractora, las faltas codificadas por el Código de Trabajo, inician su computo a partir del momento de la comisión de la falta (artículo 609 del Código de Trabajo, las conductas reguladas por la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cálculo inicia desde el momento en que la Institución, tuvo conocimiento de la conducta infractora (artículo 56 Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social).

Hasta aquí, no se observa mayor complejidad del tema de análisis, el objeto de interés tiene su origen, en la forma de computar el plazo prescriptivo. En tiempos de vieja data, con antelación a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, se hablaba de faltas laborales discontinuas y faltas continuas, ello con el fin de valorar el tiempo prescriptivo, se afirmaba que en las faltas discontinuas el plazo acaece una vez que ha transcurrido el plazo de ocho meses (artículo 82 del Código Penal, anterior a la reforma del Código Procesal Penal), por el contrario, si se trata de faltas continuas el plazo inicia a partir del momento

---

2 Eugenio Zaffaroni, Directores. Editorial Hammurabi, 2002, pag.653

3 Alberto Binder, "Prescripción de la Acción Penal" El indescifrable enigma de la secuela del juicio" (Doctrina Penal. Año 13. n° 49/52

del cese de la conducta reprochada, lo que puede generar imprescriptibilidad, creando incerteza jurídica para los intervinientes.

Este pensamiento, tiene su arraigo en la normativa del procedimiento penal de los años mil novecientos diez, de un corte sumamente represivo e inquisitorio, el juez ostenta la doble condición de garantizar imparcialidad del proceso y de implementar los medios necesarios para la búsqueda de la justicia. Estas ideas las recoge en el ordenamiento laboral, vale anotar vigente desde el año de mil novecientos cuarenta y tres, en el acápite que juzga las infracciones, al efecto obsérvese la doctrina del artículo 569 del Código de Trabajo, llama a la persona juzgadora, tan luego tenga noticia por impresión propia, proceda a la averiguación de los hechos a fin de imponer sin demora la sanción correspondiente, concentra en la persona juzgadora iniciar y garantizar el proceso, dirigido a la imposición de una sanción. La reforma del Código Procesal Penal, evidencia un proceso acusatorio, garante del debido proceso y el ejercicio de defensa, estas nuevas tendencias deben introducirse al sumario sancionatorio, la base del proceso resulta ser la pieza acusatoria, asimismo la función jurisdiccional, tiene una posición pasiva, garante de imparcialidad en la calificación de la falta, resolución de la situación jurídica del encartado e imposición de la sanción pecuniaria en los casos que corresponda, por medio de un proceso contravencional, así señalado por el pronunciamiento de la Sala Constitucional tal y como lo informa la letra del ordinal 608 del Código de Trabajo:

“Y ello es todavía más cierto cuando se trata, como en el caso de esta consulta, de la imposición de sanciones por la comisión de una contravención. En relación con este punto, no cabe duda de que las infracciones cometidas en contra de las disposiciones del Código de Trabajo constituyen contravenciones, aún cuando no están reguladas dentro del capítulo respectivo del Código Penal en atención a la especificidad de la materia. Es pues, un régimen especial en el cual, por razones de conveniencia, la competencia para conocer de las transgresiones a la legislación laboral, no obstante configurar contravenciones, se otorga al Juez de Trabajo respectivo (artículo 559 del Código de Trabajo)” Sala Constitucional, voto 3103-93, de



las catorce horas doce minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y tres”.

La calificación de faltas discontinuas y continuas, necesariamente debe provenir de un estudio jurídico e intelectual, de la norma y los principios que rigen la materia sancionatoria contravencional, caso contrario, se quebranta el principio de debido proceso, regulado en el ordinal 2 del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria por remisión del numeral 580 del Código de Trabajo.

Estudiada la doctrina encargada de la teoría de los delitos, sin entrar en un examen profundo por no formar parte de los temas que se analizan, define delitos continuados o sucesivos, aquellos en los que la acción u omisión típica se prolonga en el tiempo como consecuencia de la voluntad del agente. En el mismo orden de ideas la Dra Chinchilla, ilustra el concepto de los delitos continuados <sup>4</sup>:

*“son ficciones jurídicas que se establecen a los efectos del concurso y que, en el caso costarricense, está regulado por el artículo 77 del Código Penal. Se trata, por ejemplo, del apoderamiento, diariamente, de cierta cantidad de dinero por parte del cajero de un local comercial. En estos casos se habla de que hay un concurso material (pluralidad de acciones con pluralidad de infracciones jurídicas) pero que, a fin de no hacer muy gravosa la sanción, se unifican en forma ficticia para tener un solo hecho al que se le aplica el doble de la pena abstracta prevista para el delito más grave cometido en la serie de continuación. Como se trata de un concurso material, las normas de prescripción tendrían que estar dadas por el párrafo segundo del artículo 32 del Código Procesal Penal (el plazo prescriptivo de cada hecho corre independientemente de los restantes). ”*

La relevancia de esta figura, incide en la materia de concurso, sin embargo, es sabido que no es de aplicación al proceso de juzgamiento de faltas y contravenciones, toda vez que sólo es de aplicación para la materia de delitos para efectos de imponer la pena.

---

4 Chinchilla Calderón, Rosaura. La prescripción de la acción penal en Costa Rica. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1° edición, 2000, p.237ss.

Es de trascendencia acotar, la diferencia entre la consumación de la falta y los efectos en el tiempo de la conducta reprochada, verbigracia de lo apuntado, es el caso del despido de la persona colaboradora protegida por un fuero establecido por la norma laboral, el despido se ejecuta a partir del momento en el cual el empleador materializa su voluntad de separar a la persona trabajadora de sus funciones. La consumación se da en un solo acto, una sola acción, de forma instantánea, aún y cuando sus efectos se mantienen durante el tiempo en el cual no logre incorporarse nuevamente a la actividad laboral, sin que este efecto modifique la naturaleza de ser un acto de consumación instantánea, se trata de una falta discontinua.

El acto de la consumación de una falta, no proviene de la voluntad del denunciante, ni de la persona juzgadora, debe estar reconocido por el legislador, y así establecido por la norma, atendiendo al principio de seguridad jurídica, con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios, emanados de la apreciación cultural de la persona denunciante o bien de la interpretación de la persona juzgadora, propiciado por el momento histórico, situación geográfica o bien, la coyuntura prejuiciosa de cada uno de los intervinientes del sumario contravencional, no es válido diferenciar o efectuar calificación de faltas contravencionales de forma subjetiva, carente de asidero jurídico y normativo. Corolario, ni la doctrina ni el ordenamiento jurídico se ha ocupado en hacer distinción respecto a las conductas transgresoras consideradas faltas a las leyes labores, jurídicamente no es válida hacer distinción de faltas discontinuas y faltas continuas, en ausencia de norma que así las tipifique.

### ***Computo Prescriptivo***

El inicio del cómputo prescriptivo en materia de infracciones, corre a partir del momento establecido en el Código de Trabajo o en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en los términos expuestos en líneas precedentes. En ausencia de regulación en el ordenamiento laboral respecto al plazo prescriptivo, debemos recurrir a la normativa procesal penal, el numeral 31 inciso b), establece el plazo prescriptivo para las faltas o contravenciones en dos años.

La pieza acusadora describe la fecha de comisión de la falta, información

que facilita el cómputo de inicio del plazo prescriptivo, sin embargo para las faltas contra la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, se debe contabilizar a partir de la fecha en la cual la institución se hace conocedora de la falta denunciada, este conocimiento se puede corroborar por elementos tales como, denuncia por parte de la persona trabajadora ante la Institución, solicitud de inscripción patronal, visita de los inspectores al centro de trabajo, estos actos evidencian el conocimiento de la Institución y resultan válidos para iniciar el cómputo prescriptivo.

Situación común resulta ser el caso de la persona trabajadora que presenta la denuncia ante la Caja Costarricense de Seguro Social, por no empadronamiento durante la contratación de empleo, dos años y cuatro meses después de finalizada su relación laboral. Con el fin de garantizar los derechos a la seguridad social no debe estimarse que la falta por empadronamiento se encuentra prescrita, por el transcurso de un plazo mayor a los dos años establecidos en la norma, conviene recordar que el cómputo inicia a partir de la interposición de la denuncia en sede administrativa, momento en el cual la Caja Costarricense, se hace conocedora del incumplimiento patronal, ordinal 56 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense, por consiguiente el plazo prescriptivo no ha acaecido y resulta procedente accionar en procura de la tutela jurisdiccional.

### ***Actos Interruptores del Plazo Prescriptivo***

Establecido el inicio del cómputo prescriptivo, se continúa con el estudio de los actos interruptores en materia contravencional; se debe tener presente la definición de acto interruptor de la prescripción, referido al hecho que tiene la capacidad de detener el tiempo transcurrido e iniciar nuevamente el cómputo del plazo prescriptivo. Los actos interruptores están regulados de forma expresa en el numeral 33 del Código Procesal Penal, por remisión del ordinal 580 del Código de Trabajo, es de importancia apuntar, la norma en mención, regula los actos interruptores, tanto para delitos como para faltas contravencionales, por consiguiente, se debe prestar atención a los concernientes a la materia contravencional, tales como, los incisos d) El señalamiento de la fecha para el debate, y el inciso f) El dictado de la sentencia, aunque no se encuentre firme.

La interrupción de la prescripción opera, aún en el caso de que las

resoluciones referidas en los incisos anteriores sean declaradas ineficaces o nulas posteriormente. La autoridad judicial no podrá utilizar como causales de interrupción de la prescripción otras distintas de las establecidas en los incisos anteriores. (\*) Reformado el artículo 33 por el artículo 81 de la Ley n.º 9095 de 26 de octubre de 2012, publicada en el Alcance Digital n.º 27 a La Gaceta n.º 28 de 8 de febrero de 2013.

Con relación al inciso d), el doctor Llobet señala la intención de evitar que las causas prescriban debido a los diferentes problemas que se presentan en la práctica, en criterio del tratadista: *“No existe razón para no considerar que también interrumpen la prescripción ulteriores señalamientos (Así: Tribunal de Casación Penal de Cartago voto 326-2008 del 31-10-2008). Debe entenderse que esta causal opera tanto en delitos como en contravenciones, ya que la disposición no limita la causal de interrupción a los delitos”*<sup>5</sup>. El principal escollo que debe combatir la persona juzgadora es apersonar a la persona indiciada al proceso, debe apropiarse de los instrumentos de citación y presentación, para lograr la instrucción de la causa y establecer la responsabilidad del justiciado, y con ello evitar la impunidad de la transgresión a las normas laborales.

Otro aspecto de atención resulta ser la reducción del lapso prescriptivo, el señalamiento a debate o el dictado de la sentencia en primera instancia aún y cuando no se encuentre firme tienen la propiedad de reducir el plazo a un año. Especial cuidado merece por parte de las autoridades que conocen en segunda instancia, principalmente en los caso en que no queda otro remedio que anular la sentencia de instancia, debe tomarse en consideración que el proceso debe regresar al despacho de origen con prontitud de manera que le permita a la autoridad competente, convocar nuevamente a juicio antes de que transcurra un año entre el dictado de la sentencia de primera instancia y el señalamiento que convoca nuevamente a las partes a juicio, para evitar el acaecimiento del plazo prescriptivo.

---

5 Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. 4º edición. San José, C.R. Editorial Jurídica Continental, 2009, pag. 149

Se estima de importancia advertir, la gestión o trámite efectuado en sede administrativa no tiene la capacidad de interrumpir el plazo prescriptivo, a esta conclusión se arriba del estudio efectuado al último párrafo del numeral 33 del Código Procesal Penal, *“La autoridad judicial no podrá utilizar como causales de interrupción de la prescripción otras distintas de las establecidas en los incisos anteriores”*, la gestión administrativa no se contempla por el ordenamiento como acto interruptor, este es un aspecto a considerar para los efectos de dar prioridad en la resolución del trámite del sumario, a la hora de establecer la fecha de inicio del computo prescriptivo. A manera de ilustración, la persona afectada se presenta ante la Caja Costarricense a presentar su denuncia por incumplimiento de empadronamiento, en este momento la institución se hace conocedora de la contravención laboral e inicia el cómputo prescriptivo, de forma paralela al proceso administrativo, por consiguiente si el proceso de investigación conlleva un tiempo de un año y cuatro meses, al momento de presentar la denuncia en sede judicial, la autoridad jurisdiccional cuenta con un plazo de seis meses para instruir la causa, citar a la persona encartada a rendir declaración indagatoria y emitir la resolución que convoca a juicio, caso contrario acaece el plazo prescriptivo, debido a que la gestión administrativa ni la interposición de la denuncia están contempladas por el ordenamiento como acto capaz de interrumpir el plazo prescriptivo.

Este es el cuadro normativo que actualmente nos rige, no obstante lo anterior, no debemos obviar, la necesidad de actualizar la normativa laboral con miras a optimizar el acceso a la justicia.

### ***Reforma Procesal Laboral***

Desde el año dos mil cinco, por iniciativa del Poder Judicial se gesta la ley 15990, con temas de interés nacional y otros de gran polémica que no forman parte de este estudio. En fecha doce de diciembre del año dos mil catorce, el señor presidente de la República Luis Guillermo Solís Rivera, levanta el veto al decreto legislativo número 15990, para entrar en vigencia a partir del día dieciséis de julio del año dos mil dieciséis.

Esta normativa modifica el marco jurídico que se ha venido exponiendo; se hace necesario hacer mención respecto a la organización y funcionamiento de la jurisdicción laboral, conformado por el juzgado de trabajo, los tribunales de conciliación y arbitraje y el tribunal de apelaciones. De relevancia rescatar, a partir del momento de vigencia de la norma procesal laboral, los juzgados de trabajo, conoce en primera instancia los asuntos propios de su competencia, cualquiera que sea el valor económico, el nuevo ordenamiento desaparece la antigua organización por cuantía, estableciendo un solo órgano jurisdiccional para el conocimiento de los asuntos en primera instancia entre ellos el juzgamiento de las infracciones a las leyes laborales.

El Título VII dedicado a las Infracciones a las Leyes de Trabajo en el ordinal 399, al igual que el actual numeral 608, contiene el concepto de faltas punibles, el numeral 401 establece las multas a imponer a la persona enjuiciada, se hace necesario anotar que incurre en el mismo error del articulado vigente 614, no revela un nexo entre la falta y la sanción, aspecto que ha sido recomendado por quienes han tratado el tema sancionatorio, advirtiendo la necesidad de hacer la debida correlación entre falta y la sanción, a manera de ilustración; para las conductas que transgredan la normativa de libertad sindical la pena es de tantos salarios base y no de forma abierta como se trata por la nueva normativa aprobada, situación que genera la imposición de sanciones de forma subjetiva.

De un examen comparativo entre la norma que actualmente nos rige y los preceptos regulados en la reforma procesal laboral, mantiene el plazo prescriptivo en dos años desde el momento de la comisión de la falta o desde que el cese de hechos continuados.

Artículo 420.- *“La acción para sancionar las faltas cometidas contra las leyes de trabajo y de previsión social, prescribe en dos años, contados a partir del momento en que se cometan o desde el cese de la situación cuando se trate de hechos continuados”.*

En este párrafo se extraña la definición sobre hechos continuados, sin embargo carece de interés ahondar en el tema y resulta incluso innecesaria la observación de hechos continuados, toda vez que el párrafo segundo del mismo numeral establece:

*“La presentación de la acusación ante los tribunales de trabajo interrumpe en forma continuada el plazo de prescripción hasta que se dicte sentencia firme”.*

La esencia del plazo prescriptivo se ha modificado de un plazo para juzgar la falta laboral, al plazo para accionar en sede jurisdiccional, en ese tanto, la acción de la falta no prescribe durante la vigencia del proceso.

Finalmente, se hace preciso hacer mención respecto a los actos extrajudiciales con capacidad para interrumpir la prescripción, partiendo de la sintaxis del párrafo tercero del numeral de estudio señala:

*“La prescripción se interrumpe también por cualquier gestión judicial, o por gestión extrajudicial en aquellos casos en que no se haya presentado un proceso judicial”.*

Permite concluir que se trata de actos interruptores entre la comisión de la falta y el accionar jurisdiccional, toda vez que se ha indicado de forma expresa que la interposición de la acusación interrumpe el plazo prescriptivo de forma continuada. Retomando el tema de los actos extrajudiciales interruptores; se extraña la enumeración expresa de los actos que tienen la capacidad de interrumpir el plazo prescriptivo, cabe cuestionarse, ¿Se trata de la denuncia de la persona colaboradora o de una simple consulta de una situación hipotética?. Situación sin duda será objeto de análisis y debates en los foros laborales.

Nació en el 2005 con la necesidad de ajustar la legislación laboral (ya que el Código de Trabajo posee más de 71 años) con el proyecto N°15.990, que surge del seno del Poder Judicial con miras a mejorar el acceso a la justicia. Desde ese entonces está en la corriente legislativa sin ver la luz.

## **Conclusiones**

El tema de prescripción en materia de contravencional ha generado diversas opiniones, desde el punto de vista administrativo, así como en los diferentes pronunciamientos jurisdiccionales, los argumentos expuestos tienen como marco de análisis la normativa vigente, de cara a la entrada en vigencia de la normativa procesal laboral, sin duda será todo un reto y tema de controversia y discusión, desde los foros del alma mater, las diferentes instituciones que representan a las personas intervinientes en la producción de la fuerza laboral, la cámara de empleadores y los pronunciamientos judiciales, quienes en conjunto nutren el ordenamiento laboral, día con día.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Binder, Alberto. “Prescripción de la Acción Penal: El indescifrable enigma de la secuela del juicio”. Doctrina Penal. Año 13. n° 49/52, Buenos Aires, Argentina.

Chinchilla, Rosaura. “La prescripción de la acción penal en Costa Rica”. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1ª edición, 2000, p. 237 ss.

Llobet, Javier. “Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental”, San José, 4º edición, 2009, p. 149.

Pronunciamiento, Sala Constitucional, voto 3103-93, de las catorce horas doce minutos del dos de julio de mil novecientos noventa y tres

## **NORMATIVA**

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Código de Trabajo

Código Procesal Penal

Ley 15990









## **HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES**

**Dra. Jessica Giròn Beckles<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho Mercantil por la Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental. Labora actualmente en el Poder Judicial en calidad de juez del Juzgado de Violencia Doméstica del Segundo Circuito Judicial de San José. Profesora de la Universidad de Costa Rica en la carrera de Licenciatura en Derecho. Email: [jjironb@gmail.com](mailto:jjironb@gmail.com)



**RESUMEN:**

Las operaciones de modificación estructural de sociedades mercantiles carecen de una conceptualización precisa, a pesar de que presentan elementos esenciales y comunes a todas las figuras que la componen.

**PALABRAS CLAVE:**

Derecho Mercantil, Derecho Societario, Modificaciones Estructurales.

**ABSTRACT** Structural modification operations of corporations lack a precise conceptualization, despite having essential and common elements to all the figures that compose it.

**KEY WORDS :**

Commercial Law, Corporate Law , Structural Modifications

**SUMARIO:**

*INTRODUCCION.- A. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.*

*B. CARACTERES DEFINIDORES Y REQUISITOS DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 1. Alteración de la estructura social. 2. Con finalidad de reestructuración empresarial. 3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal.*

*C. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO. CONCLUSION. BIBLIOGRAFIA.-*

## INTRODUCCION

Las operaciones de modificación estructural se erigen como una forma ideal para la adaptación estructural de las entidades comerciales a las nuevas realidades del mercado. Igualmente se muestran con su actual regulación como medios idóneos para la superación de las crisis económicas empresariales. De ellas se derivan consecuencias ventajosas como la conservación del crédito, la continuación de la actividad económica y el mantenimiento de las relaciones y obligaciones con terceros. Son operaciones aptas, además, para la conservación del empleo. Y pueden, con carácter general, servir para la satisfacción de los acreedores por vías conservativas, con costes temporales más bajos que aquellos derivados de los negocios de transmisión de empresas. Por ello, la doctrina moderna y las legislaciones mercantiles de distintas áreas geográficas han realizado innumerables esfuerzos para dotar a esta categoría de una regulación clara Tarea que no ha sido fácil, por cuanto las figuras que engloba se caracterizan por su heterogeneidad y dinamismo.

Si observamos el Código de Comercio Costarricense, notaremos que éste carece de regulación sistemática y completa de todas las operaciones estructurales existentes. Regula únicamente las figuras de fusión y transformación de sociedades mercantiles en sus artículos 220 a 225, excluyendo de esta categoría, y por ende de regulación legislativa, a las figuras de la escisión, la segregación, la cesión global de activo y pasivo, y el traslado internacional del domicilio social, que con igual transcendencia, permiten a las empresas comerciales adaptarse de manera eficiente a los tiempos modernos. Pero además no establece la una regulación unitaria de todas las figuras como una misma categoría, por cuanto ni siquiera parte de la existencia de la misma.

Ya que nuestro ordenamiento jurídico es ajeno de una conceptualización única de modificación estructural, esta investigación se plantea completar tal tarea como una labor de investigación previa y necesaria a cualquier análisis individual de cada una de estas figuras y su posible incorporación al derecho costarricense. Para ello, la precisión conceptual debe partir de la construcción inequívoca de la noción de modificación estructural, así como sus caracteres

definidores y requisitos. Dos son las preguntas importantes que deben encontrar respuesta: ¿Implica la modificación estructural una alteración en la estructura social? ¿Cuáles son sus fines y cómo se desarrolla su específico procedimiento? Se trata de aspectos sometidos a discusión precisamente por englobar las grandes categorías que pretenden alterar las estructuras societarias. Se integran asimismo la delimitación del procedimiento de las modificaciones estructurales y la importancia de éste para la producción de los efectos de la operación.

La tarea no resulta en ningún caso sencilla, a simple vista parece que todas las figuras en ella contenida carecen de rasgos comunes. De ahí que la delimitación de la categoría jurídica de modificación estructural es una peculiar tarea jurídica de regulación. Lo es por cuanto en ella concurren el Derecho de sociedades puro con el Derecho de la competencia, el Derecho de grupos, el Derecho laboral, el Derecho fiscal y el Derecho patrimonial o civil. Es una materia de especial densidad jurídica caracterizada por una regulación muy compleja y extremadamente técnica<sup>2</sup>. Partiremos de manera obligada de un análisis del Derecho Comparado, concretamente del Derecho Europeo, haciendo claro hincapié en la reciente legislación española que sobre el tema se ha promulgado.

### **A. Tratamiento normativo de las modificaciones estructurales**

El origen de la categoría de modificaciones estructurales debemos buscarlo en el ordenamiento jurídico alemán. Éste, al transponer la Tercera y Sexta Directivas Comunitarias sobre fusiones y escisiones de sociedades anónimas, reformó su regulación general por medio de la promulgación de la “Umwandlungsgesetz”<sup>3</sup>. Precisamente regula de manera conjunta las operaciones de transformación, fusión, escisión, segregación y cesión de activo y pasivo y las agrupa bajo la categoría de las llamadas “Umwandlungen”<sup>4</sup>.

---

2 GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 14 y el mismo autor en “La Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y el retroceso del Derecho civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2010, núm. 50, págs. 65 a 93.

3 Nombre por el cual se conoce doctrinalmente a la “Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts” de 28 de octubre de 1994 y que entró en vigor el 1 de enero de 1995.

4 El término “Umwandlungen” era utilizado, antes de la *UmwG*, para referirse a la transformación y la

La doctrina española no fue ajena a esta regulación alemana<sup>5</sup> y busca reproducir el debate a la realidad nacional. De estas operaciones se ha ocupado la reciente Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles (LMESM), que ofrece un tratamiento unitario<sup>6</sup> y orgánico por cuanto la legislación española anterior realizaba una regulación aislada y sin considerar la relación entre ellas. La conformación general de esta categoría se haría doctrinalmente, con el problema añadido de que su caracterización se presupondría, dado que no se hacía referencia a sus elementos configuradores, o bien era relegada al estudio de las figuras que la componían, siendo escasas, a pesar de ello, las propuestas para su caracterización general.

Actualmente la LMESM dota de un marco jurídico legal a este tipo de operaciones y reúne aquellas normas que con precedencia se encontraban dispersas en la legislación española. Lo hace dentro de un contexto real del Derecho

---

doctrina empleaba el término *Umstrukturierungen* para referirse a las modificaciones estructurales, categoría que englobaba una serie de operaciones reguladas de manera incoherente, incompleta y asistemática. Al promulgarse la *UmwG* se dio un cambio total a la regulación de estas figuras. Representativa del cambio fue la variación terminológica porque desde 1994 se sustituye la referencia a las *Umstrukturierungen* por *Umwandlungen*. La transformación se pasa a denominar *Formwechsel*. En este sentido, véase CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Centro de Estudios, España, 2004, pág. 35.

5 El primero en emplear en sus trabajos este término de modificaciones estructurales para agrupar estas operaciones fue el profesor EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, en CDC, núm. 9, septiembre de 1991 pág. 14; y el mismo autor en “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AA. VV., *Derecho Mercantil de la CEE*, Estudios en homenaje a José Girón Tena, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 293. Desde entonces la doctrina ha seguido utilizando esta voz para referirse a la misma categoría de operaciones. Vid VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, José M<sup>a</sup> Bosch, 1990-1991, pág. 817 y LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, en RdS, núm. 9, 1997, págs. 143 a 185.

6 Sobre el tratamiento unitario de la LMESM a esta categoría son muy interesantes las matizaciones doctrinales dadas. Por un lado, EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 309, octubre 2010, Año XVI, pág. 4, determina que se ha reunido dentro de un mismo cuerpo legal todas y cada una de las modificaciones estructurales hasta ahora reguladas, alcanzándose así una unificación formal; no así la unificación material por cuanto no se ha logrado un tratamiento conjunto de los elementos comunes de las modificaciones estructurales que permita conformarla como categoría jurídica merecedora de un enfoque único.



comparado, si bien en su articulación ha sido criticada<sup>7</sup>. La Ley, sin embargo, únicamente reconoce y regula las distintas figuras que componen la categoría de las modificaciones estructurales, pero no concluye una caracterización general de la categoría. Delimita la categoría de modificaciones estructurales, que hasta entonces era algo imprecisa<sup>8</sup>, al ampliar el régimen de las modificaciones estructurales<sup>9</sup>. Pese a ello, lo limita a las sociedades mercantiles<sup>10</sup>, personalistas y de capital. Incluye las operaciones de transformación, fusión y escisión y agrega las de segregación, cesión global de activo y pasivo sin fines liquidatorios y el traslado internacional de domicilio social. Incorpora las figuras de fusión simplificada en las “fusiones especiales”. Sin embargo, no opta por una regulación que se ajuste todos los sujetos jurídicos y presenta algunas lagunas importantes<sup>11</sup>. Se trata de un conjunto complejo de normas con incidencia sobre

---

7 VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en La Notaría, núm. 1, 2010, documento electrónico en [www.colnotcat.es/fitxers%5CAnotaria%5CLN2010\\_01\\_CAS.pdf](http://www.colnotcat.es/fitxers%5CAnotaria%5CLN2010_01_CAS.pdf) [revisado el 25 de marzo de 2013], pág. 12.

8 CONDE TEJÓN, A., La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural, ob. cit., pág. 36.

9 La regulación sobre esta materia se encontraba dispersa en varios cuerpos legales. En torno a la transformación se podía encontrar una regulación diferenciada partiendo de si correspondía a una sociedad anónima o a una sociedad de responsabilidad limitada. La Ley de Sociedades Anónimas contenía una regulación completa de la fusión y la escisión, que remitía a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada después de establecer alguna especialidad para su tipo social. La cesión global de activo y pasivo era objeto de una simple mención por parte de la Ley de Sociedades Anónimas y era regulada en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en sede de liquidación. Y el traslado internacional de domicilio era solo mencionado en una norma que remitía a tratados internacionales en ambos cuerpos legales. No existía regulación alguna de estas operaciones para las sociedades colectivas o comanditarias Al respecto puede consultarse GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.; ÁLVAREZ ROYO, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 19 a 28. Sin embargo, no todos opinan que la ley efectivamente logró tal unidad, por cuanto el legislador ha elaborado un texto legal en el que las características definitorias del concepto normativo de modificaciones estructurales y de sistema jurídico, como campo concreto y especial dentro del Derecho de sociedades, están dispersos. En ese sentido, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el Concepto de Modificación Estructural”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 52.

10 Quedan fuera del ámbito de la LMESM las operaciones de modificación estructural de las sociedades cooperativas por un problema de competencia autonómica, así como la normativa de carácter fiscal.

11 Al respecto, véase SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en RdS, núm. 31, Año 2008 – 2, págs. 33 y ss.

los elementos estructurales de las sociedades, similares en procedimiento y en garantías de protección de socios y acreedores. La diversidad de temas a que alude hace que resulte ser una regulación muy compleja y técnica, lo que ha motivado numerosas críticas<sup>12</sup>.

Pese a estas referencias, la regulación de las modificaciones estructurales no es exclusiva del ordenamiento jurídico español. Ha sido objeto también de regulación variada en otros ordenamientos jurídicos, como muestra del auge que estas figuras han tenido de un tiempo a esta parte. Precisamente en la legislación comparada encontramos importantes esfuerzos normativos para su regulación unitaria y sistemática<sup>13</sup>. Desde un punto metódico, la intervención legislativa se produce en todos los países de manera progresiva. Al principio, aparecen pequeñas referencias aisladas sobre la materia, dictándose más tarde normas importantes, pero propias de cada tipo social. Por último, se produce una codificación general, que da lugar a leyes de regulación general sobre el tema y con una perspectiva transversal, como sucede con la Ley alemana de 1994.

De esta manera, la legislación francesa regula fundamentalmente tres grandes figuras, como son la fusión, la escisión y la “*Apport partiel d’actif*”, que equivale a la “aportación de rama de actividad”. Su regulación se encuentra en el Código de Comercio, Capítulo VI, aunque existen normas dispersas en el desarrollo de todo el articulado, principalmente en lo que concierne a la nulidad de la fusión y a los derechos de los socios. En una primera sección existen normas

---

12 VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 23ª ed., 2012, pág. 733 y ss.; PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, Nº 7425, Sección Doctrina, 16 Jun. 2010, Año XXXI, s. p. y RECALDE CASTELLS, A. y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA. E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, Nº 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012, Año XXXIII.

13 Siguiendo lo expuesto por VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 732, existen tres grandes modelos de regulación de las modificaciones estructurales: 1) La regulación de las modificaciones estructurales que se encuentra contenida en Leyes y Códigos generales de sociedades mercantiles o tributarios, sujetos aun a la división de Derecho Mercantil/Derecho Civil, como Francia y Portugal, 2) La regulación general de estas operaciones para todos los sujetos jurídicos en una ley transversal, como es el caso de Alemania y Suiza; y 3) Su incorporación a un Código Civil que unifica todo el derecho privado (Holanda e Italia).

comunes para la fusión y escisión y permite la aplicación de estas operaciones a entidades de diferente forma jurídica entre sí. Posteriormente establece reglas básicas para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada <sup>14</sup>.

La Ley Alemana de 28 de octubre de 1994, sobre perfeccionamiento y depuración (*“Bereinigung”*) del Derecho de las modificaciones estructurales supone un ejemplo de sistematización de la materia<sup>15</sup>. Es una Ley extensa y compleja que regula todas las posibles modificaciones estructurales entre la mayor parte de los sujetos de derecho privado, entre los que incluye a las sociedades mercantiles, personalistas y de capital, las sociedades cooperativas inscritas, las asociaciones inscritas, las sociedades cooperativas de revisión o auditoría y mutualidades de seguros e incluso asociaciones con finalidad económica<sup>16</sup>. No incluye a las fundaciones. Según el art. 1 de la UmwG los sujetos de derecho pueden ser objeto de modificación estructural mediante cuatro clases de operaciones: 1) La fusión por absorción o por constitución de sociedad nueva (*“Verschmelzung”*); 2) La escisión, en sentido amplio denominada *“Spaltung”*<sup>17</sup>; 3) La cesión global del patrimonio de una empresa a otro sujeto de derecho o empresa (*“Vermögensübertragung”*), y 4) La transformación, o cambio de

---

14 Véase EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, ob. cit., págs. 23 a 24.

15 Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1994, Teil I, S. 3209-3277, de 8 de Noviembre de 1994. De la Ley se han hecho varias traducciones al español: GUILLEN FERRER, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA de 28 de octubre de 1994. Primera Parte”, en RGD, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 7231 a 7283; VAZQUEZ LEPINETTE, T. y VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994, Segunda Parte”, en RGD, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 13683 – 13762; LEÓN SANZ, F. J., “La reforma Alemana sobre Modificaciones Estructurales de 1994”, en RdS, núm. 6, 1996, págs. 363 a 382 y BAENA BALBUENA, M., “Ley de Actualización del Derecho de Modificaciones Estructurales de Sociedades”, en RdS, núm. 7, 1996, págs. 373 a 404.

16 VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 12.

17 Figura cuya regulación contempla tres modalidades: 1. Escisión propia, bien sea total (con disolución sin liquidación de la sociedad escindida) denominada *“Aufspaltung”*; 2. Escisión propia parcial, de una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, que se transmiten a la sociedad o sociedades beneficiarias, entregando acciones o participaciones directamente a los socios de aquella (*“Abspaltung”*); y 3. Escisión impropia o segregación, de una o varias partes del patrimonio de la sociedad o empresa escindida, a cambio de acciones o participaciones de la sociedad adquirente que se entregan a la escindida transmitente (*“Ausgliederung”*).

forma (“*Formwechsel Umwandlung*”). El mismo artículo 1º de la *UmwG* afirma que estas modificaciones estructurales sólo son aceptables en los casos considerados en la Ley. De esta norma deduce la doctrina la imposibilidad de valerse de la analogía para aplicar las soluciones de la Ley a otros supuestos no contemplados en ella. La principal característica de la Ley es la transversalidad en su aplicación.

Por su parte la Ley Suiza sigue el ejemplo de la Ley alemana en cuanto a la transversalidad dado que comprende a todos los sujetos jurídicos y figuras <sup>18</sup>. Contempla importantes herramientas operativas para facilitar las reorganizaciones empresariales. Atiende principalmente a las reorganizaciones de sociedades de capital por acciones y de responsabilidad limitada, si bien se refiere a todo tipo de compañías, incluidas las asociaciones y fundaciones. En Derecho suizo, la Ley federal sobre la fusión, la escisión, la transformación y la transferencia de patrimonios, de 3 de octubre de 2003 entró en vigor en julio de 2004 <sup>19</sup>. Y regula la adaptación de las ordenaciones jurídicas de las sociedades de capital, sociedades mercantiles colectiva y comanditaria, cooperativas, asociaciones, fundaciones y empresarios individuales en relación con las fusiones, las escisiones, las transformaciones de la forma jurídica y transmisiones de activos y pasivos. Las escasas reglas sobre fusiones y transferencia de patrimonios que

---

18 Incluye las transformaciones (“*Umwandlung*”) así como fusiones por absorción (“*Absorptionfusion*”) y por constitución (“*Kombinationsfusion*”). En cuanto a las fusiones lo hace con la particularidad de que los socios minoritarios de las sociedades participantes puede ser integrados en la sociedad resultante o solo por medio de sus acciones o participaciones, sino que la entrega de dinero o acciones de una tercera compañía como compensación. En cuanto a la escisión (“*Spaltungen*”), Ley suiza sólo incluye los supuestos de escisión propia, total o parcial, con la debida asignación de acciones o participaciones por parte de la beneficiaria a los socios de la escindida en el valor necesario. No incluye la segregación de la Ley alemana, pero sí tutela la transmisión de activos y pasivos (“*Vermögensübertragung*”), de todo o parte del patrimonio, sea de un empresario individual inscrito en el Registro mercantil o de una persona jurídica inscrita en el Registro Mercantil, a favor de una persona jurídica de Derecho privado.

19 Ver TRIGO TRINDADE, R., “La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit suisse”, *Riv. delle società*, 2003, nº 6, págs. 1316 a 1350; *Mergers and Acquisitions: A Global Tax Guide*, PricewaterhouseCoopers LLP, John Wiley & Sons, 2006, 576 pág.; TSCHÉINI, R. y RÖTHELI A., *New Merger Act in Switzerland*, documento electrónico en [http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx\\_netvlsldb/Doc13\\_02.pdf](http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Doc13_02.pdf) [revisado el 02 de marzo de 2013], “The Swiss Merger Act”, en documento electrónico en [www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf](http://www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf), [revisado el 02 de marzo de 2013], s. p.

se encontraban en el Código Civil Suizo son reemplazadas por las disposiciones de esta nueva Ley, la cual además contiene normas referentes a los aspectos tributarios de las operaciones de modificación estructural.

El Código Civil Holandés presenta una regulación sencilla con el objetivo de facilitar únicamente las modificaciones estructurales de transformación, fusión y escisión<sup>20</sup>. Con la transformación se amplían las posibilidades de conversión, de las cuales algunas requieren autorización judicial para su implementación (como es el caso de la transformación de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada en fundación o asociación). Se establece en su articulado una regulación básica para las fusiones y escisiones de todas las entidades. No se aplican las normas a asociaciones sin personalidad jurídica plena ni a las comunidades de propietarios de propiedad horizontal. Es permitida la fusión de entidades con la misma forma o condición jurídica, salvo que se encuentren en liquidación o cuando la distribución patrimonial ya se hubiera realizado; tampoco podrán optar por estas operaciones aquellas entidades que se encuentren en quiebra o en suspensión de pagos.

La legislación italiana, reformada por el Decreto legislativo número 6 de 17 de enero de 2003<sup>21</sup>, contiene una regulación elemental de la materia, pero la deja abierta a la reflexión y aclaración. Su objetivo principal ha sido la simplificación de los procedimientos con el fin de dotar a los operadores del comercio de instrumentos eficaces e idóneos para el ejercicio de su actividad. Regula la transformación con especial atención a la transformación heterogénea de sociedades capitalistas; la fusión; y la escisión, Introduce importantes reglas en materia de fusiones heterogéneas, estableciendo asimismo la prohibición de declarar la nulidad de la operación una vez inscrita y el reconocimiento de las fusiones apalancadas<sup>22</sup>. En cuanto a la escisión resulta interesante la posibilidad

---

20 *Burgerlijk Wetboek Boek 2, Rechtspersone*, documento electrónico en <http://www.wetboek-online.nl/wet/Burgerlijk%20Wetboek%20Boek%202.html#71> [revisado el 02 de marzo de 2013].

21 Il Codice Civile Italiano, documento electrónico en [http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm) [revisado el 02 de marzo de 2013].

22 CAGASSO, O., “La reforma italiana del Derecho de Sociedades: fusiones, escisiones, transformaciones”, en *RdS*, núm. 23, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 109 – 116. Igualmente MARTÍ MOYA, V., “Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del Derecho de Sociedades

de que a algunos socios de la sociedad escindida no se les asignen acciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, sino de la sociedad que ha sido escindida. No contiene regulación alguna sobre la cesión global de activo o pasivo o transmisión del patrimonio social.

En el ámbito del Common Law, merece mención expresa el régimen inglés y el estadounidense. *La Companies Act inglesa* de 8 de noviembre de 2006 regula la transformación de manera simplificada en una reinscripción y las transformaciones entre las *public Co* y las *private Co*. El “*Model of Business Corporation Act*” regula las fusiones. Su regulación busca hacer lo más simple y accesible posible la implementación de estas figuras para las pequeñas compañías<sup>23</sup>. En los EEUU le corresponde al “*Model of Business Corporations Act*” regular las operaciones de modificación estructural, concretamente en su Chapter 11 y Chapter 13, al tutelar el derecho de separación. En su regulación se especifican las entidades nacionales o extranjeras que pueden participar, el contenido del plan, el canje de acciones y los efectos de la fusión<sup>24</sup>.

### **B. Caracteres definidores y requisitos de las modificaciones estructurales**

A pesar de estas regulaciones normativas, no se contempla norma alguna que determine cuál sea el concepto de modificación estructural. Sigue correspondiendo a la doctrina, entonces, dar mayores luces en este aspecto<sup>25</sup>.

---

en Italia”, en RDM, núm. 251, 2004, págs. 291 y ss.

23 MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Modificación en el Reino Unido de la normativa sobre modificaciones estructurales”, en *RdS*, núm. 37, año 2011, págs. 549 – 550.

24 VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 1.

25 Al respecto deben destacarse las siguientes opiniones: 1) Para EMBID IRUJO el ámbito mínimo que definiría a una modificación estructural se encuentra en la transferencia de dos elementos básicos como lo son el patrimonio y las posiciones de socio, consistentes estas últimas en las acciones, participaciones, cuotas, etc. Pero ello debe ir acompañado de una circunstancia específica “que singularice la transmisión de elementos patrimoniales o de posiciones de socio. En nuestra opinión, tal elemento es de naturaleza teológica y consiste en la finalidad de servir, por vías diferentes de la fusión, al propósito de la concentración empresarial. Y ello, tanto desde el punto de vista de la constitución de una unión o agregación de sociedades, como desde el de su reestructuración o reordenación interna”. EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, ob. cit., pág. 34. 2) VICENT CHULIÁ parte del análisis de las diferencias entre la legislación mercantil y la legislación

Partiendo de aquí, debe considerarse que la tarea no es del todo fácil, por cuanto las operaciones que abarca la categoría de modificaciones estructurales son de naturaleza heterogénea, lo que hace que los criterios de delimitación no sean unánimes. La ausencia de una definición adecuada de lo que debe entenderse por modificaciones estructurales, así como la relación de estas operaciones con la categoría de operaciones de reestructuración empresarial, más amplia que aquélla, genera múltiples problemas.

El concepto de modificación estructural no proviene del derecho comunitario europeo ni de la decisión del legislador de agrupar en una sola ley distintas operaciones reestructurantes. Se parte de que el *nomen iuris* de las modificaciones estructurales sigue desprovisto de significación normativa mínima, es un concepto meta jurídico de índole meramente funcional y carente de cualquier significación normativa directa. Se refiere a un conjunto de operaciones de reestructuración empresarial<sup>26</sup> ; y el concepto legal dado conforma un concepto

---

fiscal del Capítulo VIII de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades; siendo que para esta última las modificaciones estructurales son aquellas que afectan la organización patrimonial, empresarial y corporativa de la sociedad o sociedades que intervienen en la operación. En su opinión se está ante una modificación estructural cuando confluyan los siguientes preceptos: a) Será estructura la totalidad del patrimonio social; aunque únicamente en la fusión y en la escisión total se produce la transmisión en bloque de todo el patrimonio social; b) Es estructura la organización empresarial, y ello con mayor atención cuando la transmisión se refiere a solo parte del patrimonio como en la escisión parcial o la transmisión de rama de actividad; c) Es estructura la organización corporativa, del colectivo de socios, singularidad de la fusión y de la escisión donde se da migración de las acciones o participaciones de una sociedad a otra (VICENT CHULLÁ, F., “*Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil*”, en *RJC*, vol. 96, núm. 3, 1997, págs. 57 a 58). c) *Por su parte, LARGO GIL considera que las modificaciones estructurales hacen referencia a aquellas modificaciones sustanciales de las sociedades, es decir aquellas que van más allá de la sola alteración estatutaria y que afectan la organización resultante del negocio jurídico fundacional. Esta observación le permite fijar unos elementos comunes a todas ellas, a partir de los cuales se puede configurar toda la categoría, a saber: “en cuanto al objeto último a alcanzar; se trata de revisar el vínculo contractual inicial, en vista a su revitalización y o la extinción del mismo. En relación al procedimiento de realización de la modificación societaria de que se trate. El mismo se compone de una fase preparatoria, otra decisoria y una última, de ejecución de la decisión acordada. Y por lo que se refiere a la eficacia típica desarrollada; resulta afectada la forma societaria, el patrimonio, que se mantiene, y en su caso, la posición de los socios.”* (LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, ob. cit., pág. 146).

26 SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural”, ob. cit., pág. 42.

de carácter ordenador que fija sus caracteres básicos y que aún son discutibles doctrinalmente.

A pesar de la dificultad que se genera al tratar de manera conjunta operaciones complicadas, a los efectos de esta investigación se parte de que las modificaciones estructurales comúnmente comprenden ciertas decisiones u operaciones de reestructuración que conllevan una alteración sustancial del contrato de sociedad, por afectar a la organización patrimonial o personal de ésta, por lo que pueden determinar el tipo de modelo societario elegido, la integración de unas sociedades con otras, su división o la cesión global de activo y pasivo<sup>27</sup>. Suponen la alteración o cambio en la estructura o elementos esenciales de la empresa. A diferencia de las modificaciones de estatutos, que limitan sus efectos al marco estatutario por el que se rige una sociedad pero sin afectar propiamente su identidad o naturaleza, las modificaciones estructurales de las sociedades se caracterizan por suponer un cambio en la estructura de éstas y, por extensión, en la posición jurídica (patrimonial y administrativa) de los socios<sup>28</sup>.

Pero no toda alteración personal o patrimonial de una sociedad implica una modificación estructural, como es el caso del aumento del capital social y la separación de socios. Para poder estar frente a una modificación estructural de la sociedad debe ésta suponer la existencia de decisiones u operaciones

---

27 EMBID IRUJO, J. M., "Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1999, págs. 31 a 46., pág. 33. En igual sentido VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 163.

28 En cuanto a la diferencia entre las modificaciones estructurales y las modificaciones estatutarias, VICENT CHULIÁ señala los siguientes aspectos: a) Mientras que para las modificaciones estatutarias rige el principio de "numerus apertus", sin perjuicio de que algunas de ellas tengan una cierta tipicidad y regulación; para las modificaciones estructurales rige el principio de numerus clausus y la prohibición de la analogía; b) Dada la mayor trascendencia de las modificaciones estructurales, hay un sistema de publicidad más complejo para éstas. En las modificaciones estatutarias en general el acuerdo de la Junta general produce efectos inmediatos, sin necesidad de previa inscripción en el Registro Mercantil; mientras que la inscripción de las modificaciones estructurales es constitutiva. Sin embargo, determina que en el aumento y reducción, la creación de las acciones o derechos de accionista y su extinción se producen como consecuencia de la inscripción en el Registro mercantil (VICENT CHULIÁ, F., "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil", ob. cit., pág. 65 a 66).



que comporten tal alteración sustancial: cambia la identidad, la naturaleza o la estructura de la sociedad y por ende, la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios. Evidentemente el problema esencial, llegados a ese punto, es delimitar el concepto de estructura y qué aspectos patrimoniales o corporativos engloba.

De ahí que una vez más se ponga de manifiesto que es mediante el estudio de cada una de las figuras que componen esta categoría como se podrán deducir los requisitos definidores, lo que posteriormente permitirá su conceptualización. No debe partirse de premisas apriorísticas, sino de la base de la observación de la doctrina, del Derecho comparado y de ciencias afines como la económica. La deducción científica aplicada al estudio de cada una de las figuras legales, nos ofrecerá los caracteres delimitadores y comunes, para luego construir la conceptualización jurídica de las modificaciones estructurales.

Inicialmente parece que no existe un común denominador entre las figuras legales contenidas dentro de la categoría de modificaciones estructurales. Sin embargo, la doctrina ha podido determinar que existe un rasgo genérico y sustancial entre todas las figuras, como lo es que todas las modificaciones estructurales producen un *“cambio sustancial, decisivo, en la manera en que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural”*<sup>29</sup>. Esta modificación también opera cuando se da un cambio en el status jurídico de la sociedad como sucede con la transformación; o bien cuando se transmite a un tercero la totalidad o parte del patrimonio social, como es el caso de las fusiones, las escisiones o cesión global de activo y pasivo<sup>30</sup>. Se ha discutido si tal cambio se da además cuando

29 SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural”, ob. cit., pág. 73.

30 GARDEAZÁBAL DEL RÍO sintetiza esta situación con claridad partiendo de la finalidad de cada una de las operaciones que engloba la categoría de modificaciones estructurales. De tal suerte que la fusión se dirige a incrementar el tamaño de la sociedad; la escisión busca lo contrario; la transformación facilita la adecuación de la estructura jurídica a las características económicas de la empresa; la cesión global o parcial permite el trasvase de los patrimonios sin alterar la estructura jurídica de las sociedades interesadas. Por otro lado, la fusión y la escisión producen el traspaso de los socios y del patrimonio de una sociedad a otra; la fusión además conlleva la extinción de una o varias sociedades; la escisión conlleva siempre un efecto de reducción del capital o de extinción de la sociedad. La cesión global de activo y pasivo supone la transmisión del patrimonio y la

se modifica el elemento básico de conexión de la sociedad con la ley nacional, como acontece respectivamente con la transformación y traslado internacional del domicilio social<sup>31</sup>.

Pero no puede concluirse que únicamente éste sea el elemento caracterizador de las modificaciones estructurales. De ahí que se parte de que existen otros requisitos definidores<sup>32</sup> de una modificación estructural, como son los siguientes: 1) que implica una alteración de la estructura social; 2) con la finalidad de reestructuración empresarial; 3) así como un cambio de la titularidad del patrimonio 4) por medio de la sucesión a título universal. Examinemos a continuación de manera individualizada cada uno de ellos.

---

transformación actúa en el aspecto jurídico sin alterar el patrimonio de las sociedades afectadas. Señala además que todas las figuras tiene por efecto común, la alteración en la posición del socio y en el contrato de sociedad. La fusión, la escisión y la cesión global, conllevan además la sucesión universal en los patrimonios de las sociedades que intervienen en los procesos. Por último, todas las figuras coinciden en constituir procesos en que se producen los cambios pretendidos de manera sistemática. Por último desde una perspectiva finalística, se busca adaptar las características de la sociedad a los requerimientos económicos actuales (GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., "Panorámica de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en MARTÍNEZ - CALCERRADA Y GOMEZ, L. (Coords.), *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Vol. III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 2683 a 2684).

31 Con respecto al traslado internacional de domicilio, el legislador defiende la inclusión de esta figura en el preámbulo de la LMESM de la siguiente manera: "También se regula en la presente norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal".

32 ARSON PEIRONCELY, R. y GARRIDO DE PALMA, V. M., *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 26 a 27. Dichos autores parten de una enumeración de características comunes deducidas de la debida tutela a todos los intereses involucrados y del mismo procedimiento establecido para las modificaciones estructurales por la LMESM. Tales características serían: 1) La obtención de una alteración de la estructura de la sociedad constituida por una unidad de elementos interrelacionados que da por resultado el tipo o forma social específica, 2) Con el fin de una reestructuración empresarial de media o alta intensidad que conlleve a motivos económicos válidos; 3) Se produce un cambio en la titularidad patrimonial, con excepción de la transformación y el traslado del domicilio social; 4) Dicho cambio del titular patrimonial se produce por medio de una concreta sucesión, inter vivos, a título universal, en bloque, por un solo acto y por un único título, y 5) Exige un procedimiento complejo.

## 1. Alteración de la estructura social

Precisamente una de las características fundamentales de este tipo de operaciones es que implican un cambio de la estructura social. Conviene en este punto detenerse brevemente para reflexionar sobre una cuestión en particular: es preciso concretar a qué estructura se refieren estas modificaciones. Ello resulta trascendente por cuanto existen otras operaciones a las que puede acogerse un ente social, pero que no son modificaciones estructurales. Son dos, en este sentido, las cuestiones que deben resolverse para contestar de manera efectiva la premisa anterior <sup>33</sup>. La primera de estas cuestiones atañe a delimitar qué parte de la estructura de la sociedad es la que soporta la modificación operada; la segunda, la comparación de dicha alteración con el resto de los elementos caracterizadores de las modificaciones estructurales.

La variación que comporta una modificación estructural conlleva una modificación de las condiciones esenciales del contrato social, así como de las circunstancias a las que el socio se adhiere. Constituye una modificación de los derechos y de las obligaciones que conforman la posición de los socios entre sí y frente a la sociedad. Ello sucede con la transformación, al pasar a regirse por otro sistema jurídico por el cambio de tipo social; y en la fusión al perder la condición de socios de una sociedad y adquirir tal condición en otra. Igual sucede con la escisión total, mientras que con la escisión parcial, conservan su condición de socios y la adquieren también en otra sociedad. Bien pierden su calidad de socios al recibir una contraprestación como en el caso de la cesión global de activo y pasivo. Pero además puede conllevar una alteración relevante en su patrimonio, como ocurre en la segregación <sup>34</sup>.

---

33 CONDE TEJÓN, A., La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural, ob. cit., pág. 60.

34 En las modificaciones estructurales que sólo implican el cambio de titularidad de una parte del patrimonio, la característica común reside en que la parte del patrimonio que se transmite constituye una unidad económica, es decir, un conjunto de bienes y derechos que, por su coyuntura, son apropiadas para la explotación económica vinculada. No se precisa que conjunto formase una unidad con carácter previo a la modificación estructural; pero sí la transmisión de un conjunto de bienes aislados, no vinculados entre sí, aunque puedan formar luego una unidad económica en la sociedad adquirente, quedaría sometida al derecho común y no constituirían una modificación estructural.

## 2. Con finalidad de reestructuración empresarial

Según se ha reconocido <sup>35</sup>, las modificaciones estructurales se encuentran ligadas a los procesos de reestructuración empresarial, en tanto constituyen una especie de éstas <sup>36</sup>. Es éste uno de los elementos que les permiten diferenciarse de otras operaciones que afectan de manera importante a la sociedad pero que no se encuentran dentro de la categoría de modificaciones estructurales.

Todas las empresas necesitan en un momento dado ejecutar un proceso de reestructuración para adecuarse a las circunstancias de un mercado variable o bien para consolidar su futuro a medio y largo plazo. Por lo general, la reestructuración empresarial surge también cuando una empresa se encuentra en una situación difícil, razón de más para que la dirección de la misma tome la decisión de cambiar interna y externamente los entes empresariales. Por ello, cada una de las modificaciones estructurales existentes tiene un objetivo específico con el fin de dar cumplimiento a la actividad empresarial perseguida por la sociedad, adaptándola a las nuevas necesidades del orden económico. Sea que se busque aumentar su tamaño, variar sus actividades, traspasar un bloque patrimonial, cambiar la forma de la persona jurídica, o adaptarse a las necesidades territoriales, en realidad lo que se aplica es un conjunto de acciones dirigidas a transformar la estructura productiva de tales empresas, modificando la participación de los factores de producción en el proceso. Son diversos y complejos los factores económicos que promueven la conveniencia de realizar una modificación estructural por cuanto acarrear una serie de situaciones que demandan una respuesta diferente y cambiante.

---

35 VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1971, pág. 229.

36 Al respecto, CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)”, en RdS, número 35, año 2010-2012 pág. 71, señala “a la vista de las consideraciones anteriores, hay que tener en cuenta que la categoría general no es la de las modificaciones estructurales, sino la de las reestructuraciones empresariales, dentro de las que tienen cabida todo tipo de operaciones cuyo objetivo sea el de operar una reestructuración de la empresa, siendo las modificaciones estructurales un tipo específico de reestructuraciones empresariales que cuenta con unos efectos especiales que requieren de un procedimiento singular. De esta forma, ante la necesidad de una empresa de alterar su estructura (acordar una operación de reestructuración empresarial), la misma tiene total libertad para optar por cualquier operación admitida en derecho, por lo que el elemento determinante de su opción será evidentemente la eficiencia de esta operación para lograr los fines deseados.”

### **3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal**

Prácticamente en casi todas las modificaciones estructurales opera la sucesión de un bloque patrimonial <sup>37</sup>, bloque que está compuesto por activos o pasivos de muy diversa naturaleza. Es precisamente este modo de transmisión el que nos permite diferenciar las modificaciones estructurales de otras figuras afines. Dicho bloque empresarial puede estar conformado de diversas maneras<sup>38</sup> y dependiendo de ellas podremos distinguir la operación realizada. En los casos de las fusiones o la cesión global de activo y pasivo con una única sociedad beneficiaria dicho bloque estará compuesto por la totalidad del patrimonio social, concebido como una unidad, siendo que la transmisión del mismo conlleva la extinción de las sociedades transmitentes. Igualmente, dicho bloque patrimonial puede implicar la totalidad del patrimonio social, pero no como una unidad, sino dividido en varios bloques diferenciados, que comportan cada uno una unidad económica. Tal es el caso de las fusiones o la cesión global de activo y pasivo con varias sociedades beneficiarias, o de la escisión total, siendo que la operación realizada conlleva también a la extinción de la sociedad transmitente. O bien, como en los supuestos de escisión parcial o segregación, puede que el bloque patrimonial esté conformado por una parte diferenciada de la totalidad del patrimonio social de la sociedad transmitente, el cual, además constituye una unidad económica. En tal caso la sociedad transmitente perdura con la parte de su patrimonio que no ha transmitido.

Por otro lado, la transmisión de este bloque de los patrimonios de las sociedades participantes se lleva a cabo por medio de la sucesión universal y no por la vía de aplicación de las normas generales de transmisión de bienes, como lo es la sucesión particular. Por esta última se requeriría el consentimiento individual de todos los afectados por las deudas con lo cual la operación sería

---

37 Sobre si existe o no en la transformación un cambio en la titularidad patrimonial puede verse a MOTOS GUIRAO, M., "La transformación de las sociedades mercantiles", en RDM, núm. 33, 1951, págs. 393 y ss.

38 Al respecto nos sumamos a la postura de CONDE TEJÓN, A., "La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril d 2009", en *RdS*, núm. 33, año 2009-2, pág. 389.

más complicada de realizar y por ende menos atractiva. Con la sucesión universal se posibilita el transmitir los elementos patrimoniales activos y pasivos sin necesidad de cumplir con las normas generales de la transmisión<sup>39</sup>.

La regulación de las modificaciones estructurales ha sido significativa por cuanto facilita, en la práctica, su aplicación sin las complicaciones e inconvenientes propios que se presentarían si se tratara de realizar estas operaciones por medio de las reglas generales de la transmisión de patrimonios. Si la transmisión patrimonial en bloque se realizara por medio de la sucesión particular, los inconvenientes que se presentan complicarían su operatividad por el exceso de trabas y la dejarían sin sus efectos beneficiosos.

Se opera un traspaso casi automático del patrimonio, por lo que los intereses de los acreedores y otros posibles interesados podrían verse vulnerados. A tal efecto, se sustituyen los requisitos generales de la transmisión por otras medidas de tutela de los intereses que participan con el fin de mantener un equilibrio entre los intereses de las empresas participantes y los acreedores. Tales medidas incluyen mecanismos especiales de protección, como son el derecho de oposición<sup>40</sup> y el régimen de la responsabilidad solidaria de las sociedades que participan en la operación en caso de incumplimiento de obligaciones<sup>41</sup>, y otras medidas de protección a los socios – como el derecho de separación en las transformaciones y el traslado internacional del domicilio–.

No en balde se ha señalado a la sucesión universal como el elemento caracterizador y central de su regulación<sup>42</sup>, que dota a las modificaciones

39 Las figuras de transformación y cambio de domicilio social constituyen una excepción a este aspecto.

40 Este derecho de oposición se articula, no como la facultad de impedir que se realice la operación de modificación estructural, sino como la exigencia de aseguramiento de sus créditos.

41 Las operaciones de escisión y de cesión global de activo y pasivo en las que existen varios cesionarios tienen otro mecanismo de tutela como pueden ser regímenes especiales de responsabilidad de las mismas o de sus socios. Vid CONDE TEJÓN, A., “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril d 2009”, ob. cit., pág. 396.

42 CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al

estructurales en general, de complejidad y excepcionalidad. Bajo tal premisa su aplicación constituye un mecanismo extraordinario justificado por el interés en pro de las empresas y de la economía en general.

### C. Procedimiento específico

La doctrina ha discutido si este procedimiento especial corresponde a un elemento específico del concepto de modificación estructural, o bien, es únicamente responsable de sus especiales efectos. Según LARGO GIL<sup>43</sup> el procedimiento es un elemento definitorio de la categoría de modificaciones estructurales, en tanto, si éste no se cumple debidamente y de la manera que se encuentra tipificado, no podrá verificarse una modificación estructural. En tal tesitura, el procedimiento constituiría, en primer término, un presupuesto de eficacia caracterizadora de las reestructuraciones societarias, por cuanto la ordenación de una operación de modificación estructural que no se ajuste al procedimiento legalmente establecido para ello sería incapaz de producir los efectos excepcionales y propios de las operaciones en cuestión. Pero además el procedimiento constituye una medida de protección a los intereses que resultan dados por una modificación estructural (acreedores, terceros, asociados y fisco)<sup>44</sup>. Lo anterior sin olvidar la debida flexibilización que debe poseer para su adecuada aplicación. Por su parte ÁLVAREZ ROYO- VILLANOVA establece más bien que, lejos de ser un criterio decisivo para su caracterización, el procedimiento especial fijado legalmente es una consecuencia que la propia ley instituye para la protección de intereses<sup>45</sup>.

---

régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)", ob. cit., pág. 68 y *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., pág. 66. Inicialmente en análisis anteriores, dicho autor especifica que la sucesión a título universal no es un efecto imprescindible para hablar de reestructuración empresarial, posteriormente sí determina que es un rasgo importante. Por su parte ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA sostiene que el mecanismo de la sucesión universal, más que un presupuesto de las modificaciones estructurales, es una consecuencia de algunas de ellas (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: "Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima", en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de derecho privado*, Vol. 6, Tomo 2, España, Editorial Civitas, 2001, pág. 638).

43 LARGO GIL R., "Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado", ob. cit., págs. 165 a 169.

44 En este mismo sentido se expresa la RDGRN de 20 de julio de 1944 (RJ 1944, 996).

45 ÁLVAREZ ROYO – VILLANOVA, S., "Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima",

Con independencia de la postura mantenida, realmente una característica de las modificaciones estructurales es que para su realización se han instaurado procedimientos complejos y específicos, cuya primera característica se centra en la intervención de los dos órganos principales de la sociedad, los administradores y la junta . Tales procedimientos se componen de fases sucesivas y sistemáticas, que, cuando se cumplen, dan un resultado final específico y efectivo con un fuerte elemento tuitivo para los sujetos e intereses en juego. Al respecto, el procedimiento de fusión es tomado como arquetipo a considerar, aunque para el caso de la transformación, el procedimiento instaurado es más simple por la sola participación de una sociedad. En el resto de operaciones de modificación estructural, el procedimiento es más complicado por la necesaria coincidencia de las voluntades de las sociedades participantes y los efectos que la misma operación conlleva.

---

en DELGADO DE MIGUEL, J. E, *Instituciones de Derecho Privado*, Europa Notario - Thompson Civitas, Madrid, 2004, pág. 640.



## CONCLUSION

Frente a la falta de sistematización y profundas lagunas normativas que presentaba la regulación de las operaciones de modificación estructural en diferentes países del orbe, algunas legislaciones como la actual LMESM, busca establecer un marco jurídico legal a este tipo de operaciones que unifique aquellas normas que con precedencia se encontraban dispersas. Sin embargo, la regulación de las modificaciones estructurales no se da sólo en el sistema español, sino que es objeto de ordenación variada por parte de otros ordenamientos jurídicos. En éstos, la intervención legislativa se produce de forma gradual con pequeñas referencias aisladas sobre la materia – como el caso de Francia y Portugal-, pasando después a la emisión de reglas importantes, pero propias de cada tipo social– como en el caso de Holanda, Italia, Francia y Portugal- para terminar con una codificación general de leyes completas o integrales con una perspectiva transversal, como las actuales legislaciones alemana y suiza.

Pese a ello, sigue faltando una definición adecuada de la categoría de modificaciones estructurales, lo que genera múltiples problemas. El *nomen iuris* de las modificaciones estructurales continúa desprovisto de significación normativa mínima. Se erigen como procesos societarios en lo que las decisiones u operaciones conllevan una alteración sustancial en la estructura social o en los elementos esenciales de la empresa, ya que son aquellos que afectan a la organización patrimonial o personal de ésta y, consecuentemente, a la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios. Son operaciones con finalidad de reestructuración empresarial, que conllevan a un cambio de la titularidad del patrimonio por medio de la sucesión a título universal de un bloque patrimonial compuesto por activos o pasivos de muy diversa naturaleza. Las operaciones que comprende la categoría de modificaciones estructurales son de índole compleja y la doctrina no es unánime al precisar sus principios de delimitación.

El procedimiento que acompaña a estas operaciones es un presupuesto de eficacia caracterizador de las reestructuraciones societarias, así como responsable de producir los efectos excepcionales y propios de las operaciones analizadas. Constituye asimismo una medida de protección de los intereses que subyacen en una modificación estructural. El procedimiento de fusión es tomado como arquetipo a considerar para el resto de las operaciones integrantes de esta categoría.

## BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ ROYO – VILLANOVA, S., “*Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima*”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., Instituciones de Derecho Privado, Europa Notario - Thompson Civitas, Madrid, 2004.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: “*Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima*”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), Instituciones de derecho privado, Vol. 6, Tomo 2, España, Editorial Civitas, 2001.

ARSON PEIRONCELY, R. y GARRIDO DE PALMA, V. M., La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

BAENABALBUENA, M., “*Ley de Actualización del Derecho de Modificaciones Estructurales de Sociedades*”, en RdS, núm. 7, 1996. Burgerlijk Wetboek Boek 2, Rechtspersone, documento electrónico en <http://www.wetboek-online.nl/wet/Burgerlijk%20Wetboek%20Boek%202.html#71> [revisado el 02 de marzo de 2013].

CAGASSO, O., “*La reforma italiana del Derecho de Sociedades: fusiones, escisiones, transformaciones*”, en RdS, núm. 23, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004.

CONDE TEJÓN, A., “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril d 2009”, en RdS, núm. 33, año 2009-2.

CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de restructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)”, en RdS, número 35, año 2010-2012

CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Centro de Estudios, España, 2004.

EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en Noticias de la Unión Europea, núm. 309, octubre 2010, Año XVI.

EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, en CDC, núm. 9, septiembre de 1991.

EMBID IRUJO, J. M., “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AA. VV., *Derecho Mercantil de la CEE*, Estudios en homenaje a José Girón Tena, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en Cuadernos de Derecho y Comercio, 1999.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., “Panorámica de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GOMEZ, L. (Coords.), *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Vol. III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y el retroceso del Derecho civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2010, núm. 50.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2011.

GUILLEN FERRER, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la *RFA* de 28 de octubre de 1994, Primera Parte”, en *RGD*, núm. 609, Año LI, junio de 1995.

Il Codice Civile Italiano, documento electrónico en [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib5.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm) [revisado el 02 de marzo de 2013].

LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, en *RdS*, núm. 9, 1997.

LEÓN SANZ, F. J., “La reforma Alemana sobre Modificaciones Estructurales de 1994”, en *RdS*, núm. 6, 1996.

MARTÍ MOYA, V., “Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del Derecho de Sociedades en Italia”, en *RDM*, núm. 251, 2004.

MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, en *EMBED IRUJO, J. M., Introducción al derecho de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013

Mergers and Acquisitions: A Global Tax Guide, PricewaterhouseCoopers LLP, John Wiley & Sons, 2006.

MOTOS GUIRAO, M., “La transformación de las sociedades mercantiles”, en RDM, núm. 33, 1951.

MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Modificación en el Reino Unido de la normativa sobre modificaciones estructurales”, en RdS, núm. 37, año 2011.

PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en Diario La Ley, Nº 7425, Sección Doctrina, 16 Jun. 2010, Año XXXI.

RECALDE CASTELLS, A. y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en Diario La Ley, Nº 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012, Año XXXIII.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el Concepto de Modificación Estructural”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en RdS, núm. 31, Año 2008 – 2.

TRIGO TRINDADE, R., “La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit suisse”, Riv. delle società, 2003, nº 6.

TSCHÉINI, R. y RÖTHELI A., New Merger Act in Switzerland, documento electrónico en [http://www.lenzstachelin.com/uploads/tx\\_netvlsldb/Doc13\\_02.pdf](http://www.lenzstachelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Doc13_02.pdf) [revisado el 02 de marzo de 2013], “The Swiss Merger Act”, en documento electrónico en [www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf](http://www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf), [revisado el 02 de marzo de 2013].

VAZQUEZ LEPINETTE, T. y VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994, Segunda Parte”, en RGD, núm. 609, Año LI, junio de 1995.

VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en La Notaría, núm. 1, 2010, documento electrónico en [www.colnotcat.es/fitxers%5CAnotaria%5CLN2010\\_01\\_CAS.pdf](http://www.colnotcat.es/fitxers%5CAnotaria%5CLN2010_01_CAS.pdf) [revisado el 25 de marzo de 2013].

VICENT CHULIÁ, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, en RJC, vol. 96, núm. 3, 1997, págs. 57 a 58

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, José M<sup>a</sup> Bosch, 1990-1991

VICENT CHULIÁ, F., Concentración y unión de empresas ante el Derecho español, Madrid, Confederación Españolas de Cajas de Ahorros, 1971, pág. 229.

VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho mercantil, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 23<sup>a</sup> ed., 2012.

VILATA MENADAS, S., Elementos de Derecho Concursal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 163.









**LOS LÍMITES DE ADMISIBILIDAD DE LA  
CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL  
Y LAS CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LAS  
REGLAS ÉTICAS EN RELACIÓN CON LAS PARTES,  
LA PERSONA QUE CONCILIA Y TERCEROS**

**Licda. Paula Elena Sáenz Gutiérrez<sup>1</sup>**

*Gracias infinitas a mi Señor Jesucristo por sus muchas bendiciones y por las puertas que me ha abierto. A Él sea la Gloria. Gracias a mi familia por su amor y apoyo constantes. Después de mi Señor son lo más importante en mi vida.-*

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho, Universidad de San José, Costa Rica. Correos electrónicos: psaez@poder-judicial.go.cr, pesg79@gmail.com.



### **Resumen**

Al ser la conciliación de mucha utilidad para la resolución alterna de los conflictos resulta de suma importancia conocer sus limitaciones en términos generales para su correcta aplicación así como los deberes éticos implícitos en ella. Se realiza un breve análisis en torno a este instituto en el ámbito del derecho procesal civil para informar los supuestos de su procedencia y en los cuales no es factible.-

Palabras clave: Conciliación, límites, ética, proceso, derecho civil.-

### **Abstract**

The conciliation is useful for alternate dispute resolution and promotion of the social peace. So, is important the knowledge of the concept, limits for a good application and the ethical duties implicit in it and the legal consequences of their rupture. The author make a brief study of this institute in the field of civil procedure, when is admissible and when is not.-

**Key Words:** Conciliation, limits, ethic, procedure, civil law.-

### **Sumario**

Sección I. A modo de introducción.-

Sección II. La conciliación. ¿En qué consiste? .-

Sección III. La conciliación en el ámbito normativo.-

Sección IV. Consideraciones generales sobre la admisibilidad del acuerdo conciliatorio.-

Sección V. Conciliación en sede judicial. Ámbito del derecho civil y procesal civil. Procedencia.-

Sección VI. Sobre los límites de admisibilidad en la conciliación en materia civil y procesal civil.-

Sección VII. Sobre la violación de las reglas éticas por parte del conciliador y las consecuencias de ese proceder en relación con las partes del conflicto, la persona que concilia y terceros.-

Sección VIII. A modo de conclusión.-

### **Sección I. A modo de introducción:**

En la actualidad, se ha señalado al instituto de la conciliación como un instrumento para promover la paz social y lograr la consecuente reducción de la cantidad de procesos contenciosos sometidos a conocimiento de la sede jurisdiccional que a la postre han saturado el sistema judicial durante el transcurso de los años. En el presente trabajo, se realizará un breve análisis de la esencia de tal instituto para una mejor comprensión del mismo, su admisibilidad así como una referencia general a los supuestos en los cuales no es factible su aplicación (límites de admisibilidad) y las consecuencias que se producirán respecto a las partes procesales de determinado asunto, la persona conciliadora y terceros en caso de violación de las reglas éticas al realizar un acuerdo conciliatorio. Todo lo anterior desde la perspectiva del derecho civil y procesal civil.-

### **Sección II. La conciliación. ¿En qué consiste?.-**

Todos en algún momento de nuestra vida hemos escuchado el término conciliación ya sea a nivel laboral o en el ámbito personal y se ha relacionado a la misma como una forma de hallar una solución a un conflicto. Lo anterior para evitar acudir a un litigio judicial o bien para finalizar en forma anticipada al mismo. En el ámbito doctrinario, se ha definido la conciliación de la siguiente manera:

“La conciliación es la actividad desplegada por un tercero designado o aceptado por las partes, dirigida a que éstos intenten resolver amistosamente una controversia”.-

Artavia Barrantes Sergio. (1996).. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Dupas. (página 57).-

Consiste la conciliación en un método de resolución alterna de conflictos en el cual se procura que las partes en disputa generen un acuerdo satisfactorio para zanjar sus diferencias. En la conciliación, interviene un tercero neutral (conciliador) quien funge como guía para la materialización de tal acuerdo. Este tercero no brinda solución al conflicto sino que procura un acercamiento entre las partes, busca crear un ambiente pacífico donde los participantes de la contención puedan dirimir sus diferencias sin violencia alguna. A fin de obtener un resultado exitoso en la aplicación de este instituto de resolución alterna de conflictos,

deben tener presentes los participantes del mismo (persona conciliadora y partes del litigio) tres consideraciones básicas a saber:

- a) **No imposición de ideas al momento de negociar.-**
- b) **De arribar a un acuerdo, no existen ganadores ni perdedores.-**
- c) **El otorgamiento de concesiones en las pretensiones de una y otra parte no implica pérdida.-**

### **Sección III. La conciliación en el ámbito normativo.-**

En la legislación costarricense, el instituto de la conciliación se encuentra regulado en forma general en el artículo 2 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social número 7727, el cual, establece lo siguiente:

*“Artículo 2.- Solución de diferencias patrimoniales. Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.-“*

La conciliación puede ser practicada en el **ámbito extrajudicial** en el cual no existe un proceso en sede jurisdiccional debidamente instaurado y de forma libre por los involucrados en el conflicto, lo cual, se encuentra autorizado en el numeral 5 de la ley supracitada:

*“Artículo 5.- Libertad para mediación y conciliación. La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores.-“*

De igual manera, el instituto conciliatorio puede ser aplicado en el ámbito judicial, el cual, supone la existencia de un proceso sometido a conocimiento de la Autoridad Judicial competente. De verificarse un acuerdo de esta naturaleza, el mismo adquiere la autoridad y eficacia de cosa juzgada material y, en consecuencia ejecutable en forma forzosa si mediare incumplimiento de alguno

de los otorgantes según lo dispone expresamente el artículo 9 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social ya mencionada:

*“Artículo 9.- Acuerdos judiciales y extrajudiciales.-Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata”.-*

#### **Sección IV. Consideraciones generales sobre la admisibilidad del acuerdo conciliatorio.-**

Resulta de suma utilidad para una mejor comprensión de los límites de la admisibilidad en un acuerdo conciliatorio, tener presentes los supuestos en que el mismo es admisible y, por ende, válido para todos los efectos legales. Al ser la conciliación un acuerdo de voluntades libremente verificado, se puede señalar a dicho acuerdo como una especie de “contrato” entre las partes formulado para zanjar sus diferencias donde cada una de ellas ostenta una serie de derechos y obligaciones, el cual, debe ser cumplido y respetado a cabalidad so pena de poder ser ejecutado forzosamente en caso de incumplimiento según lo reseñado líneas atrás en cuanto a la regulación normativa del instituto de la conciliación. Por lo anterior, al momento de determinar la validez del eventual pacto a que lleguen los litigantes, resulta necesario que la persona que funge como conciliadora tenga presentes los requisitos para la validez de un contrato al cual, como ya se indicó, puede equipararse el acuerdo conciliatorio. Siguiendo esa línea de pensamiento, se establece que los postulados de la teoría de las obligaciones son aplicables a la configuración de un acuerdo conciliatorio válido y, en consecuencia, admisible. El artículo 627 del Código Civil establece lo siguiente en torno a la validez de las obligaciones (debiendo incluirse de igual manera a los contratos y a los acuerdos conciliatorios según lo explicado):

*“Artículo 627.- Para la validez de la obligación es esencialmente indispensable:*

*1° Capacidad de parte de quien se obliga.-*

*2° Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación.-*

*3° Causa justa.- “*

Se procede de seguido a realizar una breve explicación de cada uno de estos requisitos:

**- Capacidad de parte de quien se obliga** se refiere a la aptitud legal para obligarse. En Costa Rica, tienen capacidad para obligarse y, por ello, la libre disponibilidad de sus bienes quienes han alcanzado la mayoría de edad (18 años cumplidos). El menor de quince años es persona absolutamente incapaz para obligarse por actos o contratos que personalmente realice con la salvedad del matrimonio. Los actos o contratos que el mayor de quince años realice por sí mismo, siendo todavía menor, serán relativamente nulos y podrán anularse a solicitud de su representante o del mismo menor cuando alcance la mayoría de edad salvo lo referente al matrimonio o si celebrare el contrato diciéndose mayor y su contraparte tuviere motivo racional para admitir como cierta tal afirmación (doctrina de los artículos 37,38 y 39 del Código Civil).-

**-Objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación.** Consiste este requerimiento la materia del acuerdo. Debe existir al momento de contraerse la obligación y que sea de naturaleza disponible, o sea, que se encuentre en “el comercio de los hombres”. Se excluyen, entre otros, los bienes estatales, derechos de la personalidad que son de naturaleza indisponible.-

**-Causa justa.** Consiste la causa en la razón jurídica, el porqué, el fundamento de la obligación, la cual, debe estar sujeta a la ley, la moral y las buenas costumbres.-

Al considerarse el acuerdo conciliatorio como una especie de contrato pactado entre los sujetos involucrados en el litigio con el objetivo de poner fin a la controversia, es indispensable hacer referencia a un elemento clave para la validez de tal acuerdo y que debe encontrarse presente de igual manera en materia contractual: El consentimiento. Lo anterior encuentra sustento en lo señalado por el numeral 1007 del Código Civil:

**“Artículo 1007.- Además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato, se requiere el consentimiento y que se cumplan las solemnidades que la ley exija”.-**

Por su parte, el artículo 1008 del mismo cuerpo legal, indica la forma en que debe ser exteriorizado el consentimiento para que el mismo se considere válidamente expresado a fin de que lo pactado nazca a la vida jurídica y surta los efectos legales para los cuales fue constituido:

*“Artículo 1008.- El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de que necesariamente se deduzca”.-*

Tanto en el plano conciliatorio como en la contratación en general, se requiere que las partes en conflicto formulen su acuerdo sin presiones de ninguna clase que puedan ocasionar vicios en la negociación final debiendo existir plena libertad para la formulación de propuestas y la construcción de soluciones de ahí que en materia de resolución alterna de conflictos les son aplicables las disposiciones establecidas en la legislación civil en torno al tema del consentimiento. Otro aspecto característico de un acuerdo conciliatorio válido es el deber de cumplimiento de lo pactado. El artículo 9 de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social ya citado, señala que los acuerdos conciliatorios judiciales una vez homologados (aprobados) por el juez y los extrajudiciales tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata, o sea, lo pactado es de obligado acatamiento por parte de quienes los suscriben, lo cual, se asemeja a lo establecido en el artículo 1022 del Código Civil:

*“Artículo 1022.- Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.-”*

Un aspecto de suma importancia que debe ser considerado a la hora de formular un acuerdo conciliatorio válido es lo referente a la “conciliabilidad”, la cual, se refiere a supuestos cuya presencia garantiza que el acuerdo es admisible desde la óptica del plano psico-social. Tales supuestos son los siguientes:

**a) Voluntad de las partes:** Debe existir una anuencia para conciliar por parte de los involucrados libre de presiones de cualquier índole.-

**b) Inexistencia de violencia:** No puede existir acuerdo conciliatorio válido si está presente la violencia, la cual, incluye el miedo y la fuerza (violencia moral y



física). Se refiere a la presión que se ejerce sobre un individuo para determinarle a ejecutar un acto reduciéndolo a un estado pasivo. Un acuerdo conciliatorio celebrado en estas condiciones no puede ser válido por cuanto la capacidad de decisión de quien sufre la violencia se encuentra limitada provocándose con ello un vicio en el consentimiento.-

c) **Inexistencia de desbalance de poder:** Significa este aspecto que al momento de formular el arreglo, no debe privar la voluntad de quien se encuentra en un plano de superioridad respecto a su contraparte ya sea en el aspecto económico, intelectual entre otros. La validez de un acuerdo conciliatorio está sujeta a que todos los involucrados se encuentren en un plano de igualdad.-

#### **Sección V. Conciliación en sede judicial. Ámbito del derecho civil y procesal civil. Procedencia.-**

Analizados los supuestos en que la conciliación es admisible como método de resolución alterna de conflictos, se procede al análisis de la misma en el ámbito del derecho civil y procesal civil. Como se indicó líneas atrás, la conciliación puede ser llevada a cabo aun cuando exista un proceso en sede jurisdiccional ya establecido respecto a diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. Lo anterior, se encuentra autorizado en los artículos 2 (ya mencionado) y 6 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social:

*“Artículo 6.- Propuesta de audiencia y designación de jueces. En cualquier etapa de un proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o un juez conciliador. La Corte Suprema de Justicia designará a los jueces conciliadores, que requiera el servicio y les determinará las facultades y responsabilidades”.-*

Concretamente en materia civil, la conciliación constituye una forma anormal de terminación del proceso y una etapa procesal de cumplimiento obligatorio previo al desarrollo de la etapa probatoria en los procesos ordinarios y abreviados según se dispone en los artículos 220, 314 y 425 del Código Procesal Civil:

**“Artículo 220.-** *Efectos. Los acuerdos conciliatorios homologados por el juez producirán cosa juzgada. Se procederá a su cumplimiento mediante el proceso de ejecución de sentencia”.-*

**“Artículo 314.-** *Oportunidad para llamar a conciliación. Resueltas las excepciones previas, contestada o tenida por contestada afirmativamente la demanda y, en su caso, la reconvención, el juez citará a las partes y a sus abogados a su despacho, y les propondrá dar por terminado el proceso mediante un arreglo que sea beneficioso para ambos. Si hubiere conciliación, las partes determinarán los alcances de ese convenio, incluyendo lo relativo a ambas costas, el cual se reducirá a un acta que firmarán el juez, las partes, los abogados de ambas partes y el secretario. Será aplicable lo dicho en el artículo 152, salvo en lo referente a la conservación de la grabación. Para llevar a cabo la audiencia de conciliación será necesario que estén presentes las partes y sus abogados. La ausencia de cualquiera de ellos significará que no hay conciliación y que el asunto seguirá su trámite, sin perjuicio del derecho de las partes de presentar un escrito de arreglo en cualquier estado del proceso. Las partes podrán hacerse representar por un apoderado especial o generalísimo sin límite de suma. En materia de familia, sólo se admitirá el poder especial. Al finalizar la audiencia, el juez dará por terminado el proceso mediante resolución que hará saber a las partes en el acto, la cual carecerá de todo recurso. Si la conciliación fuere parcial, el juez procederá conforme se indica en los párrafos segundo y tercero del artículo 304. Lo convenido y resuelto tendrá autoridad y eficacia de cosa juzgada material. El juez no será recusable por las opiniones que emita en esta audiencia. Por la conciliación no se pagarán derechos ni impuestos de ninguna clase. Potestativamente, en cualquier etapa de un proceso judicial, el Juez o tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo Juez o un Juez conciliador nombrado para el caso concreto”.-*

**“Artículo 425.-** *Conciliación y medidas de saneamiento. El juzgador dará aplicación a lo dicho en los artículos 314 y 315.-“*

Como se indicó en las normas citadas, se fijará hora y fecha para que las partes concurren ante el juez a una audiencia especialmente programada para procurar

que las mismas arriben a un acuerdo conciliatorio que resulte beneficioso para ambas y, con ello, disponer la terminación del proceso. Si una de las partes no concurre, se entenderá que no existen intenciones de conciliar y se continuará con la etapa procesal siguiente sin perjuicio de que se solicite en cualquier estado del proceso un nuevo señalamiento para procurar la conciliación entre las partes. Lo anterior en atención a lo que disponen los artículos 2 y 6 de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social ya señalados.-

Por otro lado, siempre dentro del ámbito del derecho civil, existen una serie de leyes especiales donde se encuentra autorizada la realización de una audiencia de conciliación a saber:

-La Ley de Cobro Judicial número 8624, concretamente en su artículo 5.5, permite que dentro del trámite del proceso monitorio para el cobro de obligaciones dinerarias líquidas y exigibles fundadas en documentos públicos o privados, con fuerza ejecutiva o sin ella se procure la conciliación de las partes en litigio:

*“5.5 Audiencia oral. Ante oposición fundada, se señalará una audiencia oral que se registrará por las siguientes disposiciones:*

*a) Informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones por resolver.-*

*b) Conciliación.- (...)”*

- El numeral 6 de la Ley de Monitorio Arrendaticio número 9160 de igual manera avala la realización de una audiencia de conciliación en el proceso monitorio arrendaticio regulado en el artículo 1 de dicha ley al remitir, para la realización de la audiencia oral respectiva, a las disposiciones del artículo 5,5 de la Ley de Cobro Judicial ya citado.-

**“ARTÍCULO 6.- Procedimiento monitorio.-**

*(...) e) Audiencia oral. Ante la oposición fundada, el juez, dentro del plazo de quince días naturales contado a partir de la fecha de presentación de esta, realizará una audiencia oral que se registrará por lo dispuesto en los artículos 4 y 5.5 de la No 8624, Ley de Cobro Judicial, de 1 de noviembre de 2007, en cuyo caso se suspenderán los efectos de la resolución intimatoria.”*

## **Sección VI. Sobre los límites de admisibilidad en la conciliación en materia civil y procesal civil.-**

Como se señaló, la conciliación en materia civil resulta aplicable en los procesos ordinarios y abreviados que ostentan una naturaleza contenciosa (actor-demandado) según lo disponen las normas citadas supra y que versen sobre pretensiones de carácter patrimonial de naturaleza disponible (artículo 2 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social mencionado). No obstante lo anterior, existen una serie de supuestos en los cuales no es admisible la realización de una audiencia de conciliación limitando la admisibilidad de la misma. Se procede de seguido a hacer referencia a las más comunes en el quehacer judicial y un breve comentario respecto a ellas:

1) La realización de una audiencia de conciliación como tal no se encuentra prevista en el trámite de los procesos de carácter sumario previstos en el numeral 432 del Código Procesal Civil a saber:

- i. Los procesos fundados en título ejecutivo (en la actualidad, proceso monitorio regulado en forma expresa por la Ley de Cobro Judicial).-
- ii. Los procesos de desahucio (actualmente monitorios arrendaticios regulados por la Ley de Monitorio Arrendaticio).-
- iii. Los procesos interdictales.-
- iv. Las demandas de jactancia.-
- v. Las demandas que versen sobre la posesión provisional de cosas muebles, excepto dinero, y sobre semovientes.-
- vi. Los procesos de restitución de bienes muebles vendidos con pacto de reserva de dominio.-
- vii. Las controversias sobre la administración de la copropiedad y la propiedad horizontal.-

- viii. Las prestaciones relativas a la prestación y relevo de garantía.-
- ix. La resolución del contrato por incumplimiento del arrendador, el restablecimiento del arrendatario en su derecho al arrendamiento y la de reajuste en el precio del arrendamiento.-
- x. Las autorizaciones o aprobaciones que exige el Código de Familia así como la resolución sumaria de conflictos surgidos en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de familia en las que se requiera la intervención de los tribunales exceptuándose los asuntos que se indican en el artículo 420 del Código Procesal Civil y los que en otras disposiciones del mismo o de otras leyes tengan un procedimiento especial.-

No obstante lo anterior, se considera que en aplicación del artículo 2 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de Paz Social ya citado es factible solicitar al juzgador la celebración de una audiencia de conciliación en dichos procesos sumarios.-

**2)** La aplicación del instituto de la conciliación no se encuentra prevista en la tramitación del proceso sucesorio previsto en los numerales 899 al 944 del Código Procesal Civil.-

Respecto a lo indicado, se considera que la falta de previsión legal no es el único motivo para no considerar admisible la aplicación de la conciliación en dicho proceso sino también el hecho de que en las mortuales no existe contención ya que se trata de un proceso de liquidación y distribución del haber patrimonial de quien ha fallecido entre sus herederos.-

**3)** No se permitirá la conciliación cuando una de las partes de determinado proceso contencioso sea el albacea de un proceso sucesorio y el mismo no cuente con la autorización expresa del juez que conoce del proceso sucesorio para la realización de la misma. Lo anterior se infiere de lo establecido en el artículo 549 del Código Civil:

**“Artículo 549.-** *El albacea necesitará autorización especial para:*

*(...) 2) Renunciar, transigir o comprometer en árbitros, derechos que se cuestionen sobre inmuebles de cualquier valor o sobre muebles valorados en más de diez mil colones (...).”-*

Como se observa, en la norma antes expuesta no se indica expresamente que el albacea de un sucesorio requiere autorización judicial para conciliar, sin embargo, se concluye que si se involucran en un eventual acuerdo conciliatorio bienes del sucesorio ello ha de considerarse como una enajenación y transacción de los mismos, lo cual, requiere la autorización judicial supracitada.-

4) No será admisible la conciliación en el caso de que hubiere un demandado ausente con curador procesal nombrado. Lo anterior en razón de que las atribuciones del cargo de curador procesal se limitan a representar en el proceso correspondiente al accionado ausente careciendo de facultades para comprometer a su representado en un eventual acuerdo conciliatorio. Encuentra sustento lo indicado en lo establecido en el artículo 262 del Código Procesal Civil:

**“Artículo 262.-** *Demanda contra un ausente. Si se tratare de establecer demanda contra una persona que se hubiere ausentado de su domicilio y se ignorare su paradero y no se estuviere en el caso de declarar su ausencia, rendida la prueba del caso, se nombrará curador al ausente, en caso de que no haya dejado apoderado (...). El representante deberá promover toda defensa que proteja los intereses de su representado, y ejercitar los recursos que quepan contra las resoluciones adversas a sus intereses (...).”-*

5) La realización de una audiencia de conciliación es inexistente en el proceso no contencioso de cambio de nombre previsto en los artículos 819 y 820 del Código Procesal Civil no sólo por su naturaleza no contenciosa en la cual no tiene cabida la conciliación sino también porque su objeto (el nombre de la persona) es de naturaleza no patrimonial e indisponible (artículo 44 del Código Civil), lo cual, riñe con lo establecido en el artículo 2 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social ya mencionado.-

6) De igual manera, tampoco es admisible la conciliación en los procesos de localización de derechos indivisos y de información posesoria por cuanto tal trámite no se encuentra previsto en las leyes especiales que rigen esas materias, a las cuales se remite, aunado a que se trata de igual manera de procesos donde no existe controversia.-

**Sección VII. Sobre la violación de las reglas éticas por parte del conciliador y las consecuencias de ese proceder en relación con las partes del conflicto, la persona que concilia y terceras partes.-**

Como es de todos conocido, para una sana convivencia entre los seres humanos resulta necesaria la aplicación de principios, valores y normas de comportamiento que se consideren universalmente aceptables por la sociedad en general y lícitos (adecuados a la ley), los cuales, son objeto de estudio de la disciplina filosófica denominada “Ética”. Lo anterior no escapa a la figura del conciliador en general y en el ámbito del derecho civil pues para un óptimo ejercicio de sus funciones existen una serie de principios éticos a los cuales debe recurrir para comprobar si su actuar es correcto o no. Tales principios no sólo garantizan una buena actuación del conciliador sino que brindan seguridad a la sociedad en general de que el trabajo del conciliador es confiable, legal y efectivo para la resolución de conflictos. Dentro de ellos, se encuentran los siguientes:

**-Imparcialidad:** En el desarrollo de una audiencia de conciliación, debe el conciliador evitar mostrar favoritismo hacia alguna de las partes del litigio.-

**-Confidencialidad:** No debe el conciliador revelar ninguna de las cuestiones debatidas ni opiniones que se hubieren externado durante el desarrollo de la conciliación.-

**-Autodeterminación:** Debe el conciliador tener siempre presente que su función es procurar el acercamiento entre los sujetos en conflicto para que ellos mismos encuentren una solución a sus diferencias. Debe respetar la iniciativa y voluntad de las partes.-

**-Procurar el equilibrio de poder de los involucrados en el conflicto (igualdad):** Como parte de las obligaciones inherentes al cargo, debe el conciliador eliminar todo viso de superioridad de una parte sobre la otra, es

decir, debe privar la igualdad de condiciones entre los sujetos participantes del conflicto.-

**-Competencia:** Se refiere este principio a la formación profesional que debe tener todo conciliador para brindar un servicio óptimo para los usuarios que acudan a él.-

De igual manera, existe en el ámbito normativo un conjunto de reglas por las cuales ha de conducirse el conciliador para que el acuerdo conciliatorio que se verifique ante él sea apegado a la ley y, por ende, ejecutable en la vía correspondiente de producirse algún tipo incumplimiento de algún sujeto suscribiente del mismo. Dichas reglas se encuentran claramente establecidas en los artículos 13 y 14 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social que de seguido se transcriben en forma literal:

***“Artículo 13.- Deberes del conciliador. Son deberes del mediador o conciliador:***

- a) Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas.*
- b) Excusarse de intervenir, en los casos que le representen conflicto de intereses.*
- c) Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación o conciliación, así como de las implicaciones legales de los acuerdos conciliatorios.*
- d) Mantener la confidencialidad sobre lo actuado por las partes en el procedimiento de mediación o conciliación y sobre los actos preparatorios del acuerdo conciliatorio.-*
- e) En los supuestos del artículo 369 del Código Procesal Civil.-“*

***“Artículo 14.- Secreto profesional. Es absolutamente confidencial el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo conciliatorio.***

*El mediador o conciliador no podrá revelar el contenido de las discusiones ni los acuerdos parciales de las partes, en este sentido se entiende que al mediador o conciliador le asiste el secreto profesional. Las partes no pueden relevar al mediador o conciliador de ese deber, ni tendrá valor probatorio el testimonio*



*o la confesión de las partes ni de los mediadores sobre lo ocurrido o expresado en la audiencia o audiencias de mediación o conciliación, salvo si se trata de procesos penales o civiles en los que se discuta la posible responsabilidad del mediador o conciliador, o se trata de aclarar o interpretar los alcances del acuerdo conciliatorio que se haya logrado concluir, con motivo de esas audiencias. Si se llegare a un acuerdo conciliatorio y se discutiere su eficacia o validez, el mediador o conciliador será considerado testigo privilegiado del contenido del acuerdo y del proceso con que se llegó a él”.-*

Como se observa, tanto en el plano ético como normativo, debe el conciliador ser imparcial, mantener informadas a las partes sobre el contenido del instituto de la conciliación, sus derechos y deberes así como guardar silencio respecto a todas las manifestaciones que sean esbozadas en su presencia por los involucrados en el conflicto con la salvedad establecida en el artículo 14 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social ya citado. Ahora bien, existe la interrogante respecto a las consecuencias que se producirán en el evento de que el conciliador incumpla las reglas éticas y legales antes citadas y la afectación que ello producirá al propio conciliador, a las partes en litigio y a terceros involucrados. Respecto a ello, resulta necesario citar lo preceptuado por el artículo 17 de la ley supracitada:

*“Artículo 17.- Daños y perjuicios. Quienes ejerciten la mediación o conciliación, profesionalmente o no, serán responsables de los daños y perjuicios que sufran las partes del acuerdo conciliatorio, cuando se hayan violado gravemente los principios éticos que rigen la materia o se haya incurrido en conducta dolosa en daño de una de las partes o de ambas”.-*

Dada la norma anterior, se concluye que si el conciliador quebranta algunos de los principios éticos que rigen su actuar a saber imparcialidad, información, confidencialidad, igualdad de condiciones de los involucrados o hubiere intromisión indebida para forzar la conciliación, será responsable de los daños y perjuicios que con su actuar hubiere ocasionado a los sujetos involucrados en el conflicto y a eventuales terceros que pudieren resultar afectados con lo acordado en esas condiciones. Se considera que será responsable de igual manera si hubiere

conducta dolosa en daño de una de las partes o ambas. En el ámbito del derecho procesal civil donde la realización de una audiencia de conciliación es de carácter obligatorio y como etapa procesal que debe ser desarrollada, se establece que los principios éticos y legales que rigen el accionar del conciliador deben ser observados de igual manera por el juzgador que lleva a cabo la audiencia de conciliación. De no proceder de esa forma, será responsable de igual manera por los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a las partes en litigio y a terceros que pudieren ser perjudicados. Igual consecuencia se producirá si avala acuerdos ilegales o donde una de las partes se encuentre en clara desventaja respecto a la otra de ahí que resulta importante que el juez en materia civil tenga conocimiento no sólo del derecho sustantivo y procesal aplicable al caso en concreto sino también de los principios legales y éticos que rigen la conciliación. Resulta de vital importancia que el juez conozca, además de los aspectos antes reseñados, técnicas para realizar en forma adecuada la audiencia de conciliación ya que ello le permitirá no sólo que las partes arriben por sí mismas a la solución satisfactoria del conflicto sometido a su conocimiento sino también que se promoverá con ello la paz social que constituye un requisito fundamental para una convivencia sin violencia entre los ciudadanos.-

### **Sección VIII. A modo de conclusión.-**

Como se indicó al inicio del presente trabajo, en algún momento de la vida cotidiana se ha escuchado o hablado acerca de la conciliación como tal o bien se ha participado directamente en ella con ocasión de un conflicto. Con la realización de esta exposición, se ha pretendido informar al lector o lectora no sólo sobre los aspectos generales que envuelve el instituto de la conciliación para una mejor comprensión del mismo sino también de sus requisitos de admisibilidad, de la forma en que se lleva a cabo en las materias civil y procesal civil así como los supuestos en los cuales no es factible la realización de un acuerdo conciliatorio en dichas materias. Se ha procurado de igual manera establecer los principios éticos y la normativa legal que debe regir la conducta del conciliador en general y del que lleva a cabo la audiencia de conciliación en materia civil así como las consecuencias que conlleva la violación de tales principios y reglas. Se considera que es sumamente importante tener conocimiento aunque sea general de estos temas ya que con ello se logrará un mejor desempeño en la

realización de las audiencias de conciliación y en consecuencia se brindará un mejor servicio al usuario aunado a que se evitará la realización de acuerdos conciliatorios inadecuados, lo cual, de verificarse provocará responsabilidad de la persona conciliadora. Es criterio personal de quien redacta que tanto en la vida personal como profesional debe procurarse en todo momento realizar las actividades encomendadas con la mayor excelencia y diligencia posibles no sólo para satisfacción personal sino con miras al beneficio de nuestros semejantes y del país en general.-

## BIBLIOGRAFÍA

-Brenes Córdoba Alberto. (1985). *Tratado de los Contratos*. San José. Editorial Juricentro.-

-Brenes Córdoba Alberto. (1990). *Tratado de las Obligaciones*. San José. Editorial Juricentro.-

-Artavia Barrantes Sergio. (1996). *El proceso arbitral en Costa Rica*. Tomo 1. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Dupas.-

-Parajeles Vindas Gerardo. (1998). *Curso de Derecho Procesal Civil con jurisprudencia*. Volumen I. San José. Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.-

-Parajeles Vindas Gerardo. (2010). *Los Procesos Civiles y su Tramitación (Texto para auxiliares judiciales)*. Heredia. Costa Rica. Escuela Judicial, Poder Judicial.-

-Escalante Barboza Kattia. (2010). *Antología: Soluciones Alternas*. Heredia. Costa Rica. Escuela Judicial. Poder Judicial.-

-Díaz Bolaños Magda. (2013). *Fundamentos ético-filosóficos para una educación en valores hoy: algunas consideraciones relacionadas con la educación en valores para personas funcionarias públicas*. Cuaderno número 2, volumen 2 de Ética Judicial. Heredia, Costa Rica. Escuela Judicial. Poder Judicial.-

### **Legislación.**

-*Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*. Ley número 7727 del 09 de diciembre de 1997. Diario Oficial La Gaceta número 9 del 14 de enero de 1998.-

*-Código Civil. Ley número XXX de 19 de abril de 1885. Ley número 63 del 28 de setiembre de 1887.-*

*-Código Procesal Civil. Ley número 7130 del 16 de agosto de 1989. Diario Oficial La Gaceta número 208 del 3 de noviembre de 1989.-*

*-Ley de Monitorio Arrendaticio. Ley número 9160 del 29 de julio de 2013. Diario Oficial La Gaceta número 170 del 5 de setiembre de 2013.*

*-Ley de Cobro Judicial, Ley número 8624 del 25 de octubre del año 2007. Diario Oficial La Gaceta número 223 del 20 de noviembre de 2007.-*





## **AGRICULTURA Y ALIMENTACIÓN: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL**

**Dra. Vanessa Fisher González \***

*\*Dra en “Derechos Humanos, Política y Sostenibilidad” de la Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Superiore e di Perfezionamento, en Pisa, Italia. Master en Derecho Tributario. Especialista en Derecho Agrario y Ambiental. Profesora del Posgrado de Derecho Agrario de la Universidad de Costa Rica. Jueza del Juzgado Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José y Suplente del Tribunal Agrario del mismo Circuito.*





## **RESUMEN**

El principio precautorio es un instituto que pretende garantizar la seguridad alimentaria, como parte del derecho humano a la alimentación y puede ser aplicado con el fin de gestionar el riesgo a lo largo de la cadena agroalimentaria. Ha sido ampliamente regulado en el Derecho Comunitario Europeo y con sus primeras manifestaciones en el ordenamiento jurídico costarricense.

## **ABSTRACT**

The precautionary principle pretends to ensure the food safety, as part of the right to food as a human right. It can be enforced at any stage of the agri-food chain in order to do risk management. It has been widely regulated in the european law and it already started in the costarican agricultural and food law.

## **PALABRAS CLAVE**

Principio Precautorio  
Derecho Alimentario  
Derecho Agrario  
Seguridad Alimentaria

## **KEY WORDS**

Precautionary Principle.  
Food Law  
Food Safety  
Agricultural Law

## **Sumario**

1. Introducción.
2. La evolución de los principios de la legislación alimentaria.
3. El principio precautorio en el Derecho Europeo.
4. El Protocolo de Cartagena
5. La Ley del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA). No. 8495 del 16 de mayo del 2006
6. Jurisprudencia Constitucional
7. Conclusión

## 1. Introducción.

El Derecho Agrario tiene una profunda vinculación con la seguridad alimentaria, toda vez que la agricultura es una actividad prevalentemente productora de bienes agroalimentarios y tiene un papel protagónico como proveedora de ese mercado. Ello a su vez explica el riesgo sanitario al que está sometida, dadas las posibles afectaciones a la salud humana por el consumo de esos productos.

En los últimos años ha evolucionado en gran medida la normativa internacional y nacional que regula los controles a efectos de garantizar la inocuidad de los alimentos, lo que ha redimensionado en forma importante el estatuto de la empresa agraria. En el marco de esas relaciones jurídicas de la agricultura con la alimentación, cobra especial relevancia el principio precautorio, con posibilidad de ser aplicado a lo largo de la cadena agroalimentaria.

De acuerdo a la Cumbre de la Organización para la Agricultura y Alimentación (FAO) *“existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico, social y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana. Los cuatro pilares de la seguridad alimentaria son la disponibilidad, el acceso, la utilización y la estabilidad. La dimensión nutricional es parte integrante del concepto de seguridad alimentaria”*<sup>1</sup>.

El principio precautorio de fuerte raigambre en el derecho europeo y con sus primeras manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico, es un instituto que pretende garantizar la seguridad alimentaria y ha evolucionado a los fines de las exigencias de la tutela a la salud de los consumidores. En el presente artículo se pretende exponer el marco en que se ha regulado, haciendo referencia al derecho comparado e internacional y a normativa nacional.

---

<sup>1</sup> Reporte sobre la Cumbre Mundial sobre la Alimentación. Roma 16 al 18 de noviembre del 2009.

## 2. La evolución de los principios de la legislación alimentaria.

Previo a exponer el derecho comparado, debe necesariamente mencionarse en forma breve el marco de tutela del derecho a la alimentación desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Así se tiene que el derecho humano a la alimentación tiene un importante soporte en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966*, en los ordinales 3 y 25 de la primera y 11 y 12 de la segunda Convención. En síntesis se proscribe el derecho de todo individuo a un nivel de vida adecuado que le garantice su alimentación, a estar protegido contra el hambre, y en fin a gozar del mas alto nivel posible de salud física y mental.<sup>2</sup>

Resulta generalmente compartido por la doctrina agraria y alimentaria más autorizada, que tratándose de los distintos perfiles que comprenden la seguridad alimentaria, las normas que regulan el abastecimiento suficiente de alimentos están referidas más que todo a la *food security* y compone evidentemente un perfil más cuantitativo. Por otro lado, las concernientes a la seguridad higiénico-

---

2 *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Artículo 3:* Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. *Artículo 25.* 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Artículo 11:* 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan. **Artículo 12:** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.(...).

sanitaria, se refieren a la inocuidad de los alimentos, que es lo que precisamente se ha acuñado como *food safety*, lo que implica que el consumidor pueda tener la seguridad que al adquirir un determinado alimento éste no será perjudicial o dañino a su salud. Por su parte, las normas de seguridad nutricional y cultural comportan preceptos que pretenden prevenir los riesgos de una alimentación no adecuada, así como el garantizar su aceptabilidad cultural, correspondiendo más que todo a categorías en evolución e innovativas.

Así las cosas, puede observarse la seguridad alimentaria es un concepto dinámico, que ha venido evolucionando para hacerse cada vez más completo y complejo. Se ha estimado que dichos perfiles o componentes de la seguridad alimentaria son autónomos pero al mismo tiempo son fuertemente interdependientes e interconectados, toda vez la no satisfacción de una de las necesidades alimentarias citadas determina *per se* la inexistencia de una plena situación de seguridad.<sup>3</sup>

Posterior a un “Libro Verde” publicado en 1997, que fijó los límites de una profunda reforma de la legislación alimentaria europea, la Comisión Europea publicó en enero del 2000, un “Libro Blanco” que precisa las orientaciones de esta refundición. El desarrollo de esta nueva legislación comenzó con la adopción del Reglamento Europeo (CE) No. 178/2002, que entró en vigor enero del 2005. Se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA), encargada de la evaluación de los riesgos y emisión de criterios científicos. Asimismo se dan cambios substanciales, que COLLART DUTILLEUL considera como un nuevo “Derecho Alimentario completo, global, construido y unificado”, pues se refiere en primer orden a los principios generales (principio de precaución, principio de consulta pública sobre la legislación alimentaria, principio de información de los ciudadanos y a los consumidores sobre los riesgos, principio de análisis de los riesgos y principio de protección de los intereses de los consumidores); las obligaciones generales (relativas a las importaciones, a las exportaciones, a las normas internacionales) y los requisitos generales (seguridad de los alimentos,

---

3 F. NIESPOLO, “*Il Diritto All’Alimentazione: Tra tutela della biodiversità e metodo di produzione agrobiotecnologico*”.Tesi di perfezionamento in Diritti Umani, anno accademico 2006-2007. Scuola Superiore Sant’Anna di Studi Superiore e di Perfezionamento, inedito. p.14

seguridad de los piensos, trazabilidad, presentación de los productos alimenticios, responsabilidad de los explotadores y la responsabilidad de los Estados.<sup>4</sup>

Para GERMANÒ, el fin de este Reglamento es establecer la base de un derecho alimentario europeo, a través de la disciplina jurídica del *mercado alimentario* mediante la adopción de principios de seguridad inspirados en la búsqueda de un nivel elevado de tutela de la salud humana y de un enfoque integrado a lo largo de la cadena de un producto agrícola que viene seguido “*from farm to table*”. Señala que se trata de una disciplina jurídica de mercado, porque regula el acceso al mercado alimentario de la Unión Europea.<sup>5</sup> Por su parte COSTATO, refiriéndose a los principios contemplados en los artículos 5 al 10 del Reglamento en comentario, particularmente los que definen el alimento y los sujetos de la cadena alimentaria; los objetivos generales de la legislación alimentaria (tutela de los derechos del consumidor considerados bajo el perfil de ser consumidores de comida); las características fundamentales del análisis del riesgo (valoración, gestión y comunicación del mismo) y el principio de precaución del que se especifican en forma meticulosa sus caracteres y límites; considera que se puede sostener en definitiva, que estos principios por su contenido y por la primacía que el propio Reglamento les asigna, constituyen el fundamento de un derecho alimentario europeo en fase de formación y que tales normas vinculan también los derechos nacionales.<sup>6</sup>

### **3. El principio precautorio en el Derecho Europeo.**

El reglamento supra citado, consagra el principio precautorio propiamente en el artículo 7, al disponer que en circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel

---

4 F.COLLART DUTILLEUL, *Las transformaciones del Derecho Agro-alimentario o la historia de un vínculo*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 122 (65-82), San José, mayo-agosto 2010, p. 75.

5 A. GERMANÒ, *Corso di diritto agroalimentare*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p.34 y 35

6 L. COSTATO, *Compendio di Diritto Alimentare*, Editorial CEDAM, 2007, Padova, p.114 y 115

elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva.<sup>7</sup>

De la norma se desprende que dichas medidas deberán ser proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos. Igualmente que deberán ser revisadas en un plazo de tiempo. GRADONI considera se trata de una norma facultativa, lo que puede llevar a pensar que es imperativo solamente en materia ambiental.<sup>8</sup> Por su parte GERMANÒ se plantea la pregunta si el principio precautorio es discrecional (no obligatorio) o un mero instrumento eventual, a lo que considera que la Comisión Europea tiene la posibilidad de aplicarlo, pero no la obligación, dado el lenguaje adoptado en la redacción del artículo, pero que ello no significa sea un instrumento eventual, sino más bien que en casos de incerteza científica, entre las varias soluciones posibles de la gestión del riesgo, entran también prohibiciones de hechos y acciones de las que sea posible (no ya “probable”) derivarse efectos dañosos para la salud.

La Autoridad Europea, de acuerdo al artículo 22 párrafo segundo del Reglamento, otorga asesoría y asistencia científica y técnica en la elaboración

---

7 “Principio de cautela. 1. En circunstancias específicas, cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, en espera de disponer de información científica adicional que permita una determinación del riesgo más exhaustiva. 2 . Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 serán proporcionadas y no restringirán el comercio más de lo requerido para alcanzar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la Comunidad, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y otros factores considerados legítimos para el problema en cuestión. Estas medidas serán revisadas en un plazo de tiempo razonable, en función de la naturaleza del riesgo observado para la vida o la salud y del tipo de información científica necesaria para aclarar la incertidumbre y llevar a cabo una determinación del riesgo más exhaustiva”.

8 L. GRADONI, “*Commento all’art 7, in La sicurezza alimentare nell’Unione Europea (comment al Reg. N. 178/02/CE)*”, a cura dell’IDAIC, in *Nuove leggi civile, comm.*, 2003, nn 1-2. p. 205

de la normativa y políticas de la Comunidad, en aquellos casos en que esté de por medio directa o indirectamente la seguridad de los alimentos y de los piensos, asimismo debe de valorar el riesgo, siendo que el que lo gestiona, debe de tomarlo en cuenta junto con el principio de precaución, y bajo las condiciones del artículo 7 párrafo primero, con el fin de dar cumplimiento a los objetivos generales de la legislación alimentaria.

Igualmente dicha Autoridad puede apoyarse en el principio de precaución, también para valorar si un alimento, a la luz del artículo 14, puede ser considerado nocivo para la salud, ya que esa norma se refiere a la posibilidad y no a la certeza de que un alimento pueda ser nocivo. COSTATO hace un comentario interesante en cuanto al artículo 38, párrafo primero, en el tanto impone a la Autoridad, por un principio de transparencia, la obligación de publicar incluso las opiniones de minoría suscitadas, lo que permite interpretar, a juicio de este autor, que las valoraciones del riesgo pueden encontrar sustento no solamente en opiniones consolidadas de la ciencia sino también en las de minorías de estudiosos, correspondiéndole a las otras instituciones comunitarias decidir cómo gestionar el riesgo.<sup>9</sup>

Propiamente en cuanto al Reglamento, explica GERMANÒ que la incerteza científica se ha convertido en un hecho jurídicamente relevante en esta normativa, pero sin dejar de lado que debe de aplicarse en “circunstancias específicas” y se califican las medidas como “provisionales”, “dirigidas”, “necesarias” y “proporcionadas”, y se dispone la obligación de adquirir posteriormente mayor información científica, siendo que se establece que “podrán” adoptarse, y a su vez es clara la exigencia del análisis del riesgo.<sup>10</sup>

Es importante traer a colación algunas precisiones conceptuales a efectos de tener una mayor comprensión del principio de precaución. Primeramente debe de hacerse la diferencia entre la valoración del riesgo (risk assesment) y la gestión del riesgo (risk management), el primero se valora en forma científica, independiente, objetiva y sobre la base de la mejor información científica disponible, y por su parte la gestión, implica establecer la prevención o control

9 L. COSTATO, Compendio di Diritto Alimentare, op. cit., p. 99

10 A. GERMANÒ, Corso di diritto agroalimentare, op.cit., p. 59 y 60

con el fin de ejecutar acciones eficaces, dirigidas y proporcionados. Uno de los criterios guía para gestionarlo es el principio de precaución.

El principio de Análisis de Riesgos, consagrado en el artículo 6 del Reglamento, se encuentra ligado al Precautorio porque una de las formas de gestionar el riesgo es el principio de precaución. Este principio de análisis de riesgos se incluye en la legislación alimentaria, con el fin de garantizar un elevado nivel de protección de la salud y la vida de las personas. Se establece que la determinación del riesgo se basará en las pruebas científicas disponibles y se efectuará de una manera independiente, objetiva y transparente. La gestión del riesgo tendrá en cuenta los resultados de la determinación del riesgo y, en particular, los dictámenes de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria.

El Profesor GERMANÒ explica existen tres hipótesis particulares de gestión del riesgo, cuando el daño y el peligro se manifiestan: a) si el daño es actual, debe eliminarse la causa y repararse el status quo ante, con la aplicación de la regla “el que contamina paga”. b) si el peligro de daño es seguro o probablemente seguro, debe prevenirse que se materialice, por lo que se aplica el principio de prevención. c) si no se puede valorar: si habrá un daño, o cuando, o con qué magnitud se manifestará, es necesario intervenir de acuerdo al principio de precaución.<sup>11</sup>

Es menester señalar que el principio precautorio tuvo sus orígenes en el Derecho Ambiental y se fue trasladando a disciplinas que se ocupan de lo agroalimentario, dada la importancia de tutelar la salud humana. Así en la Cumbre de Río de 1992 sobre Ambiente y Desarrollo, se adoptó el Principio 15 que dispuso que con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Asimismo que cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

---

11 A. GERMANÒ, “Corso di Diritto Agroalimentare”, op.cit., p 49 y 50



#### **4. El Protocolo de Cartagena**

Este Protocolo se adopta con base en lo estipulado en los párrafos 3 y 4 del artículo 19 y el inciso g) del artículo 8 y el artículo 17 del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Conforme al artículo 1 se desprende que el objetivo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la “transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos”.

Asimismo en el artículo 11, que es el que nos interesa, se dispone el “procedimiento para organismos vivos modificados destinados para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento”. Se contempla que una parte que haya adoptado una decisión definitiva en relación con el uso nacional, incluida su colocación en el mercado, de un organismo vivo modificado que puede ser objeto de un movimiento transfronterizo para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento, informará al respecto a todas las Partes, por conducto del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología.

En este mismo orden de ideas, se indica en ese instrumento que el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información y conocimientos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación de ese organismo vivo modificado destinado para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento. De esta manera podía afirmarse que se ha incluido la posibilidad de aplicar el principio precautorio en este instrumento internacional.

No obstante parecer evidente que la seguridad alimentaria está comprendida en el Protocolo, se han dado desacuerdos al respecto. El artículo 19.3 de la Convención de Biodiversidad dispone que el Acuerdo Fundamentado Previo AIA (Advanced Informed Agreement) debe aplicarse a los OVM (Organismos Vivos Modificados) que “puedan tener un efecto adverso en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica”. Ello significa que un exportador debe tener el consentimiento del otro país, antes de enviar ciertos de esos organismos por primera vez. Por su parte, el artículo 4 del Protocolo, al establecer el ámbito de aplicación, dispone que se aplicará a los OVM que puedan afectar en forma adversa el ambiente “debiendo tomarse también en cuenta los riesgos a la salud humana”.

El término “salud humana” es referido dieciocho veces más en el Protocolo, y se ha considerado por algunos como consistente con el artículo 19.3 del Convenio que le dio origen. Así las cosas, pareciera que la Unión Europea, que buscó la inclusión de este lenguaje, pudo ver en el Protocolo, una posibilidad de abarcar amenazas a la seguridad alimentaria provenientes de OVMs, y no solamente amenazas a la biodiversidad. Después de la adopción del Protocolo, Margot Wallström, Ministra del Ambiente de la Unión Europea, dijo que el Protocolo se trata del “derecho de escoger de los consumidores” con respecto a nuevos alimentos que contienen OVMs que puedan dañar a las personas. No obstante en un comunicado de prensa, el gobierno de Estados Unidos, explicó a la industria que la relación entre el Protocolo y el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias estaba aclarada en la “savings clause”.<sup>12</sup>

## **5. La Ley del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA). No. 8495 del 16 de mayo del 2006**

Nuestro ordenamiento jurídico ha incluido recientemente en esta ley el principio precautorio con el fin de garantizar la salud humana y animal, entre otros principios y objetivos muy relevantes que igualmente abarca. Se trata de la

---

12 T. STEWART y D. JOHANSON, *A Nexus of Trade and the Environment: The Relationship Between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2003, p. 6

primer normativa que se ocupa propiamente de regular la seguridad alimentaria en su perfil higiénico y de inocuidad relacionada con productos de origen animal.

Es preciso indicar que el legislador ha mostrado, tanto a nivel nacional como internacional, una mayor preocupación por los alimentos de origen animal que por los de origen vegetal, toda vez el rol de los movimientos o transporte de animales, ha sido ratificado como el más relevante en la transmisión de agentes infecciosos. Asimismo la alimentación de animales incide en modo directo en la calidad de alimentos que de éstos se obtiene para consumo humano, de ahí que se haya dada un primer paso para regular este tipo de productos que se obtienen principalmente de la empresa agraria zootécnica.

En esta ley se modifica en forma significativa las competencias del Ministerio de Agricultura y Ganadería, para la protección de la salud animal y fortalecer la seguridad sanitaria y también se reforman competencias del Ministerio de Salud.

Dentro de los objetivos que se enlistan y que se pretenden garantizar con este cuerpo normativo, es regular y controlar la seguridad sanitaria e inocuidad de los alimentos de origen animal en forma integral, a lo largo de toda la cadena de producción alimentaria, incluyendo la fase primaria que corresponde a la actividad productiva agraria.

El artículo 4º dispone que dicha ley será interpretada en beneficio de la salud humana, la salud animal y el medio ambiente, y para la protección de cada uno de ellos. Asimismo que la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito, y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. De igual modo se establece que sin perjuicio de otros principios, se considerarán los siguientes: el principio precautorio o de cautela, el principio de análisis de riesgos, el principio de protección de los intereses del consumidor, el principio de equivalencia y el principio de transparencia e información.

Se estipula en el ordinal 5, que corresponderá al Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), mediante el Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA), la reglamentación, planificación, administración, coordinación, ejecución

y aplicación de las actividades oficiales con carácter nacional, regional e internacional, relativas a la salud de la población animal, los residuos, la salud pública veterinaria, el control veterinario de la zoonosis, la trazabilidad/rastreabilidad, la protección y la seguridad de los alimentos de origen animal, los alimentos para los animales, los medicamentos veterinarios, el material genético animal, los productos y los subproductos, la producción, el uso, la liberación o la comercialización de los organismos genéticamente modificados que puedan afectar la salud animal o su entorno, y las sustancias peligrosas de origen animal.

De particular interés resulta el artículo 6 inciso r) al regular las competencias del SENASA. Lo anterior porque dispone que a dicho órgano le corresponde *“evaluar los servicios veterinarios oficiales extranjeros, para, **aplicando el principio precautorio**, tomar decisiones relativas a la salud pública veterinaria y la salud animal, que deban aplicarse para el comercio internacional de animales domésticos, acuáticos, silvestres u otros, su material genético o biotecnológico, sus productos, subproductos, derivados, sus desechos, las sustancias peligrosas, los medicamentos veterinarios y los alimentos para animales”*.

De esta forma aun cuando esta ley no tiene el nivel de sistematización del Reglamento europeo tantas veces citado, toda vez no define qué debe entenderse como principio precautorio ni las fases de análisis de riesgos, es un primer intento de tutelar la seguridad alimentaria a fin de garantizar la inocuidad de los productos de origen animal, poniendo a disposición de las autoridades sanitarias la posibilidad de aplicar este principio y otros que se enuncian en esa misma ley. En virtud de lo anterior bien puede acudir a la doctrina europea para interpretar los alcances y elementos de este principio, toda vez es una normativa que se inspira en aquella, de ahí la utilidad de estudiar el derecho comparado.

Por otro lado, no puede dejarse de lado que la Unión Europea comprende un bloque de países que se ha convertido en uno de nuestros principales socios comerciales, de manera que resulte estratégico para la empresa agroexportadora el colocar productos agroalimentarios que satisfagan los niveles de seguridad alimentaria requeridos, a fin de no afectar su competitividad.

A manera de ejemplo, solamente con el fin de ilustrar las ramificaciones de este principio en una economía globalizada de productos agrícolas, y con particular atención a las relaciones comerciales entre Centroamérica y la Unión Europea, el reciente Acuerdo comercial entre ambas regiones, dispone en el Título VIII un acápite denominado “Comercio y Desarrollo Sostenible”. El objetivo pareciera es establecer un marco normativo que promueva una relación comercial entre las Partes que contribuya a alcanzar los objetivos de ese modelo de Desarrollo desde un punto de vista ambiental.

Sin embargo, en el apartado G) de ese título VIII, denominado “Información Científica”, las partes “reconocen la importancia de aplicar medidas que protejan el medio ambiente, la salud o la seguridad en el trabajo. Ante una amenaza de daño serio o irreversible, reafirman que la falta de certeza científica no deberá utilizarse como un motivo para aplazar medidas de protección”. Pareciera a nuestro juicio que se incluyó un lenguaje mas extensivo que incluye a la salud, lo que eventualmente puede ser vinculado a aplicación de ese tipo de medidas precautorias por razones de seguridad alimentaria, aspecto que será interesante reflexionar a futuro en el caso que se originen controversias en ese sentido.

## **6. Jurisprudencia Constitucional**

La Sala Constitucional ha reconocido la validez de adoptar medidas con el fin de garantizar la seguridad nutricional y a su vez ha emitido consideraciones en torno a la forma como el principio precautorio ha permeado lo alimentario. Por razones de espacio no se hará una cita textual de lo esbozado por la Sala pero se hará una breve referencia a efectos de complementar el enfoque que ha tenido ese instituto en nuestro país.

El primer pronunciamiento, que se tramitó bajo el expediente 03-001215-0007-CO y que correspondió a la sentencia N° 2006-017598, trató de una acción de inconstitucionalidad contra el Reglamento para enriquecimiento del arroz, Decreto No. 30031-S. En la normativa impugnada se obligó a los industriales y comerciantes del arroz en Costa Rica a fortificar dicho grano para el consumo humano.

Se alegó por parte de la parte recurrente que el arroz es el único alimento de la canasta básica que se encuentra regulado en su precio, y que la fortificación del arroz tenía un importante costo financiero, por lo que el costo debía de trasladarse al consumidor o ser cancelado por el Estado, y que en la normativa impugnada no se establece quién cubrirá el costo de la fortificación. Consideraron los accionantes que con el Decreto impugnado se violentan los resultados de la Ronda de Uruguay, específicamente en cuanto al principio contenido en el tratado en cuanto a la eliminación de restricciones al comercio internacional, ya que en el caso del arroz importado tendría este que llegar fortificado al país limitando el comercio mundial.

En sus consideraciones, la Sala expuso que el derecho a la libertad de comercio no es un derecho absoluto, sino que pueden ser objeto de reglamentación y aún de restricciones legales cuando se encuentran de por medio intereses superiores, tal como sería en este caso, la obligación de fortificar el arroz para consumo humano con cuatro nutrientes, en resguardo al derecho a la salud de los consumidores.

Se argumentó en la sentencia que las obligaciones contenidas en instrumentos internacionales como el GATT referidas a acelerar el proceso de apertura de mercados, liberalizar el comercio internacional, eliminar las barreras de proteccionismo del Estado a los distintos bienes y servicios en el mercado, deben estar todas dirigidas –dentro del marco de la protección de derechos fundamentales- a beneficiar al consumidor para que reciba productos con una mayor eficiencia, a un menor costo y de la mejor calidad. De igual modo que sería un contrasentido que por un lado se permita el libre comercio y por otro lado se prohíba establecer ciertas obligaciones en beneficio de la salud del consumidor, justamente porque tanto el libre comercio, como las obligaciones impuestas por el Estado a fortificar con nutrientes ciertos productos, deben atender a intereses superiores como el derecho a la salud de los consumidores.

El segundo caso que refiere el Principio Precautorio, se tramitó bajo el expediente 04-007957-0007-CO y correspondió a la resolución 2006-017747. Se trata de una Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto

Ejecutivo No. 26.703-S del 21 de enero de 1997, que permitía una cantidad máxima de 35 mg/kg el uso del bromato de potasio en la harina de panificación y cualquier otro alimento, así como la importación de productos de harina con esos niveles de la referida sustancia. Se alegó por parte de la accionante que no se informa adecuada ni verazmente a los consumidores sobre el contenido de ese aditivo el cual es sumamente peligroso para el consumo humano (y de todo ser vivo), aportando como prueba varias investigaciones científicas.

En sus consideraciones la Sala Constitucional hizo una amplia referencia a la evolución del principio precautorio desde la materia ambiental y reconoció que dicho principio adquirió una dimensión ética - de la ciencia y tecnología- que orienta las políticas ambientales, de salud, comercio, seguridad alimentaria y, en general, de desarrollo sostenible de los Estados.

Señaló la Sala, que la suma de un estado de incertidumbre científica o tecnológica -ante la carencia, insuficiencia o inadecuación de la información y conocimientos científicos disponibles acerca de la causalidad, magnitud, probabilidad y naturaleza de la lesión- y la posibilidad o amenaza de un eventual daño serio e irreversible es igual o debe ser equivalente a una acción precautoria o anticipada, la que puede tener por contenido, incluso, la prohibición o eliminación de determinados productos, actividades o sustancias.

A su vez reconoce éste órgano jurisdiccional que la aplicación del principio precautorio no supone una fosilización del estado de cosas vigente, al momento de adoptar las acciones pertinentes, que impida el progreso y la innovación, puesto que, las medidas de intervención o restricción deben mantenerse vigentes en tanto la información científica sea incompleta o no concluyente y el riesgo de lesión sea serio e irreversible, por lo que admiten su revisión periódica a la luz del progreso científico y que se debía de respetar el principio de proporcionalidad.

De igual modo, se analizó por parte de dicha Cámara que es un imperativo constitucional que el consumidor conozca cada uno de los componentes del producto y se encuentre, a su vez, debidamente, informado. Asimismo se hizo toda una exposición del uso de bromato de potasio para consumo humano y

la evidencia científica de la posible afectación a la salud humana como agente cancerígeno.

Bajo este orden de ideas, la Sala estimo que *“el bromato de potasio tiene un claro y evidente efecto cancerígeno sobre los seres humanos, verificación que, de por sí, es suficiente para estimar la acción de inconstitucionalidad interpuesta ....Tal estado de incertidumbre, en punto a los daños serios e irreversibles que produce el bromato de potasio adicionado a la harina -independientemente del punto del proceso de producción o comercialización en que sea agregado- sobre la salud humana, impone, inevitablemente, aplicar el principio precautorio con la adopción de medidas de intervención, incluso, prohibitivas del caso ... Se declara con lugar la acción. Se anula por inconstitucional el Decreto No. 26703-S del 21 de enero de 1997”*.

Sin duda la sentencia es muy valiosa porque desarrolla en forma extensa la importancia del principio, su evolución, en el marco de los derechos de los consumidores a tener la seguridad de que lo que consumen no va a afectar su salud y ésta es su particular relevancia. Quizás la crítica que se ha hecho a esta sentencia es que el caso concreto trataba más que todo de aplicación del principio preventivo más que el precautorio, pues se sostuvo que había evidencia científica de una afectación probable a la salud. Sin embargo, esa imprecisión no desvirtúa los elementos que aporta la resolución, ya que a nuestro juicio lo que pretendía era validar la aplicación del principio no solamente en materia ambiental sino en temas agroalimentarios.

## **7. Conclusión.**

La seguridad alimentaria en su perfil relativo a la food safety tiene una estrecha vinculación con los Derechos Humanos y desde el punto de vista jurídico se trata del estudio de las normas que garantizan la inocuidad de los alimentos, con el fin de que el consumidor tenga la confianza que éstos no sean perjudiciales o dañinos para la salud humana. Esta normativa ha evolucionado en forma importante en el derecho comparado, internacional y nacional.



El Principio Precautorio es un instrumento llevado a nivel normativo, con profunda regulación en el Derecho comunitario europeo que ya ha dado sus primeras manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia constitucional, el cual permite establecer medidas a los fines de tutelar la salud humana y conforme a las nuevas exigencias.

## BIBLIOGRAFÍA

COLLART DUTILLEUL F., *Las transformaciones del Derecho Agroalimentario o la historia de un vínculo*, en Revista de Ciencias Jurídicas No. 122 (65-82), San José, mayo agosto 2010.

COSTATO L., *“Dal diritto agrario al diritto agroalimentare, in Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato, Atti del Convegno “Gian Gastone Bolla” di Firenze (9-10 novembre 2001), a cura di Rook Basile E. e Germanò A., Milano, 2003.*

COSTATO L., *Commento all’art. 1, en La sicurezza alimentare nell’Unione europea (commento al Reg. N 178/02/CE ) a cura dell’IDAIC, in Nuove leggi civ.comm., 2003, nn 1-2*

COSTATO L., *Compendio di Diritto Alimentare*, Editorial CEDAM, Padova, 2007. DI LAURO A., *Del alimento “seguro” al alimento “adecuado”, Seminario de Derecho Agrario Comparado, Faculta de Derecho Universidad de Costa Rica, 2005.*

GERMANÒ A., *Manuale di Diritto Agrario*, Sesta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

GERMANÒ A., *Corso di diritto agroalimentare, G.Giappichelli Editore, Torino, 2007.*

GRADONIL, *“Commento all’art. 6, en La sicurezza alimentare nell’Unione europea (commento al Reg. N 178/02/CE ) a cura dell’IDAIC, in Nuove leggi civ.comm., 2003, nn 1-2*

NIESPOLO F., *Il Diritto All’Alimentazione: Tra tutela della biodiversità e metodo di produzione agro-biotecnologico*, Tesi di perfezionamento in Diritti

Umani, Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Superiore e di Perfezionamento, inédito, 2008.

STEWART T. y JOHANSON D., "*A Nexus of Trade and the Environment: The Relationship Between the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement of the World Trade*", in Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, 2003.

#### **NORMATIVA EUROPEA**

Reglamento (CE) 178/2002 del 28 de enero del 2002

#### **OTRA NORMATIVA INTERNACIONAL**

Protocolo de Cartagena de Bioseguridad en la Biotecnología

Convenio Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

#### **NORMATIVA NACIONAL**

Ley del Servicio Nacional de Salud Animal (SENASA). No. 8495 del 16 de mayo del 2006





**LA PREJUDICIALIDAD DERIVADA DE  
PROCESO ORDINARIO CIVIL EN EL PROCESO  
HIPOTECARIO. COMENTARIO DEL VOTO 300-  
2C DE 2014 DEL TRIBUNAL PRIMERO CIVIL DE  
SAN JOSÉ**

**LL. M. Yuri López Casal<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Juez de Trabajo de Mayor Cuantía de Heredia. Máster en Derecho Civil (LL. M.) de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania). Correo electrónico: lopezynuri@hotmail.com



**Resumen:**

Este trabajo analiza el tema de la prejudicialidad derivada de un proceso ordinario civil en el proceso hipotecario con base en una reciente sentencia emitida por el Tribunal Primero Civil de San José.

**Abstract:**

This paper analyzes the preliminary ruling of an ordinary civil trial on a foreclosure based on a recent sentence passed by the First Court of Appeals for civil affairs from San José.

**Palabras clave:** prejudicialidad, ejecución hipotecaria, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Keywords:** preliminary ruling, foreclosure, European Court of Justice

**SUMARIO**

1. Introducción
2. El caso concreto resuelto por el Tribunal Primero Civil de San José
3. La prejudicialidad
4. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013
  - 4.1. El caso que dio origen a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013
  - 4.2. La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la primera cuestión prejudicial formulada por el Juzgado español consultante
5. Conclusiones y análisis crítico del voto 300-2C de 2014 del Tribunal Primero Civil de San José a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013
6. Bibliografía

## **1. Introducción**

El presente trabajo se enfoca en el análisis del voto número 300-2C de las 9:05 horas del 24 de abril de 2014, emitido por el Tribunal Primero Civil de San José. En esa sentencia se analizó, en concreto, si un proceso ordinario civil podía tener la virtud de suspender un proceso hipotecario, iniciado y tramitado bajo la normativa de la Ley de Cobro Judicial, por causar prejudicialidad con respecto a éste último. Contrario a lo que sostiene el Tribunal Primero Civil en su voto antes mencionado, se considera, respetuosamente, que la Ley de Cobro Judicial no prohíbe, expresa o implícitamente, la prejudicialidad civil, por lo cual ésta debe ser analizada y admitida, mediante la integración normativa, dentro del proceso hipotecario, si se cumplieran sus requisitos legales, lo cual está en consonancia con la más reciente orientación que, al respecto, ha tomado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente en su sentencia de 14 de marzo de 2013, la cual tuvo la virtud de agitar y cuestionar, en sus propios cimientos, el sistema de ejecución hipotecaria de España.

## **2. El caso concreto resuelto por el Tribunal Primero Civil de San José**

Se trató de un proceso hipotecario en el cual la parte demandada solicitó al Juzgado Primero de Cobro Judicial de San José la suspensión de ese proceso por prejudicialidad derivada de un proceso ordinario civil. El Juzgado Primero de Cobro Judicial de San José rechazó dicha petición y, acto seguido, aprobó el remate celebrado.

La parte demandada apeló el rechazo de la petición de suspensión del proceso hipotecario por prejudicialidad derivada del proceso ordinario civil y basó su agravio de apelación en que, en su criterio, la Ley de Cobro Judicial no prohíbe la prejudicialidad proveniente de un proceso ordinario civil.

El Tribunal Primero Civil de San José, en la sentencia que se analiza en este ensayo jurídico, declaró sin lugar la apelación basada en ese agravio con base en el siguiente razonamiento:



*“En lo que concierne al primer motivo de agravio, referente a la perjudicialidad invocada, deberá desestimarse por cuanto la Ley de Cobro Judicial limita la suspensión por perjudicialidad en procesos hipotecarios o prendarios, cuando se sustente exclusivamente en acusación penal o querrela que atañe a la falsedad del documento base. La norma especial no incluyó otras posibilidades sin que sea admisible interpretación ampliativa como lo sugiere el apelante. Se trata de una perjudicialidad limitada a aspectos penales en los términos descritos. No está reconocida en la citada ley, como motivo de suspensión del proceso la alegación de suspensión proveniente de procesos civiles”.*

### **3. La perjudicialidad**

Antes de comentar el fundamento jurídico con el cual el Tribunal Primero Civil de San José rechazó la solicitud de suspensión del proceso hipotecario por perjudicialidad derivada de proceso ordinario civil, es indispensable definir qué es la perjudicialidad y cuándo surge este instituto jurídico-procesal.

Una de las mejores sentencias que, en nuestro criterio, han abordado el tema de la perjudicialidad, es el voto número 135 de las 11:55 horas del 13 de mayo de 2011 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, con redacción del señor ex Juez, Don Juan Ramón Coronado Huertas. En esa sentencia se indicó lo siguiente:

*“La perjudicialidad civil como causa de suspensión de un proceso civil no está contemplada expresamente en el Código Procesal Civil, como sí lo está la de carácter penal (artículos 202 inciso 2) y 203 del citado Código). Sin embargo este Tribunal y Sección tiene establecido que, aún así, es posible suspender un proceso civil por ese motivo, con el fin de evitar fallos contradictorios, pero eso es así siempre y cuando se den los supuestos configurantes de la perjudicialidad. Así, en el voto número 286 de 2002 se indicó lo siguiente sobre ese tema: “III. Estamos, sin duda, ante un supuesto de perjudicialidad. “..surge un fenómeno de perjudicialidad siempre que en un proceso una cuestión debe ser decidida lógicamente antes que la cuestión principal objeto del mismo. También en sentido*

*amplio surge un fenómeno de prejudicialidad cuando ese antecedente lógico de la cuestión principal objeto del proceso ha sido ya previamente resuelto en otro proceso terminado por sentencia con fuerza de cosa juzgada... En un sentido más estricto, se habla de prejudicialidad, o se dice que en un proceso existe una cuestión prejudicial, cuando la decisión de la cuestión de fondo principal que constituye el objeto del mismo exige, o tiene como antecedente lógico, resolver previamente otra cuestión sustantiva (no procesal), que, en hipótesis, podría haber dado lugar -o podría dar lugar en el futuro- a otro proceso (en el que la cuestión ahora prejudicial sería la cuestión principal)...” (Cfr. Andrés de la Oliva Santos e Ignacio Díez-Picazo Giménez. Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., año 2000. Madrid, página 543). Los referidos autores señalan, además, lo siguiente: “...La prejudicialidad o las cuestiones prejudiciales pueden ser clasificadas con arreglo, fundamentalmente, a dos criterios: A) En función del contenido o naturaleza jurídicos de la cuestión prejudicial, cabe hablar de cuestiones prejudiciales de la misma naturaleza que la cuestión principal y de cuestiones prejudiciales de distinta naturaleza que la cuestión principal. En el ámbito del proceso civil, las primeras se dan cuando son también civiles -léase civiles o mercantiles, es decir, propias del orden jurisdiccional civil. Se habla, en este caso, de prejudicialidad civil en el proceso civil. Las segundas son penales, administrativas, sociales, constitucionales o comunitarias. B) En función del tribunal que puede conocer de ellas, las cuestiones prejudiciales pueden ser no devolutivas o devolutivas. La prejudicialidad no devolutiva se da cuando el conocimiento de la cuestión se atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal. Por el contrario, la prejudicialidad devolutiva se da cuando la decisión de la cuestión prejudicial corresponde a un tribunal distinto del que está conociendo de la cuestión principal...” (Ibidem, pp. 543 y 544). IV. En la legislación procesal civil española está regulada, de manera expresa, la prejudicialidad civil en el proceso civil. El artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, señala: “Prejudicialidad civil.- Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de*

*autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial...” (Cfr. Actualidad Civil. Número 1. Número Monográfico. Referencia 1. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Suplemento Semanal de Legislación Estatal, Autonómica y Comunitaria. Director Xavier O’Callaghan Muñoz. Edita La Ley. Madrid, página 44). V. En el caso bajo examen se configura un supuesto de prejudicialidad civil en el que no fue posible, como se indicó supra, la acumulación de autos. Cierto que, a diferencia de la legislación procesal civil española, carecemos de una regulación concreta sobre el punto. No obstante, para evitar sentencias contradictorias es factible, por principios generales y por guardar similitud, todo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 4 del Código Procesal Civil y 5 párrafos 2º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicar el precepto 202 inciso 2 del Código Procesal Civil, matizándolo en el sentido de que la suspensión será hasta que recaiga sentencia firme en el proceso tramitado ante el Juzgado Quinto Civil de Mayor Cuantía de San José, que según constancia de folio 1030 está pendiente de que se resuelva el recurso de casación que se planteó contra el fallo de segunda instancia)”.*

De la sentencia anteriormente transcrita en forma parcial, se extraen dos importantes aspectos que serán de vital importancia para el análisis que se hará más adelante y que son los siguientes:

**3.1.** Que aunque la **prejudicialidad civil**, como causa de suspensión de un proceso civil, no está regulada expresamente en el Ordenamiento procesal civil costarricense, como sí ocurre con la prejudicialidad penal, la jurisprudencia ha señalado que, a pesar de eso, sí es posible alegarla y resolverla, dentro del proceso civil, con base en una integración normativa basada en los artículos 4 y 202 inciso 2) del Código Procesal Civil y en el artículo 5 párrafos 2º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y;

**3.2.** Que el presupuesto esencial de la prejudicialidad civil consiste en que, en un determinado proceso, se discuta una cuestión sustantiva que constituya un

antecedente lógico, que, como tal, amerite, en consecuencia, resolverla primero, para poder resolver la cuestión principal que se debate y se discute en otro proceso.

#### **4. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013**

El pasado 14 de marzo de 2013, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió un importante veredicto relacionado con la influencia que tiene la discusión, en proceso declarativo (el cual equivale al proceso ordinario civil costarricense), de presuntas cláusulas abusivas plasmadas en los contratos de préstamo hipotecario, en los procesos ejecutivos hipotecarios planteados por bancos y otras entidades financieras españoles contra los deudores de tales préstamos. De acuerdo con esa sentencia, la normativa española vigente, la cual impide que el Juez que conoce de un proceso declarativo, ante el cual el consumidor hubiese presentado una demanda en la cual hubiese alegado el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutorio, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesaria para garantizar la plena eficacia de su decisión final, es contraria al Derecho de la Unión Europea, pues lesiona la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

##### **4.1. El caso que dio origen a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013**

*“El capital prestado por Catalunyaacaixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. De los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que el contrato de préstamo suscrito con Catalunyaacaixa establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación. Además, la cláusula 6 bis de dicho contrato*

*confería a Catalunyaacaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida. El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyaacaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora. Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyaacaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas. El Sr. Aziz no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al Sr. Aziz un requerimiento de pago, que éste no atendió y al que no formuló oposición. En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda. No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución. En*

*este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta», contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de «cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor», previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo. A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva. En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: 1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos. 2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden: a) A la posibilidad de*

*vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto. b) La fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18 %– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado. c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble”.*

#### **4.2. La decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a la primera cuestión prejudicial formulada por el Juzgado español consultante**

Como se indicó en el acápite anterior, la primera cuestión prejudicial que planteó el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona consistió en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinara si la normativa procesal española eventualmente sería contraria al Derecho de la Unión Europea por el hecho de que, además de no prever, en el marco del procedimiento de la ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un agente económico, tampoco permite que el Juez que conoce del proceso declarativo, el cual es competente para apreciar y juzgar el carácter abusivo de la cláusula contractual, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Con respecto a esta primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió de la siguiente manera:

*“En efecto, consta en autos que el sistema procesal español prohíbe al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 48). En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49). En el presente asunto, de los autos trasladados al Tribunal de Justicia se desprende que, según se establece en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible –cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado– o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de dicha Ley. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución*



*quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada. A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54). Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77). En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no*

*constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55). En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.*

### **5. Conclusiones y análisis crítico del voto 300-2C de 2014 del Tribunal Primero Civil de San José a la luz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013**

La lectura y el estudio de la importante sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013, permite concluir que en Europa ya es una realidad jurídicamente definida, que ciertos conflictos que se ventilan en un proceso ordinario civil (como es el caso de la declaratoria de nulidad de ciertas cláusulas pactadas en el contrato hipotecario por ser, presuntamente, abusivas) sí son capaces de provocar prejudicialidad civil en el proceso hipotecario y, con ello, su suspensión, al punto de que, con el veredicto emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha quedado completamente claro que el Juez que conoce del proceso ordinario civil sí puede adoptar medidas cautelares tendentes a suspender el proceso hipotecario, cuando la adopción de esas medidas fuese necesaria para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Por otra parte, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no analizó (porque no se le solicitó expresamente por el Juzgado español consultante), ni tampoco emitió pronunciamiento expreso en ese sentido, empero nos parece que es posible concluir, de manera implícita, que, en Europa, el Juez que conoce del proceso hipotecario, bien podría ordenar su suspensión, a petición de parte, por prejudicialidad civil causada por un proceso ordinario, en el cual se estuviera discutiendo la nulidad absoluta de presuntas cláusulas abusivas incorporadas dentro de la hipoteca que se estuviera cobrando judicialmente mediante el proceso hipotecario.

Con base en todo lo anterior, se concluye, respetuosamente, que la tesis sostenida por el Tribunal Primero Civil de San José en su voto número 300-2C del año 2014, luce demasiado hermética, rígida, tajante y se limita a hacer una interpretación restrictiva y literal del numeral 11 de la Ley de Cobro Judicial. Dicha interpretación es errónea, pues el hecho de que esa norma legal se refiera, solamente, a una prejudicialidad derivada de asuntos de tipo penal, no significa, necesariamente, que sea imposible, mediante la integración normativa, tal y como lo establece el numeral 4 del Código Procesal Civil, analizar y resolver el

tema de la prejudicialidad civil, causada por un proceso ordinario civil, dentro del proceso hipotecario.

Tiene más sentido y prudencia el criterio que predica el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de San José, en el sentido de que, a pesar de que el Código Procesal Civil solamente regule (como sucede exactamente con el artículo 11 de la Ley de Cobro Judicial) la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil, es posible, empero, analizar la prejudicialidad civil, como causa de suspensión del proceso civil, mediante la integración normativa, por paridad de razón, para evitar sentencias eventualmente contradictorias y resguardar la seguridad jurídica, siempre y cuando, claro está, se cumpla el presupuesto esencial de la prejudicialidad, cual es que, en un determinado proceso, se discuta una cuestión sustantiva que constituya un antecedente lógico, que, como tal, amerite, en consecuencia, resolverla primero, para poder resolver la cuestión principal que se debate y se discute en otro proceso. En este mismo sentido, como se ha tratado en este trabajo, se orienta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013.

## **6. Bibliografía**

### **Libro:**

Ortells Ramos, Manuel, **Derecho Procesal Civil**, 12. ed., 2013.

### **Resoluciones judiciales:**

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda. Voto Número 135 de las 11:55 horas del 13 de mayo de 2011

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de marzo de 2013.







## TE CONDENO A SER FELIZ

**Dr. Álvaro Burgos M.<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Dr. Derecho Penal y Criminología de la U. de Málaga y la U. Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED; Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa, Italia. Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José y Juez de Apelación de Sentencia Penal Juvenil. E-mail: freudtico@yahoo.es





## SUMARIO

### **INTRODUCCIÓN**

#### **Capítulo 1**

Sección I. La visión publicitaria de Costa Rica como el país “Más Feliz del Mundo”

- a) Happy Planet Index
- b) Medición de Felicidad
  - b.1) Bienestar de la población:
  - b.2) Esperanza de vida:

Sección II. La proyección real de la concepción de Costa Rica como el país “Más Feliz del Mundo”

- a) Niveles de seguridad.
- b) Visión a futuro.

#### **Capítulo 2**

Sección I. El Sistema de Sanciones Penal Juvenil

- a) ¿Pena o sanción?
- b) El principio del interés superior del menor como eje de la pena.
- c) El principio socio educativo de la pena:
- d) El Principio de flexibilización y la diversidad de las penas
- e) La determinación e individualización de la pena.

Sección II. Penas Establecidas en la Ley de Justicia Penal Juvenil

- a) Sanciones socioeducativas:
  - a.1) Amonestación y advertencia:
  - a.2) Libertad asistida:
  - a.3) Prestación de servicios a la comunidad:
  - a.4) Reparación de daños:
- b) Órdenes de orientación y supervisión:

- b.1) Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él:
- b.2) Abandonar el trato con determinadas personas:
- b.3) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados:
- b.4) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio:
- b.5) Adquirir trabajo:
- b.6) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito:
- b.7) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas:
- c) Sanciones privativas de libertad
  - c.1) Internamiento domiciliario es el arresto del menor de edad en su casa de habitación, con su familia:
  - c.2) Internamiento en tiempo libre:
  - c.3) Internamiento en centro especializado:

### Sección 3. Algunas Consideraciones Finales

#### ***Cuadro N°1***

Población atendida en el Programa de Penal Juvenil del Ministerio de Justicia y Paz por condición jurídica, según programa al 7 Julio 2014

#### ***Cuadro N°2***

Población Penal Juvenil. Según: Condición Jurídica y centro Especializado de Atención. 2006 al II trimestre 2012

#### ***Cuadro N°3***

Resoluciones Juzgados Penales Juveniles que disponen soluciones alternas, criterio de oportunidad y condenatorias, 2006-2011

### CONCLUSIÓN

### BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCIÓN

No hay duda alguna que desde los tiempos de Aristóteles la Justicia no necesariamente implica el aplicar de manera absolutamente homogénea en todo momento la norma a todos por igual, esto ha sido especialmente notorio en el tratamiento jurídico hacia los niños, niñas y adolescentes.

Y es que aunque resulte más que obvio advertirlo, ni todos somos iguales, ni tampoco la Justicia más equitativa podría verse representada en la aplicación indiscriminada de manera igualitaria de la ley a quienes precisamente son tenidos como desiguales.

Las desigualdades pueden provenir de múltiples contextos, circunstancias y características peculiares de quien se trate: sociales, económicas, religiosas, étnicas, de género, etc., pero en nuestro caso circunscribiremos nuestro universo de análisis al caso de las personas menores de edad en conflicto con la ley penal en Costa Rica, y el tipo de sanciones a las que eventualmente se pueden enfrentar.

Al finalizar nuestro trabajo monográfico, presentaremos al lector claramente una postura directamente encaminada a proyectar una realidad ético jurídica, la cual consiste en el hecho de que más allá de nuestra aspiración como operadores del sistema de administración de justicia de querer solucionar la situación particular de cada cual por medio de nuestras sentencias o fallos judiciales, es decir, nuestro deseo de **“condenar a ser feliz”** a las personas, y desear que dicha sentencia se pudiera ejecutar de inmediato, y en especial en este caso a las menores de edad, en una etapa crucial de sus vidas en que todavía se encuentran en un período de búsqueda de sus propias identidades, debemos ser conscientes de nuestras limitaciones como juzgadores, e intentar a lo sumo el aplicar –eso sí, al amparo de la ley siempre- la justicia de la forma más “equitativa” posible, reconociendo las limitaciones, potencialidades, circunstancias especiales que rodean a nuestros usuarios de la “Justicia” en el campo Penal Juvenil.

## Capítulo 1

### Sección I. La visión publicitaria de Costa Rica como el país “Más Feliz del Mundo”

En los últimos 4 años hemos (Costa Rica) sido catalogados internacionalmente como el país más feliz del mundo, razón por la cual se debe el nombre del presente trabajo. La publicidad se ha encargado de mitificar a Costa Rica como un paraíso, esto basándose en el ranquin que crea cada dos años la organización Happy Planet Index de Inglaterra, sin embargo por nuestro sistema de justicia nos podemos dar cuenta que el país no es tan perfecto como lo quieren mostrar.

A continuación le mostramos como los medios de comunicación masiva, tanto nacionales como internacionales, venden una imagen de Costa Rica como el país más feliz del mundo. En el diario “La Jornada” ubican a Costa Rica como un ejemplo a seguir, de acuerdo a lo siguiente:

*“Luego que la New Economics Foundation (NEF) ubicó a Costa Rica en el primer lugar dentro de 149 países (Happy Planet Index, 2009), el inglés Nic Marks, su editor, visitó la nación centroamericana y allí manifestó estar muy emocionado en poder entender cómo se logró esto. Dijo Marks: ¿cómo hacer para que otros países emulen el ejemplo de Costa Rica?”<sup>2</sup>*

Consecuentemente se puede observar que el mismo fundador de la compañía encargada de hacer los estudios, afirma que los otros países si quieren mejorar su índice de felicidad deben de tener presente a Costa Rica, en otras palabras, afirma que Costa Rica es un país ejemplo a nivel mundial, según por considerarlo como el país más feliz del mundo.

---

2 **La Jornada**. (Periódico Mexicano). <http://www.jornada.unam.mx/2014/01/15/opinion/025a1pol>

Por otra parte un periódico Hondureño elogia a Costa Rica como un paraíso, y afirma que no es para menos el atributo de ser considerado como el país más feliz del mundo, ya que se refiere de esta nación de la siguiente manera:

*“Al aterrizar en San José, lo primero que pasa por la cabeza son esas estadísticas, últimamente tan de moda en las redes sociales, que señalan a Costa Rica entre los países más felices del mundo.”<sup>3</sup>*

Por otra parte el sector turístico de Costa Rica aprovecha grandemente ésta boga para poder beneficiarse ya que utilizan el eslogan “Costa Rica es el país más feliz y verde del mundo...”<sup>4</sup>, y evidentemente este tema no es solo noticia de medios internacionales sino también de los medios de comunicación costarricense, por ejemplo el periódico “La Nación” publica, “Costa Rica es nuevamente el país más feliz del mundo, según índice Happy Planet.”<sup>5</sup>

En un país conocido como el más feliz de la tierra se espera que toda la población del mismo se encuentre en el mismo estado, por lo tanto que las instituciones, el gobierno, la justicia y el pueblo estén todos en armonía.

Para descubrir si lo que afirma este ranquin es verdadero primero es necesario entender en que se basan para definir la felicidad de cada país.

#### ***a) Happy Planet Index***

El “País más Feliz del Mundo” fue creado por la organización Happy Planet<sup>6</sup>, es un sistema de medición que se realiza cada dos años calculando a 151 países del mundo, con lo cual su creador Nic Marks lo que pretende es hacer una escala mundial para calcular cuales países tienen una vida más feliz basándose

---

3 **La Prensa.** (Periódico hondureño). <http://www.laprensa.hn/vivir/viajes/513525-98/costa-rica-entre-los-paises-mas-felices-del-mundo>

4 Vista Marina. [http://www.vista-marina.com/costa\\_rica\\_espanol.html](http://www.vista-marina.com/costa_rica_espanol.html)

5 **La Nación.** (Periódico costarricense). [http://www.nacion.com/vivir/bienestar/Costa-Rica-nuevamente-Happy-Planet\\_0\\_1274672586.html](http://www.nacion.com/vivir/bienestar/Costa-Rica-nuevamente-Happy-Planet_0_1274672586.html)

6 [www.happyplanetindex.org](http://www.happyplanetindex.org)

en tres variables: el bienestar de los habitantes del país, la esperanza de vida al nacer y la huella ecológica.

Costa Rica en junio del 2012 por segunda vez consecutiva se llevó el primer lugar en la escala proclamándolo el país más feliz del mundo logrando una calificación de 64.0. La idea de la organización es demostrarle al mundo como se debe organizar un país para que su futuro sea más brillante, ese es el porqué de las tres variables anteriormente mencionadas.

Lo que se debe analizar con este sistema es, ¿verdaderamente puede calcular la felicidad de un país? Al decir que un país es el más feliz del mundo se debe de esperar que la población en su mayoría lo piense o lo sienta de esa manera, y será que con estás tres variables que presenta este sistema puede llegar a ser creíble que ciertos países son más felices que otros.

### ***b) Medición de Felicidad***

La organización Happy Planet, para determinar el nivel de felicidad, utilizan tres o unidades de medición, las cuales son: 1- El bienestar de la población, 2- La esperanza de vida de cada país, 3- La huella ecológica.

#### **b.1) Bienestar de la población:**

El sistema de medición de “Happy Planet” para calcular el bienestar se basó en preguntarle a la población directamente por medio de un sistema llamado “Leader of Life” o escalera de vida de la organización Gallup World<sup>7</sup>. Básicamente lo que trata es de imaginarse la vida como si fuera una escalera donde cero representa el peor tipo de vida y diez representa el mejor tipo de vida. Para el año 2012 Costa Rica obtuvo un 7.3 lo cual es un número decente ya que países desarrollados como Estados Unidos y el Reino Unido obtuvieron un 7.2 y 7.0 respectivamente.

---

<sup>7</sup> [www.gallup.com](http://www.gallup.com)

Es decir, miden el bienestar de una población con respecto a indicadores obtenidos mediante preguntas directas a los habitantes de cada país y no es aspectos objetivos, como en la línea de pobreza, o el ingreso per capital, entre otros.

#### b.2) Esperanza de vida:

La esperanza de vida se puede entender como la cantidad de años que se espera que viva una cierta cantidad de recién nacidos basándose en un patrón de mortalidad por edades. Para el 2012 la esperanza de vida de un costarricense fue de 79,3 años de edad, esto según un ranquin mundial que hace el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo anualmente. Para calcular el mismo se basan en tres componentes: larga vida y saludable, educación y nivel de vida digno. Según se puede ver en un sistema que tiene el INEC para el 2000 la esperanza de vida era de 77,49 por lo cual se puede ver que hemos mejorado en gran cantidad. Por ejemplo el último Informe del Estado de la Nación nos remite a:

*“La salud y el acceso a un buen sistema de seguridad social son requisitos indispensables para que las personas tengan una vida larga y sana. Teniendo en cuenta esa aspiración, en este apartado se valoran los resultados obtenidos por el país en lo que concierne a la salud de la población, así como la situación del sistema de seguridad social y las posibles amenazas a su sostenibilidad futura.*

*En el 2012 Costa Rica mantuvo las altas expectativas de vida de su población, al tiempo que la tasa de mortalidad infantil se ubicó en su mínimo histórico.”<sup>8</sup>*

#### b.3) Huella Ecológica:

Para calcular este componente se utiliza la medida promovida por la organización WWF, lo que mide es la cantidad de tierra necesitada para satisfacer el consumo del país. Costa Rica obtuvo un estimado de 2.5 de su huella ecológica.

---

8 Informe Estado de la Nación 2013. Pag. 85.

Para sacar el estimado del nivel de felicidad de cada país el cálculo insiste en una multiplicación del nivel de vida por esperanza de vida y estos se dividen entre la huella ecológica. Nuestro país obtuvo la primera posición con una calificación de 64.0, quedando de segundo lugar Vietnam con 60.4, siguiéndole Colombia con 59. A continuación se expondrá un ejemplo que compara la buena situación de Costa Rica con respecto al recurso natural:

*“Usted probablemente ya sabe que Costa Rica tiene menos del 1% de la superficie terrestre mundial y aún así cuenta con el 6% de la biodiversidad mundial. Esto significa que por cada especie de mamífero, anfibio, reptil o planta en Estados Unidos, Costa Rica tiene 300. Perfecto para los amantes de la naturaleza.”<sup>9</sup>*

Consecuentemente Costa Rica a pesar de ser territorialmente muy pequeño, siendo su dimensión terrestre ínfima o insignificante en comparación con el total de la porción terrestre del planeta, no obstante su riqueza en biodiversidad es demasiado grande.

Los datos anteriores son muy positivos, empero, últimas noticias de medios nacionales confiables, ya que proviene, por ejemplo, de la Universidad de Costa Rica (UCR), o el Informe del Estado de la Nación. La UCR determinó que la huella ecológica de Costa Rica se encuentra en rojo<sup>10</sup>, entre las principales causas de esta afirmación establecen los siguiente: *“En 2011 el país mantuvo una deuda ecológica: cada costarricense utilizó un 8% más del territorio disponible para satisfacer su demanda de recursos naturales. Las emisiones de carbono son la principal causa de esa brecha, pues representan un 27% de la huella ecológica total. Se estima que una reducción de 27% en las emisiones permitiría alcanzar el balance en este índice.”<sup>11</sup>*

Por otra parte el Informe del Estado de la Nación del 2013, consideran que la política en el tema del ambiente de Costa Rica no es estable, ya que

---

9 Costa Marina. [http://www.vista-marina.com/costa\\_rica\\_espanol.html](http://www.vista-marina.com/costa_rica_espanol.html)

10 Canal 15, UCR. <http://www.eraverde.ucr.ac.cr/blog/costa-rica-en-rojo-con-su-huella-ecologica-y-el-estado-es-parte-del-problema>

11 *Ibíd.*



presentan una serie de contradicción, ya que pretenden ser carbono neutral y lo proyectan para el 2022, pero nunca dentro de esa política establecieron la forma de lograrlo, es decir no existe un mecanismo establecido, lo que es peor, proporcionalmente se ha disminuido el porcentaje del carbono-neutral<sup>12</sup>.

Por otra parte otro medio de comunicación publicó unos líneas bajo la misma dirección, *“El coordinador de investigación del Informe del Estado de La Nación, Leonardo Merino, explicó que el estudio arrojó que el año 2011 no presenta cambios en las tendencias ambientales en comparación con lo que se ha venido diciendo años atrás, que se profundiza en los retos pero que además se evidencian nuevos, y que el país se acerca cada vez más a debates estratégicos muy complicados.”*<sup>13</sup>

A pesar que según el estudio realizado por “Happy Planet”, nos ubican en una buena posición en el tema de la huella ecológica con respecto a otros países, la realidad es que a lo interno los expertos en este tema comparten una versión opuesta, pero eso no deja que a los ojos del mundo seamos el país más feliz del mundo.

## **Sección II. La proyección real de la concepción de Costa Rica como el país “Más Feliz del Mundo”**

Como se pudo ver en la sección I del capítulo, la realidad es que lo que nos venden las publicidades no es más que un sistema de mercadeo para vender al país internacionalmente. En la realidad con las variables con las cuales se calcula la “felicidad de cada país”, son muy relativas ya que al tener una esperanza de vida larga no significa que la calidad de vida durante esos años sea la más feliz.

---

12 Informe Estado de la Nación 2013. [http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/019/Cap%204-Estado%20Nacion%2019.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/019/Cap%204-Estado%20Nacion%2019.pdf)

13 CR.Hoy. (Periódico costarricense). <http://www.crhoy.com/costa-rica-saca-nota-roja-en-materia-ambiental/>

***a) Niveles de seguridad.***

Como se mencionó en la anterior sección “Happy Plnaet” utiliza solo tres variable para medir la felicidad de un país, consecuentemente muchas personas se dejan llevar por lo que esta organización y las publicidades venden al país, piensan que al llamarlo como el “más feliz” el efecto inmediato es que toda la población fea feliz, lo cual no es cierto pues el sistema no mide otras variables importantes como lo son la educación, la seguridad, estilo de vida, gobierno, etc.

Si bien si nos comparamos con el resto de la región como “El triángulo del Norte” El Salvador, Honduras y Guatemala los cuales sus índices de criminalidad van 65, 85 y 41 víctimas de homicidio por cada 10.000 respectivamente; Costa Rica en los últimos años las cifras han aumentado de manera alarmante, ya que para el 2010 nuestra tasa de victimas por homicidio era de 37.7% y este año 2013 ha pasado a un 60%.

*“Por tercer año consecutivo se redujo la tasa de víctimas de homicidios, al pasar de 11,5 por 100.000 habitantes en 2010, a 8,7 en 2012. Los femicidios también registran una disminución importante, de 12 a 5víctimas entre 2011 y 2012, la mayor de la década.”<sup>14</sup>*

La cita anterior demuestra lo situación crítica en que se encuentra Costa Rica, donde enfrentan sus habitantes grandes riesgos y probabilidades de sufrir una muerte a causa de un homicidio, a pesar de que los índices han descendido.

Sin embargo Costa Rica es uno de los países con menores índices de inseguridad ciudadana; en el 2010 y 2013 la consultora internacional FTI reporto que nuestro país era el más seguro de América Latina. También las estadísticas del poder judicial dice que logramos bajar en un 14% la tasa de criminalidad.

A pesar de estas cifras no debemos perder de vista que el país se ha vuelto más violento en inseguro a comparación de hace 10 años.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Informe del Estado de la Nación 2013. Pag 79.

<sup>15</sup> [www.elfinancierocr.com](http://www.elfinancierocr.com)

En el 2013 la Escuela de estadística de la Universidad de Costa Rica realizó un estudio que demostró lo siguiente:

*“El 59,7% de la ciudadanía costarricense considera que durante los últimos tres años la inseguridad aumentó en el país. Para el 28,3% esta situación se mantiene igual, mientras que sólo el 12% opina que disminuyó, indica una encuesta realizada por la Escuela de Estadística de la Universidad de Costa Rica.”<sup>16</sup>*

Consecuentemente la inseguridad es un tema que también preocupa a la mayor parte de la población costarricense.

### ***b) Visión a futuro.***

Estos niveles de inseguridad se reflejan de igual manera con respecto a la Justicia Penal Juvenil, lo cual es lo que interesa principalmente en este trabajo. Si en verdad queremos que el país sea tan feliz como dice este programa “Happy Planet” y que nuestro futuro sea más brillante cada día, hay que analizar cómo trata el país a la futura población, o sea los niños y adolescentes de la actualidad.

Costa Rica desde el año 1886 decreto que la educación debía ser obligatoria y gratuita para todo niño de 7 a 14 años de edad, convirtiéndose en norma constitucional en el art 78 de la Constitución Política.<sup>17</sup> Esta ley se creó con el propósito de garantizar la inclusión en la sociedad y de igual manera para que las personas aseguren un futuro donde se incremente su ingreso, bienestar y nivel de vida. Sin embargo hoy en día las cifras dicen que la deserción escolar esta alrededor de un 11%, el problema de esto es que las consecuencias de abandonar la educación comunes son la prostitución, drogas e incluso delincuencia.

El censo 2011 contabilizó 201.870 jóvenes que ni estudian ni trabajan, un 19,3 % de la población entre 12 y 24 años de edad.<sup>18</sup> El abandono del estudio es solo uno de los factores que incitan a los jóvenes a iniciar una vida delictiva, el

---

16 Universidad de Costa Rica. <http://www.ucr.ac.cr/noticias/2013/01/30/alta-percepcion-de-inseguridad-en-el-pais.html>

17 Constitución Política de la República de Costa Rica de 1948.

18 Informe del Estado de la Nación 2013. página 79.

problema de esto es que normalmente se percibe que si es un joven delincuente lo más probable es que va a llegar a su vida adulta va a continuar con el estilo de vida delincuente.

En el año 1996 se creó la actualmente en vigencia “Ley de Justicia Penal Juvenil” para sustituir a la antigua Ley Tutelar de Menores de 1963, con la cual el objetivo de dicha ley es lograr la reinserción del joven a su familia y sociedad. Esta ley lo que pretende es en vez de penalizar los delitos cometidos por los menores de edad, es crear sanciones que los corrijan para no volver a cometerlos y reincorporarse a la sociedad, por lo mismo la pena privativa de libertad se debe tomar como la última opción de todas las sanciones, objetivo que hasta el día de hoy se puede decir que no ha logrado cumplir al 100%.

Para el 2011 la población juvenil recluida aumento en un 20% en comparación a años anteriores, de esta manera aumentando el hacinamiento, insalubridad y simplemente un estilo de vida inhumano, esto en el actual país más feliz del mundo. De toda Latinoamérica, Costa Rica es el país que tiene las penas más altas para nuestros menores de edad y aun así piensan que para disminuir el incremento de delincuencia juvenil de los últimos 17 años se deben aumentar estas penas aún más. Esto se explicara más ampliamente en el capítulo 2.

Lo importante es entender que si bien esta posición privilegiada del Happy Planet Index nos ubica en el puesto número uno, no nos debemos dejar llevar, debido a que al país todavía le falta mucho para lograr ser el país ideal para vivir, comenzando por nuestros jóvenes que son el futuro de Costa Rica, no debemos pensar que porque la Ley de Justicia Penal Juvenil lo que pretende son sanciones para castigar los delitos que en cierta manera les ayude a mejorar su estilo de vida al obligarlos a estudiar, dejar malas compañías, no frecuentar ciertos lugares, etc., verdaderamente los estén **condenando a ser felices** en el país más feliz del mundo, pues estas sanciones y su función no se llevan en la realidad.

## Capítulo 2

### Sección I. El Sistema de Sanciones Penal Juvenil

Con la superación, en nuestra actual Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, de la doctrina de la situación irregular y sus implicaciones, se modificaron, a la vez, las cuestiones relativas a la sanción del delito juvenil. La aseveración actual de que, en el derecho penal juvenil, la punición de las conductas se deriva de la culpabilidad del hecho (y no ya del autor), obligó en su momento al legislador a empapar del principio de legalidad a todo el derecho penal juvenil, estableciendo con claridad descriptiva y temporal, el tipo de sanciones que pueden ser dictadas por el juzgador en esta materia.

El cambio de paradigma devenido con la Declaración Universal de los Derechos del Niño (a) y la posterior materialización de sus principios y mandatos en la legislación natural, implican una renuncia de la sociedad a que la reacción ante el delito penal juvenil sea siempre la medida privativa de libertad y nos obliga a la apertura de otro tipo de medidas reactivas; medidas éstas que, lejos de cumplir con los fines de prevención general asignados a la pena, se preocupan y concentran en los fines de prevención especial.

La finalidad **primordialmente educativa** de la sanción establecida en el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, es el principio rector que abarca tanto al tipo de sanciones, como el poder discrecional que el legislador dio al juez para determinar qué sanción específica elegir en cada caso concreto; alejando al derecho penal juvenil de criterios de peligrosidad y gravedad del hecho, propias del derecho penal de adultos.

La sanción debe ser, entonces, especialmente individualizada; considerando no la gravedad del hecho cometido, sino las condiciones propias de la persona joven concreta sometida al proceso y sus posibilidades y expectativas para mantenerse, en el futuro, fuera de los conflictos con la ley penal. Ése es el núcleo axiológico de la sanción penal juvenil y el eje sobre el cual giran todas las opciones dadas por el legislador al juez.

**a) ¿Pena o sanción?**

En materia penal juvenil, la sanción contiene diversas características que la diferencian, en su esencia, de las penas de los adultos. En primer término, y como un elemento aparentemente tangencial, salta a la vista un tema terminológico: nuestra Ley de Justicia Penal Juvenil denomina sanciones, a las consecuencias del hecho punible, mientras que la denominación habitual, en materia de adultos, es pena.

Aunque, en principio, la distinción podría considerarse inocua, lo cierto es que ha sido motivo de debate. Algunos autores consideran que, a pesar de que la doctrina moderna reconoce a los niños (as) y adolescentes, como sujetos penalmente responsables, éstos continúan manteniendo, en esencia, su condición de inimputables, en razón de las características propias de su edad y por encontrarse en un proceso de maduración y formación inconcluso. Esta condición singular de los sujetos, implica una condición singular de las consecuencias del hecho, que obliga a comprender la naturaleza distinta de dicha consecuencia, como una sanción educativa y no propiamente como una pena. La pena, se dice, es característica de la responsabilidad penal de los adultos, por ser imputables, mientras que la sanción se adecúa de forma más adecuada a la responsabilidad penal especial que se les ha adjudicado a los menores.

Al efecto, manifiesta Bolaños González: *“En cambio, decir que de ahora en adelante los adolescentes son penalmente responsables aún cuando mantienen su condición de inimputables, sin mirar esta afirmación a la luz del modelo jurídico de los imputables, es reconocer verdaderamente, y no sólo teóricamente, que los adolescentes solo pueden ser sujetos de penas penales de naturaleza muy especial y en este aspecto juega un importante papel la cuestión de la naturaleza de las sanciones que consagra esta ley, las cuales se orientan a partir de un profundo sentido educativo. (...) La razón por la cual no pueden considerárseles imputables es porque su proceso de crecimiento físico, social o intelectual no ha alcanzado el nivel que permita adjudicarle una pena de carácter penal que*

*pueda llegar a arrojar resultados satisfactorios*".<sup>19</sup> (El resaltado es propio)

No obstante, a pesar de que nuestra legislación habla en su texto de sanciones y no de penas, y de que, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, habla de "medidas", lo cierto es que lo impuesto es una pena, de ejecución obligatoria por parte del menor y cuyo cumplimiento implica la finalización absoluta de la intervención del aparato penal.

La sanción comporta además un carácter negativo, en tanto limita los derechos del individuo y en ese sentido responde también a los criterios de la prevención general.

Su incumplimiento, por el contrario, abre la posibilidad de imposición de penas más gravosas (en los casos en los que no se ha dispuesto la privación de libertad).

La denominación eufemística de "sanción especial" o "medida", pareciera incongruente con el esfuerzo de transparencia y honestidad procesal y sustantiva que se ha pretendido con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la posterior promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

No compartimos, entonces, la tesis que parte del sostenimiento de la inimputabilidad del menor, sujeto solamente de sanciones de naturaleza penal "especial"; mas no de penas.

Admitir, como bien se ha hecho, que los niños (as) y adolescentes son sujetos penalmente responsables (en las edades y condiciones que establece la ley), a los cuales se les deben respetar los derechos y garantías procesales propios de un derecho penal democrático, nos obliga, a su vez, a admitir directamente que la consecuencia establecida por el Estado para los hechos típicos, antijurídicos y culpables realizados por un menor de edad es una pena.

---

19 Bolaños González, M. (2001). Naturaleza Jurídica de las Sanciones en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. *Revista Cenipec*. 20. Enero - Diciembre. Venezuela.

La singularidad de esa pena, por sus fines concretos y las específicas condiciones del sujeto infractor, son temas independientes que no deben llevarnos a error. La pena, en materia penal juvenil, en efecto, se encuentra inspirada en fines distintos que la pena de los adultos; su variedad y aplicación, ciertamente, es totalmente distinta a las penas establecidas a los adultos.

Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a negar—erróneamente, en nuestro criterio—que se trata también de una pena. La negación de su carácter de pena, sustituyéndola por vocablos menos agresivos, pareciera un resabio indeseable de la doctrina de la situación irregular que en nada conviene al desarrollo que se pretende de esta materia.

***b) El principio del interés superior del menor como eje de la pena.***

Desde los tiempos de vigencia de la doctrina de la situación irregular, ha imperado, en el derecho sancionatorio juvenil, el concepto del interés superior del niño o del menor. La diferencia con el cambio de paradigma hacia la doctrina de la protección integral, radica en el enfoque que ahora se mantiene acerca del contenido de eso que denominamos interés superior del menor.

En nuestro ordenamiento jurídico existen varias disposiciones normativas que, de forma expresa, indican la vigencia y obligatoria observación, en los casos concretos, del principio de interés superior del menor. En la materia aquí analizada, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, párrafo primero, indica:

*“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño**”.*



Por su parte, la Ley de Justicia Penal Juvenil, expresamente lo contempla en su artículo 7, que reza:

*“Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su **interés superior**, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho”.*

Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 5, expresamente indica:

*“Toda acción **pública** o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, **deberá considerar su interés superior**, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en **procura del pleno desarrollo personal**. La determinación del interés superior deberá considerar:*

***b.1)** Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. **b)** Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. **c)** las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve. **d)** La correspondencia entre el interés individual y el social”.*

Según Cillero Bruñol, la formulación actual en la Convención de los Derechos del Niño –la cual es mantenida por la legislación costarricense– contiene las siguientes características:

- Es una garantía de que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a instituciones públicas y privadas y a las madres y padres;
- Es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos;

•Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, contribuyendo, al perfeccionamiento de la vida democrática.<sup>20</sup>

El principio del interés superior del menor adquiere especial importancia en el tema del presente trabajo, pues la pena, como consecuencia del hecho punible, debe estar encaminada a cumplir con los preceptos de este principio fundamental de la materia. La pena que se imponga a un menor de edad, si bien cumple las funciones de prevención general a través de la limitación de derechos fundamentales, debe dirigirse, especialmente, hacia la reinserción del sujeto en su familia y la sociedad, a través de penas que le permitan culminar con éxito su proceso de socialización e integración y logre mantener, en el futuro, un comportamiento conforme a Derecho. En ese sentido, el interés superior del niño actuaría como garantía para los menores, según lo expuesto anteriormente.

La pena, como reacción del Estado ante el delito, se convierte así en una acción de política pública, determinada y ejecutada por entes públicos. En ese sentido, la pena misma se encuentra, por disposición de normas internacionales y legales, sometida al control del cumplimiento del interés superior del menor.<sup>21</sup> Se cumple así la función limitadora derivada de la *gran amplitud* de la obligación de respetar el principio. Sin duda, esta apuesta que el legislador hace por la niñez y la adolescencia, responde a la suprema necesidad de proveerles atención especial y el derecho de que a éstos se les proporcionen respuestas que favorezcan y atiendan su especial consideración de menores de dieciocho años de edad.

El principio del interés superior del menor, da vida a su principio derivado: el principio educativo de la pena. Dicho principio empapa la acción del legislador

20 Cillero Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Editorial Temis.

21 Zapata López, R. (2004). Principios y garantías del proceso penal de adolescentes. Brevarios Jurídicos. Managua: Editorial Hispamer.

en cuanto a los tipos de pena, su elenco, duración y supuestos de aplicación. Asimismo, alcanza al juzgador, quien debe considerarlo en el momento de elección de la pena para el caso concreto y lo propio puede indicarse respecto de las autoridades encargadas de la ejecución.

En relación con este principio medular de la justicia penal juvenil, existe reiterada y abundante jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, que al respecto, ha dicho:

*“Al respecto esta cámara considera que, las funciones que el artículo 136 de la LJPJ le otorga al **Juez de Ejecución** de la Pena tienen como finalidad de que durante el cumplimiento de la sanción y en los casos que así lo ameriten, el juez de ejecución puede modificar, sustituir o cesar las sanciones impuestas con el propósito de que se adecuen a los principios rectores de la Ley. Se trata de principios como la protección integral, el interés superior del menor de edad y el respeto necesario a sus derechos humanos. El reconocimiento de estos derechos tiene como objetivo asegurar la formación integral del menor; es decir, una formación que abarque todos los ámbitos de su desarrollo, sea en los aspectos sociales, culturales, familiares, psíquicos y jurídicos. Este objetivo debe prevalecer en la aplicación de la ley, según lo establecen los principios de protección y formación integral. Por otro lado resulta lógico concluir que la figura central del Derecho Penal Juvenil es, precisamente, el menor de edad. Es por ello que, para la aplicación de las normas de la ley, se debe tener presente, en todo momento, el interés superior del joven o adolescente para su reinserción familiar y social.”*<sup>22</sup>(El resaltado es propio)

### **c) El principio socio educativo de la pena:**

En materia penal juvenil, la pena tiene un fin eminentemente educativo. Se pretende, a través de ella –a razón de medio-fin- que la persona menor de edad pueda adquirir herramientas que le permitan lograr o culminar el proceso de socialización adecuado y se mantenga, en el futuro, libre de conflictos con la ley penal. No hablamos ya, de la función re-socializadora de la pena, en razón de

---

22 Resolución número 2000-00604, del 4 de agosto de 2000.

que los niños (as) adolescentes no han culminado su proceso de desarrollo físico, psíquico y social, por lo que sería impropio hablar de re-socialización de una persona que no ha culminado ese proceso.

Se reconoce, no obstante, que tras la comisión de un hecho delictivo y el paso por el sistema de justicia penal, la pena persigue la reinserción del sujeto a la familia y la sociedad. La sanción penal juvenil tiene un fin eminentemente pedagógico y el objetivo fundamental del amplio marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que le permitan a la persona menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad.<sup>23</sup>

La finalidad educativa de la pena, se plasma desde la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 40, párrafo primero, indica:

*“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.* (El resaltado es propio)

A partir de este postulado general establecido por la Convención, la Ley de Justicia Penal Juvenil recoge expresamente el principio de la finalidad educativa de la pena. En efecto, el artículo 123 de dicha ley, indica:

*“Las sanciones señaladas **deberán tener una finalidad primordialmente educativa** y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa”.* (El resaltado es propio).

---

23 (Burgos, 2011). Hay dos libros del mismo autor en el 2011.

La finalidad educativa de la pena, también ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en un esfuerzo por darle más determinación y contenido a una frase que el legislador dejó imprecisa y que, sin duda, su ambigüedad puede prestarse a abusos y arbitrariedades. La resolución 2009-243 de las quince horas con cincuenta y cinco minutos del 4 de marzo de 2009, emitida por el Tribunal de Casación Penal, indicó:

*“En ese sentido, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 133 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en esta materia las sanciones deben tener un finalidad primordialmente educativa, de modo que su ejecución debe estar dirigida a establecer acciones sociales necesarias para permitirle al menor de edad su permanente crecimiento personal y el desarrollo de sus capacidades, así como la reinserción en la familia y la sociedad”.* (El resaltado es propio).

La función o principio educativo de la pena en materia penal juvenil, implica su consideración y análisis, no sólo a efectos de su imposición, sino también en cuanto a sus consecuencias. La finalidad educativa de la pena adquiere especial trascendencia en el momento de su ejecución, momento procesal en el que se determina el cumplimiento o no de los fines de prevención general y especial.

El principio educativo obedece, principalmente, a funciones de prevención especial. En efecto, la función primordialmente educativa de la pena, conlleva a que su naturaleza sea eminentemente preventiva y no represiva. Se trata de imponer penas que permitan la concientización del menor y su familia de que el hecho cometido es ilícito y evitar así la reiteración o continuación delictiva. En razón de ello se ha cuestionado desde la doctrina que las penas privativas de libertad –internamiento- contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense (de hasta 10 años para los menores entre 12 y 15 años, y de hasta 15 años para los menores entre 15-menos 18 años), sean acordes al principio educativo y a los fines de la prevención especial. A este respecto, no pueden obviarse las preguntas: ¿Qué fin educativo concreto persigue una pena de 15 años de internamiento? ¿Qué herramientas está brindando el Estado a una persona menor de edad para que se reintegre a su familia y la sociedad, tras 15 años de internamiento?

El fin preventivo pierde sentido y vigencia en el establecimiento de estas medidas. Tras 10 o 15 años de internamiento, en un Centro Especializado, primero, y luego en el sistema penal de adulto-joven y adultos; el sujeto ya concluyó su proceso de socialización dentro de la cárcel, lo cual, incrementa sensiblemente la posibilidad de que exista reiteración delictiva.

Al respecto, señala Llobet Rodríguez: “En un aspecto trascendental la ley aprobada, como *consecuencia de los llamados de ley y orden*, que reclamaban por un endurecimiento de la reacción estatal con respecto a los hechos delictivos violentos cometidos por jóvenes, se apartó del proyecto. La reforma ha sido sujeto de grandes críticas, llegando a afirmarse que con esta medida nuestro país se convirtió en uno de los *más represivos* en materia penal juvenil”.<sup>24</sup>

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de la pena prevista<sup>25</sup>, en una consulta planteada por un Juzgado Penal Juvenil, con apoyo de la Procuraduría General de la República, atendiendo, precisamente, a que dicha pena, es ajena al principio de proporcionalidad y contrario al principio educativo que rige la pena en materia de niños (as) y adolescentes.

No obstante, el análisis jurídico realizado por la Sala se concentra respecto al tema de la proporción de la pena –en relación con la penalidad de los delitos en el derecho penal de adultos- y deja de lado el análisis del principio y finalidad educativa, así como los fines de prevención especial en esta materia.

#### *d) El Principio de flexibilización y la diversidad de las penas*

A diferencia del derecho penal de adultos, en el que la pena se sólo puede ser privativa de libertad o de días multa, en el derecho penal juvenil, impera lo contrario: la diversidad de penas creadas por el legislador. Es en ese amplio y diverso marco establecido por la Ley de Justicia Penal Juvenil, que debe moverse

---

24 Llobet Rodríguez, J. (2007). Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. Humanismo y Derecho Penal. San José: Editorial Jurídica Continental.

25 Ver al efecto el voto 2743-99, de las once horas con treinta y tres minutos del 16 de abril de 1999.

el juzgador a fin de establecer la que mejor se adecue a las condiciones del caso concreto, de conformidad con los requerimientos expresos de la ley y siempre con respeto a los principios medulares anteriormente expuestos.<sup>26</sup>

El sustento normativo de la diversidad de las penas en el derecho penal juvenil, aparece desde la Declaración de los Derechos del Niño, que en su artículo 40 in fine establece en relación con las penas:

*“Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.*

En el caso de la legislación costarricense, los tipos de sanciones que puede aplicar el juzgador se encuentran determinados en su artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que indica:

*“Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones:*

*a) Sanciones socio-educativas.*

*Se fijan las siguientes:*

- 1. Amonestación y advertencia.*
- 2. Libertad asistida.*
- 3. Prestación de servicios a la comunidad.*
- 4. Reparación de los daños a la víctima.*

---

<sup>26</sup> Burgos, (2011). Hay dos libros del mismo autor y del mismo año.

*b) Ordenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:*

- 1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.*
- 2. Abandonar el trato con determinadas personas.*
- 3. Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.*
- 4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.*
- 5. Adquirir trabajo.*
- 6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito.*
- 7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.*

*c) Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes:*

- 1. Internamiento domiciliario.*
- 2. Internamiento durante tiempo libre.*
- 3. Internamiento en centros especializados... ”.*

Mediante la diversidad del elenco de sanciones imponibles, así como las consideraciones personales del autor del hecho, el juzgador puede y debe establecer la sanción que mejor contribuya a la educación y formación de la persona menor de edad y que le permita restablecer su vínculo con la familia



y la comunidad. Se trata, en definitiva, de abandonar la arraigada idea de que la corrección de toda conducta delictiva se logra sólo mediante la privación de libertad.

Las sanciones son entonces de tres tipos:

- Sanciones socio-educativas, cuya finalidad es puramente preventiva.
- Órdenes de orientación y supervisión, cuya finalidad es lograr la prevención mediante la modificación o variación de condiciones perjudiciales en el entorno del menor.
- Sanciones privativas de libertad, cuya finalidad es mayormente represiva, mediante restricciones parciales o totales de la libertad.

La diversidad de las penas encuentra su fundamento en el denominado principio de flexibilización, que persigue, precisamente una reacción distinta, diversa y diferente por parte del sistema de justicia penal juvenil al delito, así como la celeridad en los trámites y gestiones de orden judicial.

En relación con la pena, el fin primordial de la flexibilización y la diversidad, es evitar la imposición de penas privativas de libertad al menor de edad. Se trata de que el juzgador encuentre en la ley otras opciones menos lesivas y gravosas, mediante las cuales la persona menor de edad pueda encontrar las herramientas necesarias para su reinserción en la familia y la sociedad; entendiéndose que, en esta materia, la privación de libertad corre la suerte de *última ratio* dentro de la *última ratio*.

Un sistema concebido así concebido tendría suficiente flexibilidad y variedad de la reacción penal que ayude a cumplir efectivamente con fines educativos, eso sí, esta flexibilización debería siempre de enmarcarse dentro de los principios de legalidad además de caracterizarse por ser un proceso limpio y transparente.

***e) La determinación e individualización de la pena.***

El juzgador en materia penal juvenil se encuentra claramente dirigido por el legislador respecto de cuáles son los elementos que debe sopesar a la hora de determinar la pena en el caso concreto.

En efecto, el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece dichos lineamientos:

*“Para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta:*

- a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible.*
- b) La comprobación del acto delictivo.*
- c) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo.*
- d) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta.*
- e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales.*
- f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños”.*

Claramente los parámetros establecidos en la ley responden al imperio del interés superior del menor y, sobre todo, al principio o finalidad educativa de la pena. Nótese que, a diferencia del derecho penal de adultos, no se debe tomar en consideración, para la determinación de la pena, la gravedad del hecho ni el grado de participación del menor en el hecho delictivo.

Lo anterior, adquiere importancia meridiana pues se habilita al juzgador para imponer la menor de las sanciones aún en el caso de delitos de alta gravedad como el homicidio o la violación. La ley no establece en relación con las sanciones los delitos en que podrían ser dispuestas, de modo que serían aplicables a cualquier delito, siempre que no vulnere el principio de proporcionalidad, unido a que se le otorgue al principio educativo el carácter prioritario en la fijación.

Al respecto, ha indicado la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:

*“Importante es que la sanción de internamiento en centro especializado, prevista en el Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, no es de aplicación “automática” cuanto se trata de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores con pena de prisión superior a seis años, por ejemplo en los supuestos del delito de homicidio simple (Art. 111 del Código Penal). Así se señala en el artículo mencionado que dicha sanción “puede” ser aplicada en el supuesto indicado. Ello hace necesario que el juzgador analice el por qué en el caso concreto corresponde aplicar la sanción de internamiento en un centro especializado y no otro tipo de sanción, tomando en cuenta el “carácter excepcional” que expresamente le asigna el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil al internamiento. Debe indicarse que el Derecho Penal Juvenil se diferencia fundamentalmente del Derecho Penal de Adultos en el régimen de sanciones, puesto que frente a la rigidez de montos máximo y mínimo de la pena privativa de libertad que existe en el Derecho Penal de Adultos, el Derecho Penal de Menores de lo que se ocupa en lo concerniente a la pena de internamiento es de fijar el monto máximo, pero no precisa montos mínimos, y ni siquiera prescribe, como se indicó arriba, que necesariamente deba imponerse una pena de internamiento en los supuestos de hechos dolosos sancionados en la legislación penal con pena superior de seis años, puesto que podría acudir a otro tipo de sanciones”.* (El resaltado es propio).

Lo que determinará entonces la sanción a imponer son las circunstancias del caso concreto y, en específico, las condiciones específicas del menor involucrado, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, lo cual de ninguna manera implica una relajación del deber del juzgador de fundamentar sus decisiones. Así lo ha ratificado el Tribunal de Casación Penal:

*“Tratándose de materia penal juvenil, es claro que los criterios para la determinación de la sanción deben ser lo suficientemente amplios para romper con los límites que existen en materia de responsabilidad penal para adultos **en el sentido de darle una respuesta individual y particular, según las circunstancias no sólo del hecho que se juzga sino, más aun, de las condiciones personales del joven imputado. En ese contexto es que debe entenderse el principio de interés superior del menor, que consagra el artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, así como la búsqueda de alternativas para la reinserción del mismo a su familia y a la sociedad. Precisamente, es este marco orientador el que hace una diferencia sustancial respecto de los parámetros para la fijación de la pena en adultos, que se mantiene en límites mínimos y máximos fijos y que de por sí ya implican una valoración previa del legislador respecto a (sic) acción que se está reprimiendo. Lo anterior, sin embargo, no implica que el Juzgador no esté obligado a valorar todos los aspectos relevantes para justificar una sanción determinada. En concreto, el control de la casación versará, entre otros posibles aspectos, en verificar si los argumentos que se hayan utilizado están acordes o no con ese deber de fundamentación (...) No desconoce esta Cámara que se trató de un hecho grave en tanto fue un homicidio, pero, a su vez, las circunstancias del menor (sic) justificaban que se le diera otra oportunidad. La función del análisis de reprochabilidad en materia penal juvenil no consiste en dar un mensaje de prevención general o especial negativos sino en considerar elementos del caso concreto que permitan un pronóstico favorable a la persona en cuanto a su reinserción social y la oportunidad de alcanzar objetivos provechosos en un contexto de libertad.”***<sup>27</sup>

De tal suerte que, aunque en sentido estricto, delitos de alta gravedad podrían perfectamente merecer una pena socioeducativa, el juzgador debe siempre y en cualquier caso justificar su decisión en relación con las exigencias del artículo 122 de la Ley de Justicia Pena Juvenil.

---

<sup>27</sup> Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2008-0129 de las 15:20 horas del 8 de febrero del 2008.

Ello deriva de la garantía reconocida a los menores de que se presume su inocencia, lo cual conlleva a la correlativa obligación de los órganos jurisdiccionales de exponer los motivos por los cuales se considera destruida esa presunción. Ambos elementos, presunción de inocencia y deber de fundamentación en cuanto a la pena, responden a la adopción de la doctrina de la protección integral y de responsabilidad por el hecho y el consecuente abandono de la responsabilidad por el autor, propia de la doctrina de la situación irregular. Hemos de tener en cuenta que uno de los derechos o garantías fundamentales es que se le imponga una medida tras un juicio fundamentado “sobre las bases de la responsabilidad por el acto” y rige en este proceso el principio de culpabilidad o responsabilidad y de proporcionalidad.<sup>28</sup>

Por las condiciones concretas del derecho penal juvenil y la exigencia de sus principios rectores (y sus derivados), la fundamentación de la pena exige, por parte del juzgador, la exhibición no solo de los motivos de orden jurídico que dieron a la decisión, sino también de las motivaciones de orden sociológico a los que debe atender la pena. En ese sentido, no es exagerado indicar que se trata de una fundamentación compleja, en la que el juez debe colmar los intereses jurídicos individuales y sociales propios de la materia que nos ocupa.

Los parámetros de la vida y conducta **anterior** del menor, así como su realidad personal, familiar y social en el momento de ejecución de la sanción revelan la función educativa de la sanción y la preponderancia de las funciones de prevención especial de la pena, en la que se toman en consideración aspectos de carácter concreto individual del sujeto, así como su capacidad de cumplir la sanción impuesta y las circunstancias de su entorno que, eventualmente, podrían potenciar u obstaculizar el cumplimiento de la pena.

En relación con el inciso a) del artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil –relativo a conducta anterior al hecho-, conviene realizar un análisis más detallado.

---

28 Tapia Parreño, J. (2006). La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil. Textos de apoyo jurídico, número 13, Proyecto de Fortalecimiento de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. San Salvador.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ha establecido para la materia penal juvenil, la **“teoría del no rebasamiento de la culpabilidad”** en la determinación de la pena.<sup>29</sup>

De conformidad con dicha teoría la culpabilidad implica el establecimiento de una “techo” para la imposición de la pena, en respeto de la proporcionalidad entre hecho y sanción y el grado de reproche en el caso concreto. Lo anterior conlleva que, nada obsta y es perfectamente válido, que el juzgador imponga una pena inferior a la culpabilidad, pero nunca, la pena puede rebasar la culpabilidad. Esta teoría adquiere especial relevancia en nuestra materia, pues, en atención del principio educativo y los fines de la prevención especial de la pena, puede hacerse necesario, con relativa regularidad, imponer penas por debajo del grado de culpabilidad del sujeto.

Con base en la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad el Tribunal de Casación Penal ha dicho que no puede considerarse la conducta anterior o posterior a hecho del joven, ello para agravarle la sanción, sino esa conducta solamente podría justificar una sanción menor.

Nótese la importancia de este aspecto, pues, no es posible atender a argumentos de reiteración delictiva<sup>30</sup> para la fijación de la pena, pues ello sería utilizar la conducta anterior del individuo como agravante, rebasando así, la culpabilidad en el caso concreto.

---

29 Ver al efecto, el voto 781-F-97 del Tribunal de Casación Penal de San José, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos 1 de octubre de 1997, que indica: “Lo anterior obedece a que en la imposición de sanciones en el Derecho Penal Juvenil no solamente debe atenderse a la pena adecuada a la culpabilidad del menor, conforme al Art. 122 de la Ley Penal Juvenil, puesto que se puede imponer una pena inferior a la que correspondería a la culpabilidad del menor tomando en cuenta la finalidad primordialmente educativa que deben tener las sanciones (Art. 123 de la Ley Penal Juvenil)” (El resaltado es propio).

30 Aunque es sabido que materia penal juvenil no existe registro de delinquentes, precisamente por encontrarse excluida de la ley la utilización de estos parámetros; la reafirmación de la teoría de comentario viene a reforzar dicha posición.

## Sección II. Penas Establecidas en la Ley de Justicia Penal Juvenil

### *a) Sanciones socioeducativas:*

La finalidad esencial de estas penas es la prevención. Además, cada una de las medidas es primordialmente educativa y podrá complementarse con intervención de la familia y de expertos especialistas en un área determinada.

Con la aplicación de estas medidas debe garantizarse:

- 1) El respeto a los derechos humanos;
- 2) La formación integral del adolescente;
- 3) La búsqueda de su adecuada convivencia familiar y social.<sup>31</sup>

Mediante la imposición de una serie de medidas obligatorias se pretende concientizar a la persona menor de edad acerca de la ilicitud del hecho cometido y contribuir a una mejor socialización y evitar la reincidencia. Nuestra legislación establece 4 sanciones socioeducativas, las que, junto a las órdenes de orientación y supervisión, se consideran de orden prioritario.

#### a.1) Amonestación y advertencia<sup>32</sup>

Es una llamada de atención oral por parte del juez a la persona menor de edad, con la finalidad de exhortarlo a que mantenga, en el futuro, respeto y cumplimiento por las normas de convivencia familiar y social. El juzgador puede pedir, además, la colaboración de los padres o tutores, para que éstos provean al menor de las condiciones que le permitan mantenerse en estado de cumplimiento de la sanción impuesta.<sup>33</sup>

---

31 Bolaños González, M. (2001). *Ibidem*. Pag.

32 Artículo 124 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

33 Ello en relación con el mandato establecido en el artículo 122 de la ley de que, para el establecimiento de la pena, el juzgador considere la capacidad del menor de cumplir con lo ordenado.

Es deber del juzgador, además, fundamentar debidamente su decisión, así como ser preciso, claro y directo en el momento en que se dirija a la persona menor de edad y su familia, pues lo pretendido es que el autor del hecho comprenda e interiorice la ilicitud de su conducta.

a.2) Libertad asistida<sup>34</sup>

Con la aplicación de esta pena la persona menor de edad permanece en libertad, con la finalidad de que asista a programas educativos y reciba orientación por parte del juzgado respectivo, quien, para ese efecto, recibirá el apoyo de la Dirección General de Adaptación Social a través de los especialistas de su Dirección de Menores. Los programas a los que la persona queda obligada a asistir se determinan para cada caso concreto, acatando las disposiciones de la Ley en cuanto a las consideraciones obligatorias para la imposición de las sanciones. Por la finalidad educativa de la sanción, es entendido que la asistencia a dichos programas no puede interferir en el desarrollo académico o laboral del menor de edad. Esta sanción no podrá establecerse por más de cinco años.<sup>35</sup>

En relación con esta pena concreta, la misma debe entenderse como un aspecto más que el adolescente debe atender dentro de las actividades en que se encuentre, y nunca una medida que se aplica una vez sustraído el adolescente del entorno de sus ocupaciones (estudiantiles, laborales, familiares) personales habituales, en otras palabras la medida se ajusta de alguna forma al sujeto y no al contrario, de manera tal que la asignación de esta medida no se entienda como una irrupción en los espacios de interés de la persona, lo cual estaría muy cerca de ser percibido por ella como una forma de agresión que se traduciría en un rechazo a priori por parte del adolescente.

---

34 Artículo 125 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

35 Inicialmente el texto de la ley indicaba que la duración máxima de esta medida era de 2 años, pero la norma sufrió una reforma mediante ley número 8460 de 20 de octubre del 2005, elevándose el plazo máximo a 5 años.



a.3) Prestación de servicios a la comunidad<sup>36</sup>:

Mediante esta pena la persona menor de edad queda obligada a brindar servicios gratuitos en instituciones públicas o privadas de interés general (hospitales, orfanatos, parques nacionales, escuelas,). Las labores a realizar, así como el lugar que se determine para ello, deben hacerse en razón de las aptitudes y potencial de la persona menor de edad, de tal manera que se asegure el carácter personal de la sanción y respetando siempre el principio de la dignidad de la persona humana.

Para su aplicación, la persona menor de edad debe prestar su consentimiento y, en la medida de lo posible, la pena de ejecutarse en un lugar que se encuentre debidamente acondicionado y cumpla con las condiciones necesarias para recibir al joven condenado. Respecto a este tema es relevante indicar que en Costa Rica no existe una estructura adecuada que permita el acceso de los menores a esta pena con mayor facilidad. La falta de coordinación entre instituciones y el desconocimiento por parte de los funcionarios y los propietarios (en los caso de instituciones privadas), ha conllevado una limitación que debe ser superada.

Su ejecución no puede implicar limitaciones u obstáculos a las actividades escolares o laborales de la persona, por lo que la Ley establece que el máximo de horas a imponer por semana es de 8 y que la sanción debe ejecutarse, según las condiciones concretas del menor, en fines de semana o días feriados. Su duración máxima es de seis meses. El servicio que debe prestar el adolescente en calidad de cumplimiento de sanción debe pasar previamente por la consideración del sujeto al que va destinada la medida, de las condiciones de la persona, de sus aptitudes y de sus capacidades, es decir, de la disposición e idoneidad del sujeto de ejercer cierta actividad de manera que ésta no debe entenderse como una medida «in abstracto» sino que su aplicación precisa de la revisión de las particularidades del sujeto que está obligado a cumplirla.

---

36 Artículo 126 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

a.4) Reparación de daños<sup>37</sup>

La reparación de daños a la víctima consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad a favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del juez. Con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, esta pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el juez deberá fijar, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho.

En estos casos, se procura que el dinero provenga del esfuerzo propio del joven y se buscará que no se provoque un traslado de la responsabilidad personal del adolescente hacia sus padres o representantes.<sup>38</sup>

***b) Órdenes de orientación y supervisión:***

Con este tipo de medidas se busca reducir al máximo la intervención del sistema penal mediante sanciones de ejecución ambulatoria, que a la vez tienen la positiva consecuencia de que, en muchos casos, el joven no será sustraído de la supervisión de sus padres o responsable.

Técnicamente, estas sanciones pueden aplicarse como medida definitiva en la fase de ejecución del proceso penal juvenil, y como medida alterna. Asimismo, podrá ser utilizada como medida sustitutiva de la detención provisional según el artículo 87 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y no podrán exceder de un período de dos años de conformidad con el artículo 128 de la misma ley.

---

37 Artículo 127 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

38 Tiffer, C. y Llobet, J. (1999). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. Con jurisprudencia nacional. San José: UNICEF- ILANUD – CE.

b.1) Instalar en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él<sup>39</sup>:

Esta medida consiste que se prohíbe al adolescente el residir en un lugar determinado cuando se compruebe que el ambiente del lugar donde se desenvuelve resulta perjudicial para su sano desarrollo.

El juez penal juvenil debe establecer el lugar donde el joven habrá de residir o donde le estará prohibido hacerlo. Cuando el lugar de residencia no haya sido fijado por el juez penal juvenil, el juez de ejecución de la penal juvenil deberá definirlo con la colaboración de los equipos técnicos<sup>40</sup> designados para esos efectos.

b.2) Abandonar el trato con determinadas personas<sup>41</sup>:

Consiste en ordenarle al adolescente que se abstenga de frecuentar a ciertas personas adultas o jóvenes que estarían contribuyendo a que aquel lleve una forma de vida delictiva. El juez penal juvenil debe indicar, de manera clara y precisa, a cuáles personas debe abandonar el adolescente en su trato o en su convivencia durante el tiempo de vigencia de la sanción. Cuando la prohibición de relacionarse con determinada persona se refiera a un miembro del núcleo familiar del adolescente o a cualquier otra persona que resida con él, esta sanción habrá de combinarse con la prohibición de residencia.

b.3) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados<sup>42</sup>:

Esta sanción consiste en ordenar al adolescente que no asista a ciertos lugares o establecimientos que resulten inconvenientes para su sano desarrollo. Cuando imponga esta sanción, el juez penal juvenil deberá indicar precisa y claramente, cuáles lugares el adolescente debe dejar de visitar o frecuentar. El

---

39 Artículo 121 inciso b) orden 1) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

40 Tiffer, Carlos y otro. Op Cit. Pág. 191

41 Artículo 121 inciso b) orden 2) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

42 Artículo 121 inciso b) orden 3) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

juez de ejecución, por su parte, deberá comunicarle al propietario, administrador o responsable de los locales, que el joven tiene prohibido el ingreso a estos.

Los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados del seguimiento de esta sanción se informarán, sea con el propietario del establecimiento, con los familiares del joven o con cualquier otra persona que les merezca credibilidad, del cumplimiento o no de esta sanción.

b.4) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio<sup>43</sup>:

Se ordena al adolescente, que ingrese o permanezca en algún centro de estudios, sea este de educación formal o vocacional. Al imponer esta sanción, el juez penal juvenil deberá indicar el centro educativo o vocacional al que el adolescente debe ingresar o el tipo de programa educativo alternativo que ha de seguir. Durante el transcurso de esta sanción, los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados del caso deberán informar periódicamente al juez de ejecución de las sanciones de la evolución y rendimiento académico del joven en el centro de enseñanza o en el programa respectivo; además, procurarán el apoyo necesario para que el adolescente continúe con sus estudios.

b.5) Adquirir trabajo<sup>44</sup>:

Esta sanción consiste en ordenar al joven sancionado el ubicarse y mantenerse en un empleo acorde con sus características y capacidades, con el objeto de que el trabajo desarrolle en él actitudes positivas de convivencia social, aumento de su productividad y autoestima. El juez penal juvenil indicará que tipo de trabajo debe desarrollar el joven y donde lo debe aplicar.

---

43 Artículo 121 inciso b) orden 4) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

44 Artículo 121 inciso b) orden 5) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

En todo caso se preferirán aquellos centros de trabajo que se encuentren cerca del medio familiar o social en que se desarrolle el joven. Para tales efectos deberá contarse con una lista de empresas públicas o privadas interesadas en emplear a los adolescentes sancionados con esta pena. Esta actividad deberá cumplirse respetando las regulaciones establecidas en la legislación laboral vigente para el trabajo de jóvenes y adolescentes. Por ningún motivo se permitirá este trabajo cuando resulte peligroso o insalubre.

b.6) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito<sup>45</sup>:

Esta sanción consiste en la prohibir al adolescente el consumo, durante el tiempo de ejecución de la sanción, de este tipo de bebidas o sustancias en cualquier lugar público o privado, para lo cual deberá indicarse el tipo de sustancia o droga de que deba abstenerse. Los funcionarios del Ministerio de Justicia encargados elaborarán un plan para la ejecución de esta sanción, en el que se establecerá la asistencia a cursos, seminarios o programas que induzcan al joven a eliminar el consumo y adicción a ese tipo de sustancias o drogas.

b.7) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas<sup>46</sup>:

Se ordena al adolescente la participación en un programa, público o privado, que lo conduzca a eliminar la dependencia de drogas o de cualquier otro tipo de sustancias que provoquen adicción. El juez penal juvenil indicará el lugar de internamiento o el tratamiento ambulatorio al que deberá someterse el adolescente. Cuando se trata de un centro de desintoxicación privado se requerirá la anuencia del joven.

---

45 Artículo 121 inciso b) orden 6) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

46 Artículo 121 inciso b) orden 7) de la Ley de Justicia Penal Juvenil

### ***c) Sanciones privativas de libertad***

Este tipo de sanciones se dividen en sanciones ambulatorias y estacionarias. Las primeras, incluyen aquellas sanciones que, si bien es cierto se denominan privativas de libertad, no se cumplen dentro de un proceso de institucionalización, sino más bien desde la casa o el domicilio del joven, y buscan además una mínima afectación de sus derechos. Las segundas, están dirigidas a restringir la libertad de circulación y el libre traslado de las personas, manteniéndolas en un recinto durante determinado tiempo.

A diferencia de las ambulatorias, las sanciones estacionarias se caracterizan porque el sujeto a quien se le imponen no puede salir del recinto libremente. Además únicamente se justifica por fines de prevención especial, es decir, para influir en forma particular en la vida futura del adolescente y procurar que se lleve una vida sin la comisión de nuevos delitos.

#### c.1) Internamiento domiciliario es el arresto del menor de edad en su casa de habitación, con su familia<sup>47</sup>

Consiste en la privación de libertad del adolescente que se ejecutará en su casa de habitación con su familia; a aquel no se le permitirá salir de su domicilio por su propia voluntad, sólo con autorización. De no poder cumplirse en su casa de habitación, esta medida se practicará en la casa de algún familiar cercano, familia sustituta o entre privados, previo consentimiento del joven sancionado y de las personas encargadas del lugar seleccionado.

El juez penal juvenil debe indicar el domicilio donde se habrá de cumplir el internamiento. Los funcionarios del Ministerio de Justicia diseñarán un plan de ejecución, donde se fijarán las medidas de control, las cuales deberán de respetar el tiempo que el joven dedica a su estudio, trabajo o descanso, lo mismo que su dignidad e integridad física. Dentro de este plan se programará actividades con el objetivo de fomentar en el adolescente actitudes sanas de convivencia social.

---

47 Artículo 129 de la Ley de Justicia Penal Juvenil

El internamiento domiciliario no debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia a un centro de estudio y su duración no podrá ser mayor de tres años.

### c.2) Internamiento en tiempo libre<sup>48</sup>

Esta medida es la privación de libertad que debe cumplirse en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga el menor de edad en el transcurso de la semana, entendiéndose como tiempo libre, aquel durante el cual el menor de edad no deba cumplir con su horario de trabajo ni asistir a un centro educativo. La duración de esta sanción no podrá exceder de tres años. Acerca de esta sanción, debe entenderse que es una restricción de la libertad ambulatoria que debe cumplirse en un centro especializado durante cualquier momento del día o de la semana en que el joven no esté realizando actividades laborales o de estudio.

Los establecimientos para el internamiento durante tiempo libre no tendrán seguridad extrema, podrán ser públicos o privados, pero deberán estar especializados, con personal, áreas y condiciones adecuadas para el cumplimiento efectivo de esta sanción y se preferirán los más cercanos a la comunidad donde el joven reside.

### c.3) Internamiento en centro especializado<sup>49</sup>

Esta sanción, siendo estacionaria, consiste en la privación de libertad de carácter excepcional y podrá ser aplicada sólo en los siguientes casos:

- Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.
- Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas

---

48 Artículo 130 de la Ley de Justicia Penal Juvenil

49 Artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil

o las órdenes de orientación y supervisión impuestas<sup>50</sup>

En este tipo de sanción, el quantum máximo en centro especializado está determinado según la edad del joven, así:

- Para jóvenes con edades entre los 12 y menos de 15 años, se dispone un plazo máximo de 10 años de internamiento.
- Para jóvenes cuyas edades estén entre los 15 y menos de 18 años, un plazo máximo de internamiento es de 15 años.

Para Tiffer Sotomayor esta sanción resulta extremadamente represiva y señala: *“Por otra parte, en el proyecto de ley original, se fijaba un máximo de duración de tres años para el caso de los adolescentes y de cinco años para los jóvenes. Sin embargo el monto máximo en la Ley se amplía. El aumento es totalmente desproporcional, injusto e irracional y no concuerda con la filosofía que inspiró la Ley. Consecuentemente, la LJPJ puede ser considerada como una de las leyes más represivas de la región”*.<sup>51</sup>

Esta medida posee rasgos especiales que la diferencian de la tradicional pena de prisión del derecho penal de adultos. Así lo dispone la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que en el numeral 9 señala:

*“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva*

---

50 Es importante señalar sobre este inciso del artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que tal parece que el legislador olvidó incluir dentro del mismo, la aplicación del internamiento en centro especializados cuando el menor infractor a incumplido injustificadamente alguna de las otras medidas privativas de libertad, quedando un vacío tal, sobre la procedencia de esta sanción cuando el menor incumpla con las sanciones de internamiento domiciliario o en tiempo libre. Tal parece que, en caso de incumplimiento de estas medidas, no podrá aplicarse la sanción de internamiento en un centro especializado, toda vez que, no podrá aplicársele una sanción más severa, que también sería contraria al principio de legalidad pues la propia ley no faculta bajo ninguna forma según la redacción de este inciso, para la aplicación de dicha sanción estando en esos supuestos que se vienen acotando.

51 Tiffer Sotomayor, C. (1996). Ley de justicia penal juvenil. Concordada y anotada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales. San José: Editorial Juricentro.



*de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño (...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (...)*”.

En igual sentido, el artículo 37 de esa misma Convención señala:

*“Los Estados Partes velarán por que: (...) c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales (...)*”.

Asimismo, las Reglas de Beijing recomiendan que:

*“Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenido adultos”<sup>52</sup>, y que “Los menores confinados en establecimientos penitenciarios se mantendrán separados de los adultos y estarán detenidos en un establecimiento separado o en una parte separada de un establecimiento en el que también estén encarcelados adultos”.*<sup>53</sup>

---

52 Artículo 13 inciso 4 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

53 Artículo 26 inciso 3 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

De esta manera, no se debe homologar o confundir con la pena de prisión establecida para adultos, ya que responde a otras necesidades, presupuestos y fines muy diferentes de los señalados por el Código Penal para adultos. Primero, el lugar de ejecución debe estar acondicionado especialmente para este fin, y han de ser centros diferentes de los destinados a los delincuentes sujetos a la legislación penal común<sup>54</sup>.

Cuando el joven alcance la mayoría de edad y esté cumpliendo la sanción de internamiento en centro especializado, se le deberá trasladar a un centro penal para adultos, pero física y materialmente debe estar en un recinto separado.

Además, los centros de ejecución de esta sanción deberán estar seccionados según las características de los jóvenes, sea por sexo o edad, y de acuerdo con la categoría del internamiento en centro especializado, ya sea, detención provisional o descontando sentencia condenatoria. Debe existir por lo menos un centro especializado para atender a los jóvenes varones y otro para las mujeres. Cada centro debe mantener una sección para los jóvenes con edades entre los 12 y menos de 15 años y otra sección para los jóvenes entre los 15 y menos de 18 años de edad.

---

54 Las reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen una excepción a este principio, con el fin de proteger la integridad familiar. Regla 29: *“En todos los centros de detención, los menores deberán estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia. En situaciones controladas podrá reunirse a los menores con adultos cuidadosamente seleccionados en el marco de un programa especial cuya utilidad para los menores interesados haya sido demostrada”*.

Por último, debe mantenerse en recintos separados a los jóvenes detenidos provisionalmente<sup>55</sup> de aquellos que se encuentran cumpliendo una condena<sup>56</sup>.

En segundo lugar, la sanción de internamiento en centro especializado se caracteriza porque debe cumplir los fines que la Ley de Justicia Penal Juvenil establece para todas las sanciones, o sea, procurar la protección integral y el interés superior del niño, así como los fines de prevención especial.

En tercer lugar, durante el cumplimiento de la sanción de internamiento se debe garantizar que el joven disfrute de todos sus otros derechos, excepto los restringidos en la sentencia. Asimismo, por su especial condición de sujeto en formación. El joven mantiene –además de todos los derechos de que disfrutaban los adultos- derechos especiales, los cuales deben ser respetados aun cuando esté cumpliendo una sanción de esta índole.

En relación con la fase de Ejecución Penal Juvenil, en Costa Rica contamos con una Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles desde el año

---

55 Artículo 58 LJPJ: *“Detención Provisional. El Juez Penal Juvenil podrá decretar, a partir del momento en que se reciba la acusación, la detención provisional como una medida cautelar, cuando se presenten las siguientes circunstancias: a) Exista el riesgo razonable de que el menor de edad evada la acción de la justicia. b) Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba. c) Exista peligro para la víctima, el denunciante o el testigo. La detención se practicará en centros de internamiento especializados, donde estos menores necesariamente deberán estar separados de los ya sentenciados.”* Artículo 59 LJPJ: *“Carácter excepcional de la detención provisional. La detención provisional tendrá carácter excepcional, especialmente para los mayores de doce años y menores de quince y sólo se aplicará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa. La detención provisional no podrá exceder de dos meses. Cuando el Juez estime que debe prorrogarse, lo acordará así, estableciendo el plazo de prórroga y las razones que lo fundamentan. En ningún caso, el nuevo término será mayor de dos meses y el auto en que se acuerde deberá consultarse al Tribunal Superior Penal Juvenil, con remisión de copia de las actuaciones que el Juez estime deben valorarse para disponer sobre la prórroga.*

56 Artículo 139 LJPJ: *“Centros especializados de internamiento La sanción de internamiento se ejecutará en centros especiales para menores, que serán diferentes de los destinados a los delinquentes sujetos a la legislación penal común. Deben existir, como mínimo, dos centros especializados en el país. Uno se encargará de atender a mujeres y el otro, a hombres. En los centros no se admitirán menores sin orden previa y escrita de la autoridad competente. Deberán existir dentro de estos centros las separaciones necesarias según la edad. Se ubicará a los menores con edades comprendidas entre los quince y los dieciocho años en lugar diferente del destinado a los menores con edades comprendidas entre los doce y los quince años; igualmente, se separarán los que se encuentren en internamiento provisional y los de internamiento definitivo”*

2005, y en nuestra sociedad es claramente evidente cada vez con mayor fuerza la exclusión social de los pobres y la autoexclusión de los más adinerados, la comunidad se va segmentando gradualmente, donde se visualiza un único proceso global de fragmentación económica y social y de creciente desigualdad, la metáfora de la modernización carente de significado, funciona simplemente como una pantalla de humo ideológico para lograr la dominación mediante las instituciones del capital global.

De igual forma la fragmentación política va de mano de la exclusión social, la exclusión de los pobres cada vez más grande de los órganos de representación política, de negociación y de compromiso, tiene poco interés para el capital, que ya no necesita entablar dialogo con la oferta laboral cada vez más fragmentada poco capacitada y reemplazable.

Las constantes modificaciones en los entornos de las tendencias han sido muy claras en el impacto con relación a los diferentes entornos sociales y ha impactado en las relaciones sociales del delito donde la fragmentación y el debilitamientos cada vez más notables del sistema. Desencadenando cambios de importancia en la naturaleza delictiva; enmarcándose en tres ejes importantes como puede ser un debilitamiento de los tipos de delitos y delincuentes tornándose más riesgosos donde se adoptan nuevas formas de ver el delito y de quienes lo comenten, haciéndose el delito algo muy común y cotidiano. Ayudando de forma directa a la fragmentación social y a lo que hoy conocemos como inseguridad social o ciudadana, en la cual los jóvenes son una población altamente vulnerable.

La Ley de Justicia Penal Juvenil en 1996 significó un cambio de concepción ideológica, replicado posteriormente en el año 2005 con la entrada en vigencia de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, que como muy bien lo dice el Profesor Henry Issa; La entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil en el mundo jurídico y el cambio de paradigma que ella implica requiere igualmente un cambio de mentalidad de las personas que trabajan con menores delincuentes en Costa Rica". (Henry Issa, 1996).

Se evidencia que ha existido en Costa Rica un cambio complejo en la cultura ideológica y social de la sociedad y de la institucionalidad, como se puede observar en la actualidad se ha dado pasos importantes y significativos desde la puesta en práctica de dicho sistema donde se han alcanzado muchos de los objetivos plateados en ese momento. El papel que han jugado organismos internacionales ha sido de suma importancia por fomentar e impulsar el pleno cumplimiento de los Derechos Humanos en los que se reafirma al derecho de un proceso garantista en pleno respeto al Interés Superior de niño, donde es fundamental el respeto a los principios fundamentales que contempla el nuevo sistema.

Las estrategias preventivas y de intervención deben estar encaminadas a socializar e integrar a todos los menores y jóvenes, principalmente a través de la familia, la comunidad, el grupo de iguales, la escuela, la formación profesional y el mercado de trabajo. Lo anterior confirma que la apuesta por la prevención será la única herramienta y medio para poder formar ciudadanos con mayores valores morales y éticos, así crear una conciencia clara de lo que significa en realidad el delito y su erradicación.

El abordaje para combatir la violencia en la sociedad, tiene diversos márgenes. Y es el momento en que se evidencia que las acciones que ha venido promoviendo el gobierno el tema de la política criminal en materia de prevención, no ha sido del todo asertivas. En la era de globalización que vivimos, cada vez más en el interior de la sociedad del riesgo, y se puede pronosticar un panorama de inseguridad permanente de los individuos que habitan esta sociedad, donde las acciones que se han tomado por los diferentes poderes del Estado parecen brindar respuestas parciales y desarticuladas entre sí.

La política hiper cortoplacista de aumentar el número de policías en la calle, incrementar los centros de detención para privar a más jóvenes de su libertad, y mucho menos la de incrementar las penas que en el caso de Costa Rica ya resultan ser unas de las más altas del mundo, no es la solución para que el sentimiento de temor de la sociedad sea menor, o para bajar los índices de violencia y delitos ya que está comprobado que esto solo genera una respuesta

parcial y de percepción en la población, asimismo, se desequilibra el sistema de justicia penal, se mina seriamente el equilibrio de poderes del Estado, y esto deriva además en la inversión de cuantiosos recursos que deberían destinarse a programas de bienestar social y prevención del delito.

En este sentido las diferentes policías deben procurar que las estrategias que sean fundamentalmente preventivas e integrales, por lo que el acercamiento de la policía a la comunidad debe enfocarse a procurar a la prevención y educación de la población.

Nuestra interpretación sobre el momento actual en Costa Rica respecto de la percepción del delito a nivel social y en los medios de comunicación de masas, es que existe una amarillista alarma creada en la ciudadanía a favor del “rating” y de la búsqueda del sensacionalismo periodístico a toda costa. Paralelamente, estaríamos también frente a un fenómeno de “transferencia” del justificado temor ocasionado por el aumento de estos delitos, a otros delitos, que no aumentan.

El temor creado por la diseminación de información continua sobre otros delitos especialmente conmovedores, sumada a apreciaciones superficiales o equivocadas respecto de su volumen y al efecto multiplicador de los medios de comunicación de masas, estarían haciendo que dicho temor se extienda también a aquellos delitos cuya frecuencia se mantiene estable. Se habla así del aumento de “la” criminalidad sin distinciones, se genera pánico social y se corre el peligro de agravar aún más la situación con la adopción de medidas equivocadas de política criminal, de probada ineficacia en cuanto al objetivo que persiguen, pero de probado efecto dañoso para la sociedad. (Elías Carranza, 2004.)”.

El Derecho Penal juvenil se erige sobre un principio educativo y de protección integral de la persona menor de edad, por lo que toda medida cautelar debería cumplir una función de educativa si desea ser idónea. Es así que la detención provisional también debería cumplir este principio educativo, tratando siempre de garantizarle los derechos fundamentales y mejorar la calidad de vida de las personas menores de edad que infrinjan la ley. No se que tanto la detención provisional realmente se ponga en práctica de desde este principio educativo

como un fin de las medidas, por lo tanto resulta difícil considerar si su aplicación en Costa Rica atenta contra el principio de proporcionalidad.

El combate a la criminalidad es tan sólo una de las funciones concretas que tiene a su cargo el poder Ejecutivo para advertir los delitos, más no la única, Confucio subrayó lo siguiente: “Cuando se le conduce al pueblo mediante disposiciones y órdenes administrativas, y cuando por medio de castigos se procura meterle en razón, ciertamente que el pueblo evitará los delitos, mas no tomará conciencia de que la comisión de delitos es algo de lo que tiene que avergonzarse. Cuando mediante la fuerza de unos principios morales se le guía exteriormente hacia el bien y se vinculan sus actividades externas a un extenso catálogo de formas de comportamiento establecido con el tiempo, entonces tendrá el sentimiento de vergüenza, se apartará del mal y marchará por el camino correcto”.

Lo anterior confirma que la apuesta por la prevención será la única herramienta y medio para poder formar ciudadanos con mayores valores morales- éticos, así crear una conciencia clara de lo que significa en realidad el delito y su erradicación.

Todo persona menor de edad requiere un tratamiento especializado del Derecho de la infancia dentro del marco de las Naciones Unidas se inicia con la declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de dicho organismo el 20 de noviembre de 1959, de contenido claramente proteccionista. Sin embargo, debe reconocerse que la declaración universal de derechos humanos, aprobada por la ONU en 1948, con un afán también proteccionista dijo que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Lo mismo indicado en la declaración americana de los derechos y deberes del hombre aprobada antes.

Es importante en seguimiento a las lecturas indicar que la convención de derechos del niño en materia de garantías penales y procesales resalta la aplicación al juzgamiento de niños y adolescentes de la normativa establecida para la protección de los imputados por el Derecho Internacional de Derechos

Humanos, además de establecer la existencia de derechos adicionales que gozan los menores de edad, lo que ya se extraía del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil se han tratado de corregir las arbitrariedades propias de la doctrina de la situación irregular. Así se ha realizado una comparación entre las garantías previstas en las Convenciones de Derechos Humanos de carácter general y la Convención de Derechos sobre el Niño y los otros instrumentos internacionales que la complementan. Se indica por ello que se reconocen en la justicia penal juvenil principios como el de humanidad, legalidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, contradictorio, presunción de inocencia, inviolabilidad de la defensa, impugnación, legalidad del procedimiento.

El derecho Penal Juvenil tiene algunas reglas particulares de carácter procesal basadas en el principio educativo, es importante observar que lo característico de dicho Derecho se encuentra en el aspecto sancionatorio, que corresponde al Derecho sustantivo, puesto que con respecto a éste es que el Derecho Penal Juvenil presenta una regulación propia que hace no aplicable el Derecho Penal de adultos subsidiariamente, tal y como ocurre con respecto a la teoría del delito o las normas procesales. Por lo que lo característico del Derecho Penal Juvenil impulsado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es importante hacer mención a los principios que las rigen, consecuencia en última instancia del principio educativo. Estos son: prevenir antes que sancionar, prioridad de las formas de desformalización de la justicia penal juvenil, preferencia de las sanciones no privativas de libertad y vigencia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

En el caso del Derecho Penal Juvenil costarricense, al aprobarse en la Asamblea Legislativa la ley de Justicia Penal Juvenil, los legisladores se apartaron del criterio de los técnicos expresado en el proyecto de ley y aumentaron drásticamente la duración máxima de la sanción de internamiento, estableciendo el máximo de 10 años para los mayores de 12 y menores 15, y en 15 años para quienes tuvieran una edad mayor de 15 pero menor de 18 años.



Importante es que ese aumento de la duración de la sanción de internamiento, satisfizo a la opinión pública por unos días. Sin embargo, cuando la prensa continuó informando de nuevos hechos delictivos en los que estaban involucradas personas menores de 18 años, el efecto alentador dejó de funcionar.

Se observan como reglas mínimas de las Naciones Unidas de la Justicia de Menores en su numeral 18.1 indican: “Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicar simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos.

Los diferentes escenarios de delitos y la insaciable violencia en la que se ven envueltas personas menores de edad producto del mismo ambiente en el cual se desenvuelven, no necesariamente tiene que ver a que se tenga una Ley endeble o encubridora que favorece al delito, la gran problemática es que no se aborda el eje de la Prevención del Delito y Violencia, lo que produce que las buenas intenciones que encierran el espíritu de las reformas en materia penal juvenil no caigan en tierra fértil, ya que la voluntad política y la capacidad de la institucionalidad no establezca lo necesario en el fortalecimiento en materia económica, social y cultural, para que los niños, niñas y adolescentes se desarrollen adecuadamente y puedan ejercer plenamente sus derecho y obligaciones.

Al mismo tiempo el Estado debe realizar un abordaje intenso y continuo en lo que se refiere a la atención y protección que son las acciones de respuesta ante la intimidación y consecuencias inmediatas de la violencia y el delito. Por lo tanto el ciudadano debe tener una respuesta pronta y oportuna ante toda situación que amenace los derechos y libertades de las personas. Creo que es sencillo

reconocer que la inseguridad es el resultado de la articulación de vulnerabilidades específicas entre las que destacan la falta de oportunidades de educación, de recreación, de capacitación y de empleos de calidad, de posibilidades concretas y equitativas de ejercer los derechos sociales, económicos y culturales.

Supera entonces, la tendencia meramente reactiva en el abordaje, convocando a una organización de todos los actores de la Nación, para promover la paz y la convivencia armoniosa y respetuosa, y desde ella, contribuir al desarrollo humano sostenible en especial de nuestros niños, niñas y adolescentes.

La Ley de Justicia Penal Juvenil en nuestro País, fue complementada por la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles; poniendo en desarrollo los programas y la especialidad del sistema de Justicia Penal Juvenil que se establece en la legislación al respecto, se puede decir que se acomoda convincentemente en la respuesta que debe dársele al Delito, la Violencia y las sanciones en materia penal juvenil. Pero la Prevención de la Violencia y el delito es un eje que sobrepasa los mecanismos disponibles en el Sistema Penal y la Ejecución de las Sanciones, es un gran compromiso que ha asumido el estado que se tiene que asumir desde la Política Social de forma interinstitucional e integral.

El derecho penal juvenil ha sido conceptualizado, por juristas y criminólogos como un instrumento del sistema de control social de las personas menores en conflicto con la norma penal. Hay quienes han indicado que representa el denominado “nacimiento social” de los adolescentes. Nacimiento que comporta:

- comprender la dimensión e implicación social y comunitaria de su actuar
- y adquirir competencia social, ya que con el nacimiento biológico no se comprenden de forma innata las normas básicas de convivencia (algunas de las cuales subyacen al derecho penal) ni se sabe tampoco cómo comportarse de forma adecuada en el entorno social. La comprensión de las normas y la adquisición de competencia social sólo se irá progresivamente produciendo con el aprendizaje normativo-cultural a lo largo de los primeros años de la vida. (Landa, 2004).

El interés y actualidad de esta mención obedece a la reciente aprobación en Costa Rica de la puesta en vigencia de la Ley de Ejecución de las sanciones Penales Juveniles, la cual entró en vigencia a partir del 28 de noviembre del 2005 y que ya ha generado interesantes discusiones sobre su implementación y efectividad.

A pesar de que a partir del año mil novecientos noventa, con la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, Costa Rica asumió el compromiso de establecer un sistema jurídico penal especial para los menores de edad que cometen delitos, el cual debía adaptarse a los principios rectores contenidos en ésta normativa, (cambio de paradigma, en tanto se ve a la persona menor como un sujeto capaz de tener derechos y obligaciones), posteriormente, con la puesta en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil número 7576 en el año 1996, quedó pendiente todo lo concerniente a la ejecución de las sanciones penales juveniles, que ahora se ve culminado con la Ley 8460. Como veremos en este trabajo, la idea preventivo general o especial positiva *“no se agota en la amenaza que el anuncio de la imposición de una pena inspira al potencial infractor para disuadirle de cometer un hecho penalmente relevante prevención general negativa); junto a ella, convive un mensaje de consolidación de la validez de la norma jurídico penal como un mecanismo idóneo para garantizar la convivencia comunitaria (prevención general positiva). Esta última prevención pretende la afirmación positiva del Derecho penal que asiente la “conciencia social de la norma”, la “confirmación de la vigencia de la norma” o la “ratificación de una actitud de respeto por el Derecho”*(Tiffer, 1999).

La ejecución penal de las sanciones penales juveniles contienen todos los presupuestos preventivos del derecho penal y es en esta etapa donde se materializan los fines de la sanción, es por ello que la promulgación de la ley es motivo de regocijo para quienes trabajamos con jóvenes infractores pues es en la etapa de ejecución donde se evidencia que el aprendizaje normativo o proceso de socialización tiene distintas fuentes antes y por encima del derecho penal juvenil el cual no puede entenderse sin el contexto de normas (sistemas normativos) morales, éticas o sociales que desde el principio de la vida van

siendo transmitidas por diversos agentes (sujetos de socialización) desde el entorno familiar y comunitario conforme a diversas estrategias (preventivas, represivas...). Sin el compendio normativo que a todos los niveles conforma el derecho penal juvenil, (y por ende el control social punitivo) no tendría ningún sentido que a los 12 años se dirigieran una serie de prohibiciones penales a los jóvenes ni éstas serían en definitiva comprensibles.

En este contexto se ha dicho que la ley de ejecución materializa el compromiso con los jóvenes adolescentes sentenciados por la infracción a leyes penales, al crearse una legislación nacional que viene a desarrollar todos los principios rectores que están en la Convención y a determinar un procedimiento penal propio para ésta jurisdicción.

La nueva ley es reflejo de los reclamos de las autoridades y de los operadores del derecho, ya que en la ejecución de las sanciones los resultados que se han obtenido no han sido los mejores. Si bien se cuenta con una estructura legal moderna, adaptada a la realidad y con una gama de posibilidades enorme para cumplir los objetivos que se propone, la falta de recursos económicos y otros aspectos han dado al traste con los fines declarados de la pena dando lugar incluso a una serie de violaciones de derechos fundamentales de uno de los grupos étnicos más vulnerables, los adultos jóvenes, las cuales se han suscitado en perjuicio de jóvenes que se encuentran dentro del proceso de ejecución de la sanción penal juvenil.

El artículo **123 que establece las formas de aplicación e indica** “Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.”<sup>57</sup>

---

57 Por su parte el artículo 44 de la LJPJ establece: “El proceso penal Juvenil tendrá como objetivo establecer la existencia de un hecho delictivo, determinar quien es su autor o partícipe y ordenar la

El **control represivo externo** es necesario únicamente cuando falta el interno: esto es, allí donde el proceso de internalización de las normas ha sido defectuoso o deficitario. Y, en cualquier caso, siempre es más eficaz el control interno que la coacción externa pues se actualiza de forma espontánea y permanente sin vigilancia o controles de comportamiento ajenos. El control interno presupone, sin embargo, que el joven conoce el significado de las normas sociales –también de las penales– y su sentido. Todo intento de conformar un derecho penal juvenil eficaz como instrumento de control social deberá tener en consideración el proceso de evolución y formación del juicio moral. Al respecto el artículo 8 de la Ley de Ejecución para este efectivo control dispone *“Durante el cumplimiento de la sanción, deberán fijarse y fomentarse las acciones necesarias que le permitan, a la persona joven sometida a algún tipo de sanción, su desarrollo personal permanente, su reinserción en la familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y sentido de responsabilidad. Deberán brindarse, además, los instrumentos necesarios para la convivencia social, de manera que la persona joven pueda llevar una vida futura exenta de conflictos de índole penal; para ello, cada institución del Gobierno y las organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, deberán garantizar los programas, proyectos y servicios destinados a la población sujeta a esta Ley.”*

### **Sección 3. Algunas Consideraciones Finales**

Con el afán obtener una visión más práctica de la aplicación de las sanciones penales juveniles en Costa Rica y evidenciar la reacción estatal frente al fenómeno de la delincuencia juvenil, mostramos a continuación algunos cuadros y datos estadísticos que reflejan numéricamente algunos de las situaciones y hechos que ya hemos mencionado.

Al finalizar este trabajo, se quiere recalcar el hecho de que no obstante a pesar de existir un calidoscopio riquísimo de posibilidades en manos del Juez Penal Juvenil en Costa Rica, la aplicación concreta de la norma deberá siempre

---

aplicación de las sanciones correspondientes. Asimismo, buscará la reinserción del menor de edad en su familia y en la sociedad, según los principios rectores establecidos en esta ley.”

tomar en cuenta las peculiaridades idiosincráticas de la persona menor de edad en conflicto con la ley penal sometida a su jurisdicción, y las circunstancias particulares de cada caso, para que realmente la Justicia se pueda acercar cada vez más al ecuador de la Equidad, reconociendo que nuestro ideal utópico de querer “sentenciar a ser feliz” especialmente a los más desiguales, no se convierta simplemente en un mito, o en una carta al “Niño Dios”, a “Papá Noel”, al “Viejito Pascuero” o como quiera que le llamemos a quien será el destinatario de nuestras peticiones navideñas, pero promovidas en este caso por medio de misivas sin sello postal, ni dirección del remitente.

<b>Duración de las sanciones establecidas en la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley No. 7576 del 1 de mayo de 1996<sup>58</sup></b>	
<b>I.- Sanciones socioeducativas.</b>	
a) Amonestación y advertencia	No requiere plazo
b) Libertad asistida	Plazo máximo: 2 años
c) Prestación de servicios a la comunidad	Jornada máxima semanal: 8 horas Período máximo: 6 meses
d) Reparación de daños a la víctima	No indica plazo expresamente
<b>II.- Órdenes de orientación y supervisión.</b>	
a) Instalarse en lugar de residencia determinado o cambiar	Plazo máximo: 2 años
b) Abandonar el trato con determinadas personas	Plazo máximo: 2 años
c) Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados	Plazo máximo: 2 años
d) Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión y oficio	Plazo máximo: 2 años
e) Adquirir trabajo	Plazo máximo: 2 años
f) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito	Plazo máximo: 2 años
g) Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas	Plazo máximo: 2 años
<b>III.- Sanciones privativas de libertad.</b>	
a) Internamiento domiciliario	Plazo máximo: 1 año
b) Internamiento en tiempo libre	Plazo máximo: 1 año
c) Internamiento en centro especializados	Plazo máximo: - 10 años para jóvenes de 12 a menos de 15 años de edad - 15 años para jóvenes de 15 a menos de 18 años de edad

58 Artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil

A continuación se presenta información concerniente a la cantidad de población atendida en el Programa Penal Juvenil del Ministerio de Justicia y Paz, por condición jurídica.

***Cuadro N°1***

***Población atendida en el Programa de Penal Juvenil del Ministerio de Justicia y Paz por condición jurídica, según programa al 7 Julio 2014***

<b>Condición jurídica</b>	<b>Población penal juvenil</b>
1.Sentenciados	234
2.Indiciados	48
3.Sanciones alternativas	582
4.Total	864

Fuente: Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz. 2014

En relación a la población sentenciada, la misma se refiere a la que se encuentra privada de libertad, siendo que ese número se refiere tanto a la población adulta joven, como a la población menor de edad. Si bien es una cantidad reducida con respecto a la cantidad de población menor de edad cumpliendo una sanción, es necesario indicar que el centro penal no cumple con las condiciones mínimas para albergar población y bajo ninguna circunstancia de los menores de edad.



**Cuadro N°2**

***Población Penal Juvenil. Según: Condición Jurídica y centro Especializado de Atención. 2006 al II trimestre 2012***

Condición jurídica	Datos Absolutos						
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
<b>Centro Formación Juvenil Zurquí</b>	34	30	34	48	59	68	94
Sentenciados	14	12	19	23	31	33	32
Detención provisional	20	18	15	25	28	35	62
<b>ADULTO JOVEN ( Zurquí)</b>	-	-	-	-	41	67	107
Sentenciados	-	-	-	-	27	62	75
Indiciados	-	-	-	-	14	5	32
<b>ADULTO JOVEN (Reforma)</b>	61	75	66	69	74	84	84
Sentenciados	56	64	62	64	74	84	84
Detención provisional	5	11	4	3	-	-	-
<b>Buen Pastor (sentenciadas)</b>	8	7	6	5	2	2	2
<b>TOTAL</b>	103	105	100	117	176	221	287

Fuente: Adaptación Social. Estado de la Justicia Penal en Costa Rica (2013, p.202)

Como es posible observar, la cantidad de personas jóvenes, tanto sentenciadas como indiciadas, ha aumentado cada año, especialmente de manera abrupta del año 2011 al año 2012, en el centro de Formación Zurquí y en Adulto Joven Zurquí, situación preocupante en términos de la atención que se les brinda.

Además, en estos centros alarma no solamente la cantidad de jóvenes sentenciados, sino además, el número tan alto de población que apenas se encuentra indiciada y ya se encuentra reclusa en estos lugares.

Sobre esto, resulta imperiosa la necesidad de proceder con mayor agilidad hacia las sanciones de orden alternativo, donde se enfatice en *“la importancia que pueden tener la justicia restaurativa desde el punto de vista del principio*

*educativo, en cuando brinda a personas jóvenes sometidas a la justicia penal juvenil un amplio apoyo y control frente a la comisión de hechos delictivos, favoreciendo la socialización y la integración social de los/as jóvenes, siendo una opción frente a la alta tasa de criminalidad de los mismos, lo mismo que frente a los niveles de privación de libertad existentes<sup>59</sup>”, buscando con esto respuestas idóneas a las personas menores de edad, a la vez que se disminuye la sobrepoblación carcelaria, y las consecuencias de la permanencia en prisión, como lo es por ejemplo la socialización negativa o el aprendizaje en materia criminal dentro de estas instituciones.*

Según se afirma en el Estado de la Justicia Penal en Costa Rica, en la Política de Acceso a la Justicia Penal Juvenil, aprobada por Corte Plena en sesión 4-2011 (Artículo XV), se indica con respecto al IAFA, lo siguiente:

*“Que el Departamento de Trabajo Social y Psicología establezca redes de apoyo con el PANI, el IAFA y otras instituciones similares que permitan ofrecer a las personas menores de edad en conflicto con la Ley Penal Juvenil, opciones alternativas a la privación de libertad o a la callejización, especialmente para quienes carecen de apoyo familiar, económico y/o se encuentran sumidos bajo el flagelo de algún tipo de adicción”<sup>60</sup>.*

Sin embargo, se afirma dentro del mismo informe, los problemas para hacer cumplir esta solicitud se vinculan con la falta de presupuesto, lo cual es un hecho que se asocia si bien a todo el sistema penitenciario del país, demuestra poco interés en realizar una inversión en la población menor de edad y las condiciones para garantizar medidas de acuerdo a sus requerimientos.

---

59 Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez. Estado de la Justicia Penal Juvenil en Costa Rica. Diagnóstico, 8 de abril de 2013. UNICEF, 2013, p.218

60 Ídem pp 137-138

**Cuadro N°3**

***Resoluciones Juzgados Penales Juveniles que disponen soluciones alternas, criterio de oportunidad y condenatorias, 2006-2011***

<b>Año</b>	<b>Total</b>	<b>Soluciones alternas</b>	<b>%</b>	<b>Criterio de oportunidad</b>	<b>%</b>	<b>Condenatorias</b>	<b>%</b>
2006	2422	1908	78,8	278	11,47	236	9,7
2007	2324	1879	80,8	214	11,4	231	10
2008	2009	1676	83,4	149	8,9	184	11
2009	1541	1228	79,7	111	9	202	13,1
2010	1638	1270	77,5	78	4,8	290	17,7
2011	1852	1476	79,7	39	2,1	337	18,2

Fuente: Estado de la Justicia Penal en Costa Rica (2013, p.228)

En el cuadro N°3, que aprecia que la cantidad de sentencias condenatorias decrecieron del año 2007 a 2008 y 2009, sin embargo, en los años 2010 y 2011 se dispararon, a la vez que las soluciones alternas y especialmente el criterio de oportunidad han disminuido, lo cual parece estar en contra de la propuesta de brindar más opciones desde las sanciones alternativas.

## CONCLUSIÓN

Como se pudo ver aunque se nos considere el país más feliz del mundo esto no es del todo cierto ya que el sistema de cálculo de la felicidad de cada país no incluye la realidad interna de cada población como lo es la educación, delincuencia, satisfacción con el gobierno, por mencionar algunas, que verdaderamente pueden llegar a definir la felicidad o no de un país.

La responsabilidad del Estado es compleja y multidimensional, ya que actualmente el deterioro o las falencias que existen de por medio una serie de medidas parciales, iniciativas aisladas y sectoriales que funcionan con lógicas propias, muchas de ellas superpuestas y desconectadas entre sí de la política pública. Propician que no se tengan desarrollados Planes Nacionales de Prevención de la en los diferentes sectores.

La seguridad Ciudadana reconoce que un sector seguridad transparente y responsable es un elemento clave para la gobernabilidad democrática. Así, la seguridad ciudadana requiere de servicios públicos efectivos y eficientes que operen de acuerdo a principios de gestión, transparencia y responsabilidad de las autoridades civiles.

Desde hace varios años la violencia social y delictiva se ha visto en aumento, sobre todo en los principales centros urbanos. Los gobiernos saben que la creciente desigualdad social es uno de los factores que alientan la violencia, sin embargo, hacen uso de su influencia mediática para desviar la atención sobre la responsabilidad en el problema.

Se deben realizar diseños, aplicación y evaluación de políticas públicas que, apoyadas conjuntamente por el Estado, los productores y realizadores del sector y la sociedad, regulen de manera democrática el tratamiento periodístico de la violencia ya que es de suma importancia la percepción de la sociedad civil.

Los esfuerzos que realiza el gobierno deben ir de la mano con el incremento del presupuesto y el personal de los sistemas de administración de justicia, después de un estudio detallado que demuestre sus fortalezas y debilidades. Que propicie mejor capacitación y distribución más adecuada de los operadores judiciales.

La influencia amarillista de muchos medios de comunicación colectiva, ha creado la idea del incremento en la comisión de delitos por parte de las personas menores de edad, y de que el uso de condenas largas y fuertes es la solución para poner fin a los actos de delincuencia. Por lo que las políticas de mano dura impulsadas en los años ochentas en las cuales se apoyan los políticos para aumentar las medidas punitivas y ganar credibilidad pública. Lo que impide el fortalecimiento e impulso de las medidas restaurativas.

El problema de la delincuencia juvenil en Costa Rica reclama una atención técnica y particularizada, con una propuesta coherente que integre planteamientos interdependientes de las políticas generales del Estado. La política criminal y sancionatoria dirigida a los adolescentes no puede ser vista en forma aislada, sino como parte de una política más general y social, puesto que sabemos que el fenómeno criminal es multifactorial, siendo por ello necesario tomar en cuenta otros aspectos que la generan y buscar otros instrumentos para enfrentarla.

El Derecho Penal Juvenil dentro de la idea de la prevención especial positiva, siendo así reconocido por los redactores de la Ley de Justicia Penal Juvenil, y no resulta admisible que se imponga al joven una sanción por encima de la que corresponde, de acuerdo con su culpabilidad. Específicamente en las sanciones penales juveniles, el principio de proporcionalidad tiene como principal efecto la inversión de la jerarquía de las sanciones. De esta forma, en la justicia penal juvenil las sanciones principales son las reglas de conducta (órdenes de orientación y supervisión) y las socioeducativas, en tanto que las sanciones privativas de libertad, constituyen el último recurso. En este punto es bueno aclarar que el juez debe aplicar las sanciones menos gravosas primero, y luego sólo si son necesario, las privativas de libertad.

Tampoco puede negarse el creciente interés del tema de los delitos cometidos por los adolescentes como objeto de estudio, es por ello que con la promulgación de la ley de ejecución de las sanciones penales juveniles se plasma un esfuerzo del Programa de Sanciones Alternativas del Ministerio de Justicia, lo que representa un avance en la dirección propuesta por la Ley de Justicia Penal Juvenil. La aceptación y su consolidación y éxito, obedece al análisis de aspectos fundamentales tales como: si, por qué?, cuándo? y cómo castigar? Por supuesto los juzgadores deberán hacer cumplir la misma. Ha sido práctica generalizada que los Juzgados tomen con cautela la reacción estatal frente al delito cometido por personas menores; la primera justificación que han señalado, es un trato diferente de las personas menores, radicado en el grado incompleto de madurez que manifiesta un adolescente, y el proceso de formación como persona por el que transcurre su vida, creemos que otro aspecto también ha contribuido a que factores exógenos influyan en la percepción de esta delincuencia juvenil, lo que ocurre con los hechos violentos que se producen en las calles y que son el centro de los programas noticiosos, escritos y televisivos.

Las estrategias jurídicas para tratar la problemática de los ofensores juveniles son de limitado alcance, las resoluciones judiciales tienen un promedio de duración de 2 años; muchos jóvenes son sentenciados a una edad adulta, hay poca diferenciación entre los diversos delitos, pero en todo caso pareciera que las sanciones no privativas de libertad han resultado más eficaces que la privación de libertad, a pesar de que la generalidad de las personas, consideran los delitos cometidos por los menores como hechos muy graves, que afectan sensiblemente a la sociedad, la misma Ley de Justicia Penal Juvenil. Los casos que más son ingresados al sistema con sanciones son los delitos sexuales junto con los delitos contra la vida o la integridad física a los cuales la ley les dio el plazo máximo de prescripción.

Finalmente con la ejecución de las sanciones penales juveniles se demuestra que la puesta en práctica de los derechos de las personas menores de edad, no puede ser conceptualizada exclusivamente en términos jurídicos o en la simple revisión de la legislación nacional, sino que la incorporación de la normativa internacional, así como el reconocimiento de los Derechos Humanos de los

jóvenes y, sobre todo, una aplicación adecuada de las sanciones dispuestas por Ley de Justicia Penal Juvenil a esta población, resulta igual o de mayor importancia, si es que se quiere reconocer la dignidad y el derecho de los jóvenes a una justicia especializada.

A continuación enunciaremos esquemáticamente las que nos parecen son las principales bases de una política sancionatoria a ser desarrollada por un estado democrático de derecho.

En primer lugar habría que destacar la necesidad de una fundamentación científica de las penas para ofensores juveniles, que permita realizar diagnósticos adecuados, establecer prioridades y orientar adecuadamente la asistencia según las condiciones en las que se cometió el delito, mediante una fundamentación del reproche o culpabilidad, exigida por el sistema penal, racionalizando su uso, a modo de obtener un óptimo aprovechamiento, de los fines educativos de la ley.

En segundo lugar es preciso distinguir entre la criminalidad juvenil y la criminalidad cometida por adultos, diseñando en relación con ambas categorías, diferentes instrumentos político criminales, que permitan negar la validez técnica y jurídica de aquellas interpretaciones que siguen viendo la pena de prisión como la primera consecuencia de los delitos cometidos por los adolescentes. En el ámbito penal sustantivo debiera descriminalizarse atendiendo a la condición de personas menores de edad y explorarse otras posibilidades de descriminalización de acuerdo con el carácter de última ratio que se reconoce al Derecho Penal; realizar una definición clara de la libertad asistida, distinta de la libertad vigilada que hoy día persiste en el análisis de los juzgadores y más gravemente aun en el Tribunal de Casación Penal y reservar la pena privativa de libertad, para el núcleo más grave de la criminalidad, que se adecuen a la gravedad del hecho y a las características de las personas menores, sin que sea considerada como la primera y principal sanción dispuesta por la Ley de Justicia Penal Juvenil; y en general, adecuar la legislación penal a las exigencias del Derecho Penal Juvenil y a los principios de especialidad y especificidad reconocidos para las personas menores como Derechos Humanos (límites del ius puniendi). Es necesario que los operadores del sistema penal reconozcan la confusión generada entre la

libertad asistida y la vigilada, para no incurrir en interpretaciones que terminan afectando a todas las partes y en especial a los jóvenes.

Es necesario consolidar las formas alternativas a la internación de los menores de edad que han cometido hechos delictivos, por considerar que el encierro es un factor criminógeno que, segrega desde temprana edad a seres humanos con pocas perspectivas de cumplir alguna otra función que les permita encontrar vías armónicas de convivencia social.

Consideramos que un mayor acercamiento a la Justicia Penal adulta, sólo es posible en lo que se refiere a derechos y garantías individuales, conservando para los jóvenes los principios educativos, que en “teoría” han presidido las legislaciones juveniles (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del menor).

Los principios orientadores del derecho penal juvenil están dirigidos a la determinación de todo hecho delictivo y en la necesidad racional de la pena, en el caso de los delitos sexuales, son la justicia y la utilidad, situación que no está bien desarrollada por los tribunales de justicia.

Para finalizar diremos que la propuesta de la Ley de Ejecución de las sanciones Penales Juveniles entre otros propósitos, pretende hacer de éste un instrumento más efectivo en el resguardo de las personas menores reconociendo que el Derecho Penal no es ni la única, ni la mejor respuesta a la misma. Sin embargo también vimos cómo la complejidad y las características interdisciplinarias hacen difícil el planteamiento de una política sancionatoria coherente, aunado a la carencia de un método científico y definición los límites respecto del Derecho Penal y la Criminología, situación que se ve afectada por la influencia ideológica de los mismos aplicadores de la ley.

La ejecución de las sanciones no privativas de libertad, requiere la integración de equipos interdisciplinarios para satisfacer las necesidades de las personas menores, también sabemos que la tarea del Programa de Sanciones Alternativas no ha sido fácil, especialmente por lo novedoso del mismo y la



escasez de recursos, sin embargo eso ha sido suplido con el ingenio y creatividad que han desarrollado los operadores del sistema.

No podemos desconocer que partimos del principio que el sistema penal, tiende a ser pragmático, ya que son muchos los casos que ha de atender y escasos sus recursos, pero tal pragmatismo no puede hacerse a expensas de olvidar que mediante el castigo, no importa lo sofisticado que sea éste, pocas veces se aprende a hacer cosas distintas, que no se saben hacen. Este es el valor de las propuestas educativas, y este es el mérito de los programas de educación que ha pretendido llevar adelante el Programa de Sanciones Alternativas, el cual consideramos debe ser con un estricto control de los Juzgados de Ejecución, así como la Defensa y el Ministerio Público.

La lucha contra el fenómeno de la delincuencia juvenil, no se puede combatir simplemente con más Derecho Penal amamantado de Populismo Punitivo, entendido éste como recrudescimiento de las penas, aumento de tipos penales, reforzamiento en la confianza general de las normas penales y en general, lo que se ha dado en llamar “más de lo mismo”, o bien, una “política criminal populista” que resulta desde el punto de vista técnico inapropiada, además, atenta contra los principios fundamentales de la misma. Máxime que en este momento se discute en nuestro país un proyecto de Código Penal, precisamente con estas características.

Tenemos que reconocer que a pesar de los esfuerzos en este campo, en nuestro medio las sanciones impuestas a los adolescentes, se encuentran todavía inmersas en una ausencia de fundamentación científica, no hay suficientes datos empíricos que permitan realizar diagnósticos adecuados, establecer prioridades, orientar adecuadamente la inversión y canalización de los escasos recursos del Sistema Penal, para obtener un óptimo aprovechamiento en beneficio de los adolescentes, lo que podría generar más derecho penal como única solución a los problemas de la delincuencia juvenil, siendo el objetivo de este trabajo crear conciencia en los operadores del sistema, a fin de mantener el derecho penal y la pena privativa de libertad como ultima ratio.

Debemos dejar de pensar que la única manera simplista de cambiar en gran incremento de criminalidad juvenil en nuestro país es creando penas privativas más altas, pues a como se pudo ver, actualmente tenemos las penas más altas de toda la región.

Es necesario por el contrario, reformar integralmente el sistema de justicia penal juvenil y estrechar lazos con otras instituciones que deberían igualmente intervenir en razón de lo social, familiar, educativo, etc., para lograr que las sanciones sean efectivas y cumplan su objetivo de reinsertar al joven a la sociedad y logre cambiar, que verdaderamente el juez al imponerle una condena, esta condena efectivamente sea que cambien su estilo de vida, le de alternativas efectivas como proyecto de vida, y pueda aspirar a “ser feliz” en el país supuestamente más feliz del mundo...

## BIBLIOGRAFIA

### a) Libros y Revistas

Bolaños González, M. (2001). Naturaleza Jurídica de las Sanciones en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. *Revista Cenipec*. 20. Enero - Diciembre. Venezuela.

Burgos Mata, A. (2005). Las sanciones aplicables a las personas menores de edad en la ley de responsabilidad penal del menor de España y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 106. Universidad de Costa Rica. San José.

Burgos Mata, A. (2007 a). *Segundas oportunidades en materia penal juvenil*. San José: Editorial Sapiencia.

Burgos Mata, A. (2007 b). *La Pena Sin Barrotes en la Jurisdicción Penal Juvenil*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Burgos Mata, A. (2011 a). *Manual de derecho penal juvenil*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Burgos Mata, A. (2011 b). Quince años de vigencia de la legislación penal juvenil en Costa Rica. Quince años de vigencia de la legislación penal juvenil en Costa Rica, lecciones aprendidas. San José: Defensa de Niñas y Niños Internacional.

Cillero Bruñol, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Editorial Temis.

Llobet Rodríguez, J. (2007). Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. Humanismo y Derecho Penal. San José: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2005). Justicia Restaurativa en la justicia penal juvenil. Estudios sobre Justicia Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, J. (1996). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

Ortiz Álvarez, R. (1999). La Fundamentación de la Sentencia en el Proceso Abreviado: problema de Constitucionalidad. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José.

Tapia Parreño, J. (2006). La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil. Textos de apoyo jurídico, número 13, Proyecto de Fortalecimiento de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos. San Salvador.

Tiffer, C. y Llobet, J. (1999). La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. Con jurisprudencia nacional. San José: UNICEF- ILANUD – CE.

Tiffer Sotomayor, C. (1996). Ley de justicia penal juvenil. Concordada y anotada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales. San José: Editorial Juricentro.

Zapata López, R. (2004). Principios y garantías del proceso penal de adolescentes. Brevarios Jurídicos. Managua: Editorial Hispamer.

### **Leyes y Convenciones:**

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, N° 7184. Asamblea Legislativa de Costa Rica. San José. (1990).

Ley de Justicia Penal Juvenil, N°7576. Asamblea Legislativa de Costa Rica. San José. (1996).

Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), resolución 40/33 de la Asamblea General. Organización de las

Naciones Unidas. (1985).

Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, resolución 45/113 de la Asamblea General. Organización de las Naciones Unidas. (1990).

### **Jurisprudencia:**

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2743-99, de las once horas con treinta y tres minutos del 16 de abril de 1999. San José, Costa Rica.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto 781-F-97 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del 1 de octubre de 1997. San José, Costa Rica.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2000-00604, del 4 de agosto de 2000. San José, Costa Rica.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2008-0129 de las quince horas con cuarenta minutos del 8 de febrero del 2008. San José, Costa Rica.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2009-243 de las quince horas con cincuenta y cinco minutos del 4 de marzo de 2009. San José, Costa Rica.

### **En Internet:**

Canal 15, UCR. <http://www.eraverde.ucr.ac.cr/blog/costa-rica-en-rojo-con-su-huella-ecologica-y-el-estado-es-parte-del-problema>

CR.Hoy. (Periódico costarricense). <http://www.crhoy.com/costa-rica-saca-nota-roja-en-materia-ambiental/>

Informe Estado de la Nación 2013. [http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca\\_virtual/019/Cap%204-Estado%20Nacion%2019.pdf](http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/019/Cap%204-Estado%20Nacion%2019.pdf)

La Jornada. (Periódico Mexicano). <http://www.jornada.unam.mx/2014/01/15/opinion/025a1pol>

Vista Marina. [http://www.vista-marina.com/costa\\_rica\\_espanol.html](http://www.vista-marina.com/costa_rica_espanol.html)

La Nación. (Periódico costarricense). [http://www.nacion.com/vivir/bienestar/Costa-Rica-nuevamente-Happy-Planet\\_0\\_1274672586.html](http://www.nacion.com/vivir/bienestar/Costa-Rica-nuevamente-Happy-Planet_0_1274672586.html)

Universidad de Costa Rica. <http://www.ucr.ac.cr/noticias/2013/01/30/alta-percepcion-de-inseguridad-en-el-pais.html>

La Prensa. (Periódico hondureño). <http://www.laprensa.hn/vivir/viajes/513525-98/costa-rica-entre-los-paises-mas-felices-del-mundo>

[http://www.elfinancierocr.com/ef\\_archivo/2009/octubre/25/economia2130994.html](http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2009/octubre/25/economia2130994.html)

[http://www.elfinancierocr.com/blogs/politica/Seguridad-felicidad-Costa-Rica-mitos\\_7\\_267043296.html](http://www.elfinancierocr.com/blogs/politica/Seguridad-felicidad-Costa-Rica-mitos_7_267043296.html)

<http://www.inec.go.cr/Web/Home/pagPrincipal.aspx>

<http://www.happyplanetindex.org/about/>

<http://www.nacion.com/2012-06-14/AldeaGlobal/Costa-Rica-es-nuevamente-el-pais-mas-feliz-del-mundo--segun-indice--Happy-Planet-.aspx>

<http://www.nacion.com/2012-06-15/AldeaGlobal/Happy-Planet-insiste-en-Costa-Rica-como-pais-mas-feliz-del-orbe.aspx>

<http://www.nacion.com/2011-07-12/Opinion/15-anos-de-justicia-penal-juvenil.aspx>

<http://www.semanario.ucr.ac.cr/index.php/noticias/pais/4165-aumenta-casi-20-poblacion-juvenil-recluida-en-centros.html>

(Footnotes)

1 Artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil







# *IUDEX*

## Revista de la Asociación Costarricense de la Judicatura

### REQUERIMIENTOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos remitidos para su consideración por parte del Consejo Editorial, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1- Declaración jurada de que el artículo es original e inédito de algún Juez o Jueza de cualquier rama del Derecho en donde de ser elegido se autoriza su publicación en la Revista IUDEX;
- 2- Foto tamaño pasaporte , nombre , y un breve señalamiento de las calidades(académicas, dónde labora y su correo electrónico) ;
- 3- Contar con un **máximo de 20 páginas** de extensión;
- 4- Ser remitidos en un formato digital de Word e igualmente por escrito, y en letra **Times New Roman 12**, a **doble espacio**, y las **citas al pié en 10**;
- 5- Título conciso y coherente con el texto del trabajo;
- 6- **Resumen** de un máximo de un párrafo de 5 líneas de extensión tanto en español como en inglés(**Abstract**);
- 7- **Entre 3 y 5 palabras clave** tanto en español como en inglés(**Key Words**);
- 8- **Bibliografía citada al pié de página**;
- 9- Contar con **Índice o Sumario, Introducción, Conclusión y Bibliografía** citada también de forma completa al final.
- 10- Enviarlos a la dirección: [revista.iudex@yahoo.es](mailto:revista.iudex@yahoo.es)

