MEMORIAS DEL X CONGRESO

INSTITUTO COSTARRICENSE DE DERECHO PROCESAL CIENTÍFICO

MEMORIAS DEL X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Audiencias Virtuales y Reforma Procesal

COLABORADORES:

Kendall David Ruiz Jiménez
Sergio Artavia Barrantes
Jeffry José Mora Sánchez
Diego Benavidez Santos
José M. Fonseca Vindas
Andrés Pérez González
Ricardo Zeledón Zeledón
David Lara Torres
Katherine Calvo Artavia
J. Federico Campos Calderón
Luis Ortíz Zamora
Nohelia Vega Carvajal
Paola Amey Gómez
Gustavo A. Koutsouris
Mario Naranjo Luna
Erick Gatgens Gómez
Álvaro Meza Lazarus
Jorge Olaso Álvarez
Melissa Benavidez V.

San José – octubre-noviembre 2020

340.05
X Congreso Internacional de Derecho Procesal. Audiencias Virtuales y Reforma Procesal / Sergio Artavia B. Ricardo Zeledón Z. (et al.).
1ª ed. San José, C. R.
octubre-noviembre 2020.
455 págs. 21 x 14 cm

ISBN 978-9977-13-576-2

1.- Derecho Procesal. 2. Proceso Civil, laboral. 1. Carlos Picado. AA.VV. V. II Título

Comité Editorial
Dr. Enrique Ulate Chacón
Dr. Carlos Picado Vargas
Dr. Shirley Víquez Vargas
Dr. Álvaro Burgos Mata
Lic. Jonatán Picado León

Consejo Editorial
Dr. Ricardo Zeledón Zeledón
Msc. Luis Ortíz Zamora
Msc. Herman Duarte
Dr. Herman Mora
Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez
Dr. Carlos Picado Vargas
Dr. Sergio Artavia Barrantes

Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. Telf. 2234-0728. Fax. 2253-5657. www.institutocdp.org. info@institutocdp.org.
Editorial Jurídica Faro. Telf. 2234-0233. www.editorialfaro.com

ÍNDICE

CAPÍTULO I
MATERIA DE FAMILIA

El abogado del menor como aspecto a consolidar en nuestro sistema
Paola Amey Gómez 7

Principios del Derecho Procesal de Familia. ¿Claves constitucionales secretas dentro del CPF?
Diego Benavides Santos 41

Ejecución de las resoluciones en el Código Procesal de Familia
Gustavo Adolfo Koutsouris Canales 61

Audiencia presencial virtual en la jurisdicción familiar
José Miguel Fonseca Vindas 77

Procesos de filiación
Mario Naranjo Luna 93

El proceso alimentario en el Código Procesa de Familia: Una lectura desde el análisis económico del derecho con perspectiva de género
Melissa Benavidez Víquez 107

CAPÍTULO II
MATERIA PENAL

Temas actuales de la Casación Penal
Andrés Pérez González 125

Persuasión y prueba testimonial en el Proceso Penal: Una aproximación desde la psicología y la epistemología
Jeffry José Mora Sánchez 137

El interrogatorio en el Proceso Penal Costarricense
Erick Gatgens Gómez 157

El detrimento de la inmediación penal en función de la virtualidad (en tiempos de pandemia)
J. Federico Campos Calderón 177

CAPÍTULO III
MATERIA AGRARIA

Luces de Derecho Agrario Sustantivo para determinar la competencia del Código Procesal Agrario
Ricardo Zeledón Zeledón 185

Los interdictos en el Nuevo Código Procesal Agrario
Álvaro Meza Lazarus 211

La competencia material agraria en el Código Procesal Agrario
Ricardo Zeledón Zeledón y Sergio Artavia Barrantes 221

CAPÍTULO IV
MATERIA LABORAL Y CONTENCIOSA

La improponibilidad e inadmisibilidad laboral
David Lara Torres 297

¿Existe en Costa Rica un cambio en la reparación integral del daño en el campo de los riesgos de trabajo? Una hipótesis al amparo de la modificación a los numerales 303 y 538 del Código de Trabajo
Jorge Olaso Álvarez 321

La preliminar contenciosa: Aspectos Prácticos
Luis A. Ortiz Zamora 335

CAPÍTULO V
MATERIA CIVIL

La prueba de redes sociales en Materia Civil y Laboral
Kendall Ruiz Jiménez 353

Luces y sombras de la carga de la prueba: Civil y Contencioso Administrativo
Nohelia Vega Carvajal 385

Audiencias virtuales, inmediación y oralidad en el proceso civil
Sergio Artavia Barrantes 409

Preparación de la audiencia preliminar
Katherine Calvo Artavia 443

EL ABOGADO DEL MENOR COMO ASPECTO A CONSOLIDAR EN NUESTRO SISTEMA[1]

Paola Amey Gómez

La adopción de principios rectores en la materia de la Infancia, debe ser analizada desde dos ópticas, en primer lugar el paso de la persona menor de edad como objeto para posteriormente ser reconocido como sujeto de derechos, a quien debe protegérsele de forma especial, y en segundo lugar, la evolución progresiva de los derechos humanos para determinar tratados internacionales con especial referencia a la protección de la niñez; por ende en 1924 se establece la Declaración de Ginebra, brindándosele relevancia a la protección especial a los niños, y posteriormente se establece la Declaración de Derechos del Niño, por medio de la cual la infancia tiene un papel preponderante en la esfera de protección internacional.

Los derechos de las personas menores de edad, han sido objeto de múltiples análisis a nivel mundial, dando como resultado un consenso en su resguardo; por ende se han creado instrumentos internacionales, para procurar su efectividad, entre ellos se encuentran la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de las Personas Jóvenes que se aplica para jóvenes de 15 a 24 años, y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, siendo que esta última exige un replanteamiento de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y por ende un mayor esfuerzo de los Estados ratificantes en la creación de políticas adecuadas para la consecución de este fin.

La Convención sobre los derechos de los niños, a generado grandes cambios en la situación de la infancia, toda vez que son reconocidos como sujetos plenos de derechos; pero ello también partiendo de varios panoramas, ya que hay países que no la han suscrito, aquellos que no han realizado mayor cambio luego de haberla suscrito, países que han cambiado lentamente y los que sí han creado una verdadera consciencia y han generado cambios en pro de la infancia. En esta línea de ideas, la Convención brinda un panorama más amplio en la esfera de los derechos humanos, ya que brinda una protección especial a las personas menores de edad.

En el desarrollo de este instrumento internacional, se ha establecido una gran cantidad de interpretaciones, pero muchas de ellas convergen en un

[1] Es importante indicar que el presente artículo forma parte de una investigación realizada sobre procesos de filiación con la MSc Ana Cristina Fernández Acuña jueza del Tribunal de Familia de Costa Rica como trabajo final de la Maestría de Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiares de la Universidad Nacional de Costa Rica.

principio rector, tal es el interés superior de la persona menor de edad, siendo un consenso internacional en aras de procurar una verdadera protección de sus intereses. Lo anterior de forma paralela al desarrollo de los Derechos Humanos a nivel internacional y por supuesto de los derechos de las personas menores de edad, siendo que la garantía constitucional de los derechos humanos es una exigencia de todos los juzgadores y no solo de los tribunales constitucionales, por lo que debe existir un verdadero compromiso para su efectivo cumplimiento, ya que no es suficiente el reconocimiento de los derechos fundamentales, si estos no son protegidos.

Ahora bien, si se analiza la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma tiene ejes transversales, que son de vital relevancia, sean ellos su carácter integral, el reconocimiento del menor como sujeto de derecho ello por el principio de protección de la autonomía y por supuesto el paso de la visión de las necesidades al resguardo de sus derechos. Es importante indicar que en esta Convención se encuentran principios rectores de gran trascendencia, como lo es el interés superior de la persona menor, que permea todas las regulaciones sobre menores, ya que deben garantizar todas las acciones concretas en procura de su protección; el principio de no discriminación, ello en aras de una igualdad de oportunidades y el principio de la efectividad de los derechos, como bien lo indica el profesor Benavides, quien señala al respecto lo que sigue:

> La ratificación de la Convención exige el replanteamiento conceptual y estructural de lo que deberán ser las relaciones entre adultos y los niños y adolescentes en el nuevo siglo, en una sociedad que parte del reconocimiento de la condición especial de la niñez y adolescencia como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencia, pero con los derechos y responsabilidades inherentes a todo ser humanos (Benavides, 2002, p. 131)[2].

La Convención sobre los Derechos del Niño en su numeral 12, plantea un nuevo paradigma, toda vez que se deben reconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma efectiva. Dentro de este desarrollo se debe generar conciencia en la importancia de la escucha efectiva de las personas menores de edad en los procesos, así como entender que son sujetos de derechos, y debiendo prevalecer el interés superior en las decisiones judiciales. La participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales debe ser efectiva, pues ello va de forma paralela al reconocimiento de sus derechos y sobre todo de su calidad como personas.

[2] Benavides Santos, D. (2002). Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño en Código de Niñez y Adolescencia. San José: Juritexto.

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

El reconocimiento del niño como ser individual con derechos inherentes no tiene larga data, debido a que hasta hace pocos años se les consideraba adultos en miniatura, que no merecían una protección especial. En diversas obras literarias, la infancia no se describe, solo se le idealiza, ya que no se brindan datos exactos y de relevancia para describir las vivencias en esta etapa de la vida, siendo que los estudios existentes antes de los siglos XVIII y XIX no son explicativos, más son insuficientes, ya que no se conocía un concepto claro sobre la infancia.

El autor Lloyd De Mause (1974)[3] en su estudio sobre la evolución de la infancia, describe la invisibilización de las personas menores de edad, que lleva contenida abandonos, infanticidios, violencia, y abusos sexuales. Es importante citar, el desarrollo de su teoría psicogénica de la historia, la cual explica cómo los cambios históricos no se deben a factores económicos ni tecnológicos, sino que son psicogénicos, explicando que, en la historia de la infancia, se pueden observar reacciones de proyección, de inversión y de empatía. La reacción de proyección implica que el adulto utiliza al menor como un medio para proyectar los contenidos de su inconsciente, en cuanto a la reacción de inversión refiere que podría utilizarlo como una figura adulta que sea sustituta de su propia infancia, y por último la reacción de empatía, implica que podría sentir empatía con respecto a las necesidades del niño y las satisface.

Antiguamente los niños eran sujetos de castigos degradantes, esclavos, sin rostro infantil y de menoscabo en sus derechos, tanto así, que podían ser abandonados a su suerte y la tasa de infanticidios era muy alta; siendo que se hacen diversos análisis para entender el cambio de la concepción del menor. En primer lugar se tiene la situación económica, y que desde las monarquías, el infante era medido en razón de un poder político o una herencia a un trono, más como un ser individual; seguidamente una concepción de un menor como integrado a la clase trabajadora, donde era un miembro más de una familia que podía colaborar en forma conjunta con proveer los alimentos en el hogar, siendo una mano de obra barata y simple; y finalmente se tiene el desarrollo de un concepto de un menor como futuro ciudadano, a quien se le respetan sus derechos.

En esta línea histórica del desarrollo de la infancia, se han establecido seis formas de relaciones paterno-filiales, tomando como fundamento la teoría psicogénica de Demause (1974)[4], siendo estas divididas en períodos concretos, las cuales son las siguientes:

[3] Demause, Lloyd (1974). La evolución de la infancia. Recuperado el 20 de enero del 2014 de www.psicodinamicajlc.com/articulos/evolucion_infancia.html

[4] Demause, Lloyd (1974). La evolución de la infancia. Recuperado el 20 de enero del 2014 de www.psicodinamicajlc.com/articulos/evolucion_infancia.html

- Infanticidio (Antigüedad-Siglo IV): Se resolvía la ansiedad del cuidado de los niños, matándolos, ello conforme a la reacción proyectiva.
- Abandono (Siglo IV-XIII): Los niños eran abandonados en conventos o monasterios, ya que los padres tomaron conciencia de que tenían alma.
- Ambivalencia (Siglo XIV-XVII): Los padres tenían la tarea de moldear al niño, debido a las proyecciones peligrosas que podían tener.
- Intrusión (Siglo XVIII): El niño ya no tenía proyecciones peligrosas, por ende, los padres trataban de moldear su mente y controlarlo de rabietas. Aquí nació la pediatría.
- Socialización (Siglo XIX mediados del XX): Los padres no dominan al menor, sino que lo forman y los guían para su camino.
- Apoyo (mediados del XX): Implica que el niño sabe mejor lo que necesita en las etapas de su vida, por ende, el padre trata de satisfacer sus necesidades.

Un aspecto relevante que explica Mizrahi (2006, p.35)[5], es la discriminación que existía por el origen de los menores, siendo clasificados entre aquellos nacidos en el matrimonio y los hijos naturales, incluso indica que en la Edad Media, no ocurren importantes modificaciones respecto a la discriminación impuesta entre los diferentes tipos de hijos, ya que la igualdad resultaba incompatible con una sociedad "teocrática", por ende el principio *favor matrimoni* rigió en plenitud y, en consecuencia, la regla de la superioridad legal de los hijos matrimoniales. Aunque se perciben atenuaciones como, por ejemplo, el derecho a recibir alimentos de los hijos ilegítimos.

Fue hasta la Revolución Francesa, cuando se aseguró a los hijos naturales la igualdad de derechos con los hijos legítimos, a través de la ley del 12 brumario del año II, ley que fue declarada retroactivamente aplicable al 14 de julio de 1789. El criterio directriz en la mentalidad revolucionaria era que los hijos son iguales en derecho, en la medida en que son queridos y aceptados por sus padres. Pero la igualdad de filiaciones no se mantendría por mucho tiempo, y en *Code* de 1804, los hijos concebidos fuera del matrimonio quedan ubicados en una posición de clara inferioridad, estableciéndose una regulación diferente conforme al grado de ilegitimidad, es decir, si se trata de hijos naturales, adulterinos o incestuosos.

En este proceso de equiparación de derechos de las personas menores de edad, se debe analizar el caso de Estados Unidos con el auge de la Revolución Industrial, conforme lo ha estudiado la autora Maritza Hernández

[5] Mizrahi, M (2006). Identidad filiatoria y pruebas biológicas. 1ª reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea.

en su estudio sobre el período de 1880 a 1920 llamándolo la Era Progresista, ya que históricamente los niños no tenían rostro ni mucho menos derechos, siendo que eran parte del engranaje industrial, siendo utilizados en labores donde se requirieran figuras pequeñas y menudas, un trabajo infantil con matices de esclavitud, pero poco a poco la educación y el cambio de mentalidad hace que se inicie un lento camino por brindarle una protección efectiva a la infancia. Lamentablemente, el trabajo de los menores ha sido utilizado como medio de subsistencia de muchas familias, y ha sido difícil erradicar de la cultura internacional, los resabios de la Revolución Industrial.

Desde el siglo XVIII hasta el XIX los niños no tenían posibilidad de jugar, sino que debían dedicarse al trabajo, considerándose una mano de obra barata, inclusive los padres justificaban el trabajo infantil, como una forma de entrenamiento para la vida y extensión de los deberes como hijo. Esta visión, llevó a una preocupación por la poca importancia que le brindaba a la educación infantil, siendo que se inician las luchas por legislaciones como en 1836 Massachusetts, Pennsylvania y Rhode Island, para limitar las edades del trabajo de los menores, ello con el fin de que tuvieran la oportunidad de estudiar y desarrollarse como menores. Paralelamente a esta coyuntura, surgen las crisis sociales y económicas que llevan a las mujeres y niños a trabajar, ya que ocupaban varios salarios en las familias, lo que lleva a las personas más diestras en las industrias, a luchar por los derechos de los niños, para sacarlos de su mercado laboral, dando como resultado mejoras en las condiciones de trabajo en el Siglo XIX.

De 1880 a 1920, se visualiza un nuevo enfoque social, debido a los cambios que se estaban gestando, brindando importancia a la protección de la niñez y el desarrollo de sus derechos, como lo era su derecho a jugar. En el caso de Estados Unidos, las luchas por los derechos de los menores eran diferentes en el norte que en el sur, siendo que se permearon de tintes racistas. Debido a las luchas sociales, se realizan mejoras en las condiciones sociales, y se disminuye el trabajo infantil, siendo que se le visualiza como los hombres y mujeres del mañana, por ende, requieren de mejores condiciones durante su infancia, ello con el fin de alcanzar un mejor desarrollo de sus capacidades. Debe entonces protegerse la niñez, ya que implica la continuidad y perpetuidad de la sociedad, lo cual es sumamente importante, a la vez que se ofrecen condiciones adecuadas para su educación, responsabilidad que se le transfiere al Estado como función social.

A nivel internacional, el proceso de protección de las personas menores de edad se inicia en la segunda mitad del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial. La superación de las discriminaciones en virtud del estado familiar de los padres está vinculada con la concepción de la infancia como sujeto de derechos, que exige asumir las responsabilidades parentales ante todos los niños y niñas. Así el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispuso: *"Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de*

matrimonio tienen derecho a igual protección social". Posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos prescribió que *"La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"*. Finalmente, en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenó que los derechos previstos en dicho documento se apliquen a todos los niños y niñas sin distinción alguna, independientemente del nacimiento o cualquier otra condición de la persona menor de edad, de sus padres o de sus representantes (Mizrahi, 2006, p.36).

Es importante indicar que la Infancia, y el reconocimiento del menor como sujeto de Derechos, dejando de lado la invisibilización de la cual era objeto y la discriminación por su origen, tiene un desarrollo histórico de forma paralela al cambio de la noción de familia. En este proceso de evolución de la infancia, la familia y la sociedad tienen un papel preponderante, ya que cuando se estudian las relaciones de la familia, deben ser analizadas en el marco del proceso histórico de los derechos humanos de la niñez.

A partir de la segunda mitad del siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, tiene lugar en occidente la denominada "democratización" de la familia, que supuso el reconocimiento formal de la igualdad jurídica de los cónyuges –superando las tradicionales relaciones de subordinación- y el progresivo reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas, hasta lograr su participación efectiva en procesos judiciales por medio de la figura del abogado del menor, que no se encuentra establecida en todas las legislaciones.

B. DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL

La protección de los derechos de las personas menores de edad ha significado un intenso trabajo a nivel internacional, y en palabras de Miguel Cillero Bruñol, representa la renovación de aspectos esenciales como "…*la relación del niño con la familia, los derechos y deberes de los padres y la responsabilidad de la sociedad civil respecto de la infancia en general*…" (1999, p.13)[6]. Esta renovación conlleva el surgimiento de una nueva noción jurídica de la niñez, que da paso desde la doctrina de la situación irregular, la cual concebía al niño como mero objeto de protección, a la consideración de la infancia bajo una protección integral, según la cita siguiente:

> se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como

[6] Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia Derecho y Justicia. Bravo y Allende editores.

objeto de representación y control ilimitados por parte de sus padres" (Gil Domínguez, A. Fama, M. y Herrera, M. 2006, p.540)[7].

La doctrina, la situación irregular consideraba al menor como un objeto, siendo que no se le otorgaba la posibilidad de ejercer sus derechos, como bien lo Mary Beloff citada por Ortega Soriano, al indicar que antes de la creación de la Convención sobre los derechos del Niño, las leyes relacionadas con la infancia "…*respondían a un esquema que hoy conocemos como modelo tutelar, filantrópico, de la situación irregular o asistencialista, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas*…" (Ortega Soriano, 2011, p.21)[8]. Esta doctrina se caracterizaba de la siguiente forma:

- Las personas menores de edad no pueden ejercer sus derechos
- Las personas adultas deben tomar todas las decisiones de las personas menores de edad.
- Las autoridades judiciales y estatales deben tomar las decisiones sobre los derechos de las personas menores de edad, con amplias facultades
- El niño y la niña no pueden participar en procesos judiciales

En virtud del replanteamiento de esta doctrina de la situación irregular, y las reuniones de diversos países a nivel internacional, es que se empieza a considerar la personalidad y el respeto de las necesidades del menor en cada periodo de su vida y en la necesidad de un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos (Minryersky, Nelly,2009, p.133)[9]. Es así como, con la Convención sobre los derechos del niño, nace la doctrina de la protección integral, que abarca la totalidad de las dimensiones de la vida y desarrollo de las personas menores de edad, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia (Gil Domínguez, A. Fama, M. y Herrera, M. 2006, p.38)[10]. Esta doctrina se caracteriza por lo siguiente:

- Las personas menores de edad son sujetos de derechos
- El Estado y las autoridades judiciales deben garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos de las personas menores de edad

[7] Gil Domínguez, A. Fama, M. y Herrera, M. (2006). Derecho Constitucional de Familia. Tomo I, 1º Ed. Argentina: Ediar.

[8] Ortega Soriano, R. (2011). Los derechos de las niñas y los niños en el Derechos Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

[9] Minryersky, N. (2009). La protección de la niñez. En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia". Abeledo Perrot. Buenos Aires.

[10] Gil Domínguez, A. Fama, M. y Herrera, M. (2006). Derecho Constitucional de Familia. Tomo I, 1º Ed. Argentina: Ediar.

En síntesis, el reconocimiento de la niñez y la infancia como seres humanos, como personas, fue un proceso largo y controvertido (Rabanales, 2001, p.23)[11], siendo que se realiza un gran cambio con la doctrina de la protección integral, mediante la cual se considera a la persona menor de edad como sujeto de derechos, por ende esta doctrina está representada por la Convención sobre los derechos del niño (Tudares de González, 1996, p.129)[12], que de forma amplia viene a establecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dándoles un protagonismo en el goce y disfrute de sus derechos.

C. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

En materia de derechos humanos la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y las Constituciones de Costa Rica, Panamá, Honduras y El Salvador entre otras, establecen todo un marco de regulación y protección a los niños y a las niñas, colocándolos como los actores principales, mientras que los padres juegan un papel preponderante junto a los Estados, como puentes principales para el pleno y debido desarrollo de los futuros adultos (Artículos 27 CDN, 19 y 32 CADH).

El reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ha sido un proceso lento de cambios a nivel internacional, ya que si se realiza una retrospectiva, se puede observar que el marco de cambio lo determinaron las regulaciones internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del niño, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 hasta llegar a la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de las Personas Jóvenes, que se aplica para jóvenes de 15 a 24 años.

La institucionalización del interés superior de la persona menor de edad, ha marcado la línea de los cambios en las regulaciones a nivel internacional, permitiendo con ello un evidente cambio de la visión antigua, para pasar a una visión mucho más amplia e integral. Es así, que existen cuatro ámbitos mediante los cuales se articula una protección especial de los derechos del niño, sea la satisfacción de las necesidades básicas, la familia, la asistencia y protección en situaciones vulnerables, y por último garantizar sus derechos civiles y políticos.

[11] Rabanales, M. (2001). Doctrina de la situación irregular. En Cuaderno Divulgativo número 29, enero-marzo, Pronice. Guatemala

[12] Tudares de González, T. (1996). Tendencias evolutivas en la protección del niño y del adolescente de la situación irregular a la protección integral. En Revista Capítulo Criminológico, número 24, Astro. Venezuela

El interés superior de la persona menor de edad es de vital importancia, ya que ha evolucionado de tal forma que es un norte de integración e interpretación de la normativa, así como elemento esencial para el establecimiento de políticas estatales en aras de brindar una protección especial a esta población. Así mismo, como indican Dávila Balsera y Naya Garmendia (2006)[13] es un principio de carácter garantista, ya que debe ser un considerado de forma prioritaria en todos los procesos y asuntos donde se encuentre una persona menor de edad. En su función interpretativa, brinda un panorama amplio en la resolución de los procesos, ya que permite hacer una efectivización de los derechos de los menores, como bien lo indica el autor Couso (2006, p 149)[14] permite una ***"satisfacción integral de los derechos."***

Un punto de gran trascendencia en el reconocimiento de los derechos de la persona menor de edad, como bien nos indica el autor Jaime Couso (2006, p.145)[15], es su derecho de ser escucharlos en los procesos judiciales, lo que es determinado por su autonomía progresiva procurando así la efectividad del derecho a ser oídos. Es importante tener claro, que la edad de la persona menor de edad no debe ser un impedimento, ya que como lo señala el autor y el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente, el escuchar a las personas menores de edad en los procesos judiciales, debe ser un derecho efectivo, ya que de lo contrario el proceso no sería participativo. Ahora bien, para tener más claro este derecho de las personas menores de edad, de ser escuchados, es importante tener presente el numeral 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño, nos plantea un nuevo paradigma, y es tal, que se deben reconocer los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma efectiva. Dentro de este desarrollo, se debe hacer conciencia de la importancia de la escucha efectiva de la persona menor de edad en los procesos, así como entender que son sujetos de derechos, y debiendo prevalecer el interés superior en las decisiones judiciales.

La participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales debe ser efectiva, pues ello va de forma paralela al reconocimiento de sus derechos y sobre todo de su calidad como personas. Es así como un derecho fundamental que poseen los niños y las niñas es el derecho a ser oídos

[13] Dávila Balsera, P y Naya Garmendia L (2006). La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. En Encounters on Education, Recuperado el 25 de enero del 2014 de dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188

[14] Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído. En Revista de Derechos del niño N°3 y 4, noviembre, UNICEF. Chile.

[15] Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído. En Revista de Derechos del niño N°3 y 4, noviembre, UNICEF. Chile.

y que sus opiniones sean tomadas en cuenta dentro de los procesos, lo cual muchas veces es pasado por alto por las autoridades judiciales, debido en ocasiones a una ideología paternalista que invisibiliza a la participación de grupos vulnerables en procesos judiciales donde se resuelven sus intereses.

Debido a lo anterior, debe procurarse por parte de los Estados y ante la ratificación de regulaciones internacionales que resguardan los derechos de los menores, una efectiva protección de la infancia, mediante la adopción de políticas institucionales adecuadas, la creación de mecanismos adecuados que garanticen un resguardo de sus derechos y la participación efectiva en procesos judiciales.

D. AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

La Convención sobre los Derechos del Niño, concibe al niño como sujeto de derechos como una persona con capacidad progresiva en consonancia con la evolución de sus facultades. De tal forma que en la medida en que evolucione la capacidad cognitiva de la persona menor de edad para comprender el alcance de sus actos, mayor autonomía habrá de reconocerse en el ejercicio de sus derechos. En el análisis de este tema, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 12 de 2009, vislumbra el desarrollo evolutivo de la persona menor en relación directamente proporcional con la autonomía progresiva, señala de forma concreta lo que sigue:

> Los Estados parte no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados parte deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad"

Un mayor fundamento a tal capacidad de las personas menores de edad se encuentra de forma clara en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, cuando regula el derecho del niño a ser escuchado sin estipular una determinada edad para estimarlo, ello confirma la relevancia otorgada al desarrollo evolutivo del infante, que en algunos casos no coincide con su edad cronológica (Montejo Rivero, 2012)[16]. Esto se traduce en que la imposición de límites de edad para el ejercicio de este derecho sería exactamente eso, una limitación al ejercicio del derecho a expresar sus opiniones contrario al espíritu de la Convención. En esta línea de ideas, en cuanto a la participación de los menores de edad en los procesos administrativos y judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[16] Montejo Rivero, J. M. (2012). Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio: Reto Del Derecho Familiar Contemporáneo. En Revista sobre la infancia y la adolescencia, 23-36.

en opinión consultiva número 17 del 2012, señaló de forma expresa lo siguiente:

> Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Los niños y niñas son capaces de formarse opiniones desde edades muy tempranas, aun cuando no pueda expresarlas por medio del lenguaje, por lo que una plena aplicación del artículo 12 de la Convención de 1989, exige el reconocimiento de otras formas de expresión o de comunicación, mediante las cuales, los niños más pequeños puedan demostrar su capacidad para comprender, elegir y manifestar sus preferencias; como bien lo indica la autora Kemelmajer (1994)[17] "*…hay que dejarle su lugar al niño, en el orden de las generaciones y no privarlo de lugares esenciales en la estructuración de su personalidad. Sus ideas, sus sentimientos, cuentan y no pueden ser rechazados solo porque es un niño*…".

Un aspecto que debe tenerse en consideración es la posibilidad de escuchar a las personas menores de edad en procesos judiciales, también debe analizarse en cada caso en concreto, ello porque como bien lo indica el Dr. Soto, se deben analizar sus capacidades, y de forma concreta señala lo siguiente:

> la participación de las personas menores no puede ser exactamente igual en todos los casos, por cuanto su madurez y discernimiento variarán dependiendo de la edad que tengan. En consecuencia, los derechos y garantías tendrán que cumplirse dentro de las características del caso particular…La mencionada convención es una muestra más de que la tendencia es dar plena participación a las personas menores en el ámbito procesal. Obviamente, cuando las personas menores tengan una edad que les impida, por sí mismas, participar de forma directa, tendrá que garantizarse que sean objetivamente a través de sus progenitores, cuando no haya

[17] Kemelmajer de Carlucci, A. (1994). Derecho Privado en la Reforma Constitucional: El Derecho Constitucional del Menor a ser oído. Argentina: Rubinzabal Culzoni.

interés contrario entre sí, por medio de la figura de un curador procesal" (Soto, 2011, p.133)[18].

Es relevante además visualizar el derecho de participación de las personas menores de edad y su capacidad progresiva en forma concreta en los procesos judiciales, a diferencia de lo que ocurre en el país actualmente, en los que estos asuntos se han venido resolviendo entre adultos, invisibilizando a las personas menores de edad y su participación, cuando se le niega totalmente la posibilidad de opinar en un proceso donde lo que se discute sus derechos. Si bien es cierto, los instrumentos internacionales como la Convención sobre los derechos de los niños y la Convención Americana de Derechos Humanos, le otorgan a los niños, niñas y adolescentes, las garantías de acceso a la justicia en condiciones de igualdad con respecto de las personas adultas, en los procesos judiciales, por medio de la representación de los progenitores, en ocasiones tienen intereses contrarios a los de las personas menores de edad.

Sin esta garantía de acceso a la justicia para las personas menores de edad, la única alternativa para participar en los procesos judiciales si no se cuenta con el apoyo de alguno de los progenitores, es la figura del Abogado del menor, que no ha sido del todo desarrollada en el país. En este sentido los Códigos de Familia de El Salvador (Art. 223), Panamá (Art. 332) y Costa Rica (Art. 140), establecen restricciones al ejercicio del deber de representación de los progenitores que se deriva de la autoridad parental en los supuestos en que *exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo o la hija*, dada esta circunstancia, las personas menores de edad deberán ser representadas por la Procuraduría General de la Republica, por un Defensor del Menor y por el Patronato Nacional de la Infancia, respectivamente, pero para que esta representación por parte de terceros tenga los efectos esperados, las personas menores de edad deberán poder participar activamente en los procesos y ser escuchados.

E. EL DERECHO DE DEFENSA Y EL PATROCINIO LETRADO EN MATERIA DE FAMILIA EN COSTA RICA

El derecho de defensa cuyo desarrollo normativo ha sido bastante amplio, por medio de los diferentes instrumentos internacionales y nacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha sido desarrollado más claramente en materia penal que en materias de otro carácter. Sin embargo, se establecen principios de los cuales se extrae la importancia del ejercicio de este derecho fundamental, lo cual incluye otras materias como el derecho de familia por medio de los diversos procesos.

Por su parte, Instrumentos como las Reglas de Brasilia, son de gran importancia en el tema del derecho de defensa, logrando establecer lineamientos más específicos, cuyo fin primordial es dar respaldo legal a

[18] Soto Castro, R. (2011). La opinión de las personas menores de edad comogarantía procesal y derecho fundamental. Colecciones Derecho y Justicia. Derecho de Familia

personas que presentan diferentes condiciones de vulnerabilidad ante la administración de justicia. Sin duda alguna, la asistencia técnica y gratuita por medio de la defensa pública, incluso ampliando sus funciones, garantiza un efectivo derecho de defensa de las personas que están en una condición de vulnerabilidad. De igual manera, de la Constitución Política de Costa Rica, podemos extraer principios de orden fundamental tendientes a desarrollar el derecho de defensa, de forma general, al igual que con el resto de normativa nacional como la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sobre todo en esfera de protección tan amplia que tienen las poblaciones vulnerables como lo son las personas menores de edad.

En virtud de lo anterior, se extrae que existe una regulación normativa del derecho de defensa y la representación legal, tanto a nivel nacional como internacional, contamos entonces con el Código de Familia, Ley de Pensiones Alimentarias, Código de la Niñez y Adolescencia, Convención Interamericana de Obligaciones Alimentarias y Reglas de Brasilia, pero lamentablemente el cumplimiento material de estas disposiciones, no ha sido el más apegado a dicha normativa en materia de familia, y al igual que en algunos países el tema del Abogado del menor en los procesos ha sido invisibilizado, en razón de ello resulta de interés realizar un análisis del tema, del derecho de defensa desde una perspectiva de los derechos de la persona menor de edad.

e.1.Patrocinio Letrado en materia de familia en Costa Rica

El Patrocinio significa amparo protección auxilio, letrado significa sabio, docto, instruido, y que también puede ser brindado por alguien como el abogado titulado en derecho. El patrocinio letrado puede y debe ser instrumento para la realización de valores como la justicia, que puede poseer diversos alcances como la protección formal de voluntad de las partes, aseguramiento del asesoramiento correcto y colaboración en la tarea del juez (Ciuro,s.rf. p.37)[19]. En el caso de las personas menores de edad el abogado se convierte en aquel que "…*patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad*…" (Moreno, s.rf.p.58)[20]. En el Código de Familia de Costa Rica establece en el numeral 7, que: *"…Para hacer valer los derechos consignados en este Código, quienes carezcan de asistencia legal y de recursos económicos para pagarla, tiene derecho a que el estado se la suministre conforme a la ley…".* Contradictoriamente el mismo cuerpo legal establece en el numeral 151, que, en caso de conflicto por la autoridad parental, las partes pueden acudir al tribunal sin la necesidad de un abogado, nótese que el primer numeral, lo establece como un derecho de las personas que no cuentan con los medios económicos para ello, sin embargo, el segundo es una posibilidad de elección de las partes.

[19] Ciuro, Caldani, La Obligatoriedad Internacional del patrocinio letrado. Recuperado el 9 de julio del 2013 de http://cartapacio.edu.ar

[20] Moreno, D. (s.rf) La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño. Lectura de la Antología de la Maestría de Familia de la Universidad Latina.

Es así, que se extrae del artículo 7, que, para reclamar los derechos establecidos en el Código de Familia, las partes necesariamente deberán de contar con la asistencia de un profesional en derecho y se conmina a que en el caso de que la parte no pueda por su condición económica pagarla tiene derecho a que el Estado le brinde esta asistencia legal. Es decir, se hace necesario para garantizar ese derecho de defensa de los intereses de la parte, la asistencia legal, como una forma de garantía de un debido proceso en esta materia, siendo que también se establece una delimitación expresa, para la prestación del servicio, ya que necesariamente debe la parte solicitante carecer de recursos económicos que le permitan sufragar un litigante particular, no dando lugar a la posibilidad de que el servicio sea brindado a cualquier ciudadano, sino que debe cumplirse con esta condición económica.

La asistencia legal gratuita en materia de pensiones alimentarias se encuentra asignada por ley a la Defensa Pública, la cual se encuentra alrededor de todo el país, contemplado en el numeral trece de la Ley. La norma es expresa y clara en señalar a que institución le corresponde la asistencia gratuita en dicha materia, es decir a la Defensa Pública, misma que en un inicio podía tramitar la defensa de los intereses tanto de una parte como de otras. Sin embargo, se hizo necesario realizar una interpretación en este aspecto y se modificó dejando esa representación tan sólo para la parte actora. La resolución de Corte Plena, en la sección No.23-01 del 4 de julio del año 2001[21], propiamente en su artículo V; estableció que la Defensa Pública debería prestar servicio únicamente a una de las partes en el proceso de pensiones alimentarias, es decir a la parte acreedora. Es importante indicar que lo anterior fue respaldado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la resolución 6610-01 del 10 de julio del 2001[22]. De igual forma, la Sala Constitucional, en la resolución

[21] **"…**Interpretar la disposición del artículo 13 de la ley de pensiones alimentarías... de tal forma que la asistencia letrada en pensiones alimentarías, únicamente se brinde a la acreedora o acreedor…**"**

[22] **"…VI. -** De conformidad con los presupuestos expuestos, tampoco se estima lesionado el principio de igualdad, toda vez que el acreedor alimentario y el obligado no se encuentran en igualdad de condición. En este tipo de obligaciones alimentarias, no existen dos partes iguales, sino una dominante por su independencia económica y otra dominada por su sujeción económica; y debe considerarse que el principio de igualdad ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, como en el caso concreto. Recuérdese que el bien jurídico protegido a través de la imposición de una pensión alimentaria, es la necesidad y condición de dependencia en que se encuentra el acreedor alimentario respecto al obligado. Por consiguiente, no se les puede estimar en igualdad de condición, de hecho los acreedores alimentarios recurren a los Tribunales por encontrarse en una situación de necesidad y precariedad, toda vez que el obligado incumplió con sus deberes familiares y legales, resultando razonable, que el Estado ante esta situación les facilite al menos

2001-8926, de las quince horas con cinco minutos de setiembre del dos mil uno se pronunció en el mismo sentido[23].

Otro cuerpo legal en donde se regula la existencia del derecho de defensa, como base para la garantía de un adecuado proceso es en el Código de la Niñez y Adolescencia, en el cual se establece en el numeral 114[24], cuáles son las garantías de los menores en un proceso. La sentencia 180 de las 9:50 horas del 31 de enero del 2007[25] emitida por el tribunal de familia sobre tema señaló que el numeral antes citado establece el derecho del patrocinio letrado, y que si bien es cierto en el caso del régimen establecido en el artículo 151 del Código de Familia sobre la autoridad parental pueden presentarse sin un profesional en la materia, podría esto considerarse como una indefensión.

e.2. Normativa Internacional

Existen diversos instrumentos internacionales que establecen la

---

la asesoría jurídica para que puedan accesar a la justicia exigiendo sus derechos de índole humanitario, pues de dicha pensión muchas veces, dependen sus necesidades básicas para vivir. Por otro lado, el artículo 114 del Código de la Niñez y la Adolescencia vino a reafirmar la necesidad de otorgar este beneficio, cuando dispuso que en aquellos procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará la defensa técnica y la representación judicial gratuita. Fue con dicho espíritu que la ley acogió la posibilidad de brindarle a los acreedores alimentarios el beneficio de poder acceder a exigir sus derechos contando al menos con la defensa técnica en forma gratuita por parte del Estado y no así con el obligado, quien conocedor de sus obligaciones y evasor de las mismas, deberá asumir su defensa en las instancias judiciales, quien para dichos efectos, podrá encontrar asistencia en los consultorios jurídicos u otros medios…"

[23] "…Por lo anteriormente indicado ha considerado esta Sala que la defensa pública no está obligada a brindar asistencia gratuita a quien es demandado en un proceso de alimentario, como se da en el caso del recurrente por cuanto no es esta una materia determinada por ley para recibir esa asistencia..."

[24] **"…ARTÍCULO 114.- Garantías en los procesos**

En los procesos y procedimientos en que se discutan los derechos de personas menores de edad, el Estado les garantizará:

a) Gratuidad: el Estado proporcionará a toda persona menor de edad la defensa técnica y la representación judicial gratuita. **(…)**"

[25] "… **Se violenta el derecho de todo ciudadano, en casos litigiosos, de contar con el patrocinio letrado de un profesional en derecho, tal como lo obliga la normativa procesal en el numeral 114 del Código de rito,** tanto para que el demandante tenga un conocimiento cabal de lo pedido y de sus consecuencias y expectativas, cuanto para la debida consulta con su director judicial ante cada situación o acto procesal que se produzca en el transcurso del proceso, además del uso de los medios de impugnación por la vía de los recursos que concede la ley. Si bien la práctica de iniciar estos procesos de visitas a través del nuevo procedimiento expedito creado en el artículo 151 del Código de Familia para conflictos en el ejercicio de la patria potestad podría entenderse como una iniciativa loable, la verdad es que con tan buena intención podría procurarse más bien indefensión a los involucrados en un conflicto como el que aquí se presenta, que no se trata de simples diferencias en el ejercicio de los roles de patria potestad sino de posiciones evidentemente contrarias. "(resaltado no es del original)

importancia del patrocinio letrado en procesos judiciales y sobre todo en materia de familia cuando se protegen los derechos de grupos vulnerables. En primer lugar es importante citar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de Pensión, la cual tiene como fin la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte, aplicándose en el caso de menores y a las relaciones que se deriven de los vínculos matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales lo anterior según establece el ámbito de aplicación en su artículo primero, o bien a demás acreedores que el país incluya al momento de, suscribir, ratificar o adherir a la presente Convención, de conformidad con el artículo tres de la misma.

Esta convención en su numeral once, establece que para que las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias tengan eficacia extraterritorial en los Estados Parte, debe de reunir una serie de requisitos , entre ellos, como la competencia del juez en la esfera para conocer y juzgar el asunto; la traducción y legalización de la sentencia y los documentos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; y de donde provienen, entre otros señala el inciso f del mismo artículo que : ***" …se haya asegurado la defensa de las partes***…", lo anterior se complementa con al articulado catorce[26] de la misma normativa. Es claro, como se asume el compromiso por medio de los países partes del convenio como el nuestro, el facilitar esa asistencia gratuita de un profesional en la materia para que pueda representar los intereses de la parte en el proceso de pensión alimentaria, en las circunstancias en las que se encuentren involucrados dos o más estados.

En segundo lugar, en protección de los grupos vulnerables en el capítulo y sección primera de las Reglas de Brasilia, se establece que el objetivo de dicha normativa consiste en garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación de ningún tipo y comprendiendo todo un grupo de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Es importante mencionar que entre muchas de las consideraciones que se plantean en esta normativa se establece con respecto al tema que nos ocupa, específicamente en el capítulo segundo, denominado como "…*efectivo acceso a la justicia para la defensa de los*

[26] "…Ningún tipo de caución será exigible al acreedor de alimentos por la circunstancia de poseer nacionalidad extranjera, o tener su domicilio o residencia habitual en otro Estado. El beneficio de pobreza declarado en favor del acreedor en el Estado Parte donde hubiere ejercido su reclamación, será reconocido en el Estado Parte donde se hiciere efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza… "

derechos…", y en la sección segunda, numeral 28[27] lo establece. Por otra parte, continúa haciendo énfasis este instrumento internacional en garantizar el derecho de defensa, incluso señalando a la Defensa Pública, por medio de la ampliación de sus funciones ya no solo en materia de orden penal[28]. Ahora, bien, este instrumento no solo señala la necesidad de que las partes vulnerables en un proceso cuenten con asistencia técnica, sino que establece como debe de ser esa asesoría letrada en el numeral 30 de esta sección[29]. Un elemento importante que se resalta en dicho cuerpo legal, y que se complementa con lo anterior es la necesidad de generar acciones para garantizar la gratuidad de esa asesoría técnica[30].

En el numeral 40[31] de dicha sección se establece la necesidad de especialización, de los funcionarios y profesionales para poder atender a las personas en condiciones de vulnerabilidad, lo cual, implica necesariamente que el profesional que deba atender este tipo de casos requiere de especialización en la materia en si, como en la forma de brindar el servicio. Señala también la normativa en cuestión, que incluso en casos de que sea aplicable la resolución alterna de conflictos, se deben gestionar medidas que permitan la participación de personas en estado de vulnerabilidad en este sistema, y reitera, como requisito de ésta entre otros, la asistencia de

[27] "…Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica a la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

• En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;

• En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;

• Y en materia de asistencia letrada al detenido…"

[28] "(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados…"(…)

[29] "(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia…"

[30] "… (31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones…"

[31] "….(40)…Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. (…)"

profesionales, al efecto el numeral 47[32] .

En tercer lugar, es de gran importancia citar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer sea Convención Belén Do Para, la cual busca proteger los derechos de las mujeres, por medio de la eliminación de todo acto de violencia en contra de ésta, definiendo la violencia según su primer artículo como toda conducta o acción, que sobre la base del género genere muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, en la esfera pública y /o privada. En ese sentido, el artículo 4 realiza un reconocimiento de una serie de derechos humanos y libertades de la mujer, entre ellos, desde los más fundamentales como la vida, la integridad física, hasta la igualdad de la protección de la ley y ante ella, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Lo anterior se relaciona con el numeral cinco de la misma normativa cuando señala que toda mujer podrá ejercer plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

De igual forma existe una fundamental relación entre la posibilidad de la mujer de ejercitar los derechos, en este caso principalmente el derecho a un recurso sencillo que la ampare contra actos que violen sus derechos. Sin embargo, aún y cuando no hace referencia expresa al patrocinio letrado gratuito, podemos señalar que en caso de que con motivo de esa violencia exista un delito, la mujer tendrá la posibilidad de ser asesorada por un representante del ministerio público, quien le informara del proceso y de sus derechos como víctima de un delito.

Ahora bien, si relacionamos esta normativa internacional con la Ley de Violencia Doméstica, podemos indicar que el numeral 7 establece que los Estados partes convienen en adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo, entre varias de las acciones posibles la de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; para establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; a resarcimiento,

[32] "… (47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. (…)".

reparación del daño u otros medios de compensación. Este tipo de compromiso se complementa con el numeral 8, cuando los estados señalan que convienen en adoptar medidas específicas, inclusive programas y servicios especializados para una atención especial de la mujer[33]; anterior aspecto sobre el cual se podría incluir un patrocinio letrado gratuito que le represente por ejemplo en los procesos de violencia doméstica.

En virtud de las normas anteriormente citadas tanto a nivel nacional como internacional, se evidencia la necesidad de contar con un representante legal en materia de familia, pero sobre todo un Abogado para la persona menor de edad, ello en aras de respetar un debido proceso, el derecho de defensa y sobre todo respetando el interés superior del menor, como bien lo indica el juez del Tribunal de Familia de Costa Rica Mauricio Chacón "…*se debe adecuar el acceso a la justicia para las personas menores de edad, acorde con la doctrina de la protección integral, que desarrolla la Convención sobre los Derechos del Niño, dotándoles de capacidad procesal en los actos relativos a derechos de personalidad…siempre y cuando haya alcanzado el grado de madurez suficiente que le permita desenvolverse en un proceso judicial*...."(2008,p.255).

F. EL ABOGADO DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

El análisis de los tópicos citados en los acápites anteriores, son de vital trascendencia para poder iniciar la conceptualización del Abogado del menor, ya que debe tenerse claro el derecho de la persona menor de contar con un patrocinio letrado, el derecho de defensa, el interés superior del menor, la autonomía progresiva y sobre todo la importancia de la opinión del menor en los procesos judiciales, partiendo de este punto, debemos recordar que la resolución del Tribunal de Familia de Costa Rica número 607 del año 2007 de las nueve horas cuarenta minutos, que contextualiza esta temática, al señalar lo siguiente:

> "…la normativa toma en cuenta que debido a la especial condición de personas en etapa de desarrollo la exigibilidad de los derechos por parte de los titulares menores de edad tiene características particulares diferentes a la exigibilidad de los derechos del adulto. Se establecen así mecanismos para que los niños, las niñas y los adolescentes ejerzan el derecho a opinar y se respete la obligación de consultarlos en la toma de decisiones que los afecten. Es precisamente el derecho a opinar plasmado en la Convención sobre Derechos de Niños el que convierte en realidad la posibilidad de que sean sujetos de derechos…".

El derecho de tener un abogado para la persona menor de edad debe ser entendido como verdadera garantía en el proceso, ya que hace efectivos sus derechos como sujeto del proceso, ahora bien, en su aplicación práctica

[33] "d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia"(…).

debemos recurrir a los países que tienen establecida esta figura, para poder comprenderla mejor y sobre todo de la doctrina calificada que ha desarrollado su trascendencia e importancia en el proceso.

Un primer punto que debe analizarse, es la forma de designación del Abogado para el menor, ya que podría pensarse en una elección previa, o una designación para el caso específico, y al respecto podemos aclarar con una cita de la Memoria del Congreso de Familia de 2000, que nos clarifica el tema "…*en cuanto a la designación de un representante hay varias posiciones" a) la elección de figura del abogado del niño corresponde a sus representantes, o en su caso al juez, debiendo organizarse un servicio de representación de niños; b) el niño tiene derecho a designar su propio abogado en el proceso*…" (Memorias del X Congreso, 2000)[34], siendo entonces que podría ser elección libre por parte del menor y con la debida preparación para representar a la persona menor de edad en todo en el proceso, como bien lo señala Padula:

> "…en otras latitudes la figura del abogado del niño, las niñas y los adolescentes, constituye una garantía procesal de carácter instrumental, mismo que deberá ser especializado en la materia independiente de otras figuras de representación de los mismos, que lo asistirá desde el inicio del proceso, siendo responsabilidad del Estado la cobertura de este servicio, en forma gratuita…" (Padula citado por González, 2013, p 87)[35]

En Argentina podemos entender de forma clara la figura del Abogado del menor, ya que se encuentra regulado por medio de la Ley 26.061, toda vez que es "…*un abogado que actúa como patrocinante del niño. Se parte del supuesto de hecho de que el niño de acuerdo con su capacidad progresiva cuenta con el grado de madurez necesario para decidir por sí mismo. Este profesional va a defender la tesis del menor, sus intereses en el proceso, partiendo de que la persona menor de edad tiene un juicio claro y madurez para formular una pretensión*…" (Campos, 2009, p. 66)[36].

Un segundo aspecto que debe tomarse en consideración, una vez que se designa el abogado, es la capacidad del menor y en forma concreta la autonomía progresiva [37], ya que pues en caso contrario, una solución sería el

[34] X Congreso Internacional de Derecho de Familia Segunda Comisión (2000). "El niño como sujeto de derechos. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas". En Kemelmajer de Carlucci, A. El Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

[35] González, S. (2013). La Participación de las personas menores de edad en los procesos familiares, donde se discutan los atributos de la Autoridad Parental a la luz del Ante proyecto Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).

[36] Campos, Y (2009). La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del Anteproyecto de la Ley Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).

[37]"…si el niño goza de edad suficiente y capacidad para formular su propia posición informada, entonces el profesional deberá abogar por dicha posición…" . Famá M y Herrera M (2008). Participación de los Niños y Adolescentes en el Derecho Procesal de Familia. En Kielmanovich,

nombramiento de un curador, como se especifica por Famá y Herrera[38]; pero el nombramiento de este curador ad litem, podría desmeritar la doctrina de la protección integral, y es un retroceso en la aplicación de los principios internacionales que resguardan a las personas menores de edad como sujetos de derechos, y así lo indican las mismas autoras[39].

Es así, que el abogado del menor es figura muy importante y que resguarda los derechos de la persona menor de edad[40], haciendo que su voz sea escuchada en el proceso[41]. Es importante tener presente que algunas legislaciones el abogado del menor no se encuentra regulado de forma expresa, pero se establecen figuras similares, conocidos como Ministerio Público de los menores. Así mismo, una vez designado el representante, haber determinado las capacidades del menor, no puede olvidarse que el Abogado del menor – en los países que se regula- es una figura trascendental, ya que, de no tenerse como parte, podría generarse una nulidad[42].

Es importante sobre ese tema citar a la MSc Yudy Campos, que realizo un estudio de la participación de las personas menores de edad en los procesos judiciales en Costa Rica, siendo que en el 2009 concluyó que la misma es

J. y Benavides, D. (ed.). Derecho procesal de familia. San José: Editorial Jurídica Continental, p.192.

[38] "…si la PME no tiene madurez suficiente para formarse un juicio propio, el abogado del niño está facultado para solicitar un curador ad Litem. O en su caso, si este puede verbalizar sus preferencias, pero si el abogado estima que estas no son las más adecuadas según su interés superior, puede optar entre solicitar al tribunal un curador ad litem, y /o seguir instrucciones del menor, y/o seguirlas, pero informando al tribunal…" (Famá y Herrera, 2008, citada por Campos 2009, p 67).

[39] "…así mientras el tutor ad litem es una figura ligada a la incapacidad del niño que sustituye su voluntad y, por tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto (confundiéndose, en algún punto con la figura del Defensor de Menores), el abogado del niño es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva, que justamente, aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. Así el abogado del niño no sustituye su voluntad, la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como podría ocurrir con cualquier adulto…" (Famá y Herrera, 2008, p 165)

[40] "…el abogado del niño defiende el interés del personal y particular del niño que patrocina representa sus puntos de vistas ante el juez presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a su representado…". Burgués, M. (2011). Ejercicio de Defensa e Infancia. Implicancias en la Legislación de Protección Integral Nacional y de la Provincia de Santa Fe. Memoria del IV Congreso Estado de Derecho e Infancia. Montevideo: Ompli, p. 149).

[41] "…este abogado del niño tendrá una amplia actuación procesal, es quien tiene a cargo la causa, debe defender los intereses de la persona menor de edad (Claria y Pietra citado por González, 2013, p. 87)

[42] "…la participación de dicho órgano en Argentina por ejemplo, es consecuencia de la promoción de acción por él mismo, asumiendo condición de parte o bien como participante en razón del interés que tenga una persona menor de edad en el proceso, so pena de nulidad la omisión de tenerle como parte…" (Glaria y Pietra citadas por González, 2013, p. 117).

limitada[43], lo cual va en detrimento de la Convención de los Derechos del Niño, y la Observación General número 12.

Ahora bien, es importante que el Código Procesal Familiar de Costa Rica que entrara en vigencia en octubre de 2022, se establece de forma expresa la importancia de la capacidad de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales, procurando el resguardo de sus derechos, conforme los numerales 41, 42 y 43[44], resultando de vital importancia el numeral 42 que señala de forma expresa que los menores que no tengan recursos económicos el Estado procurará su representación en el proceso judicial, ahora bien, aunque no se indica de forma expresa la figura del Abogado del menor, este numeral es una gran aproximación a lograr tal representación en el proceso judicial para las personas menores de edad.

En razón de esta regulación convendría cuestionarnos a quién le asignará el Estado esta representación expresa de las personas menores de edad, toda vez que por mandato constitucional el PANI es el ente rector y representante de esta población, pero con la entrada en vigencia del Código Procesal de Familiar, se exige una representación técnica diferenciada para los menores de edad, que debe ser ejercida por profesionales que tengan la

[43] "…La participación de las PME en los procesos judiciales actualmente es limitada, pues en algunos casos no se les entrevista, sin que ello se justifique…" (Campos, 2009, p. ii). Inclusive a lo largo de su estudio indica que las personas menores de edad "…no tienen participación directa en los procesos que le afectan, pese a lo que establece el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia, sobre la participación directa" (Campos, 2009, p. 75)

[44] "Artículo 41. Representación procesal de menores de edad y personas con discapacidad Se reconoce a todas las personas mayores de doce años el ejercicio personal y plena de la capacidad procesal, para el trámite de los procesos establecidos en este Código, sin perjuicio de que prefieran que sus padres u otras personas representantes actúen en su nombre. Tratándose de personas menores de doce años, la autoridad judicial llamará a quien ejerza la responsabilidad parental o bien, en su caso, a quien asigne el Patronato Nacional de la Infancia y, si esta persona no se encontrare disponible en ese momento, podrá nombrársele representación provisional hasta tanto el ente mencionado apersone a la persona elegida. No obstante, estas personas podrán ejercer el derecho a ser oídas y participar activamente de manera progresiva y conforme a su capacidad volitiva, según la ley y bajo la apreciación del tribunal; teniendo derecho a acudir personalmente ante este y a que se les atienda en forma personalizada y conforme a sus características etarias, debiendo las personas funcionarias judiciales velar por la efectivización de los derechos de las personas menores de edad. Excepcionalmente las personas menores de doce años podrán accionar en forma personal. En este caso, para el inicio del proceso el tribunal deberá contar con un informe psicológico del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial que acredite que la persona menor de edad tiene la capacidad para ejercer dicha acción." "Artículo 42: Asistencia y patrocinio letrado gratuito: "El Estado garantizará la asistencia y el patrocinio letrado gratuito a las personas menores de edad que carezcan de medios económicos suficientes". "Artículo 43: Garantías mínimas en el procedimiento para personas menores de edad: "Se debe garantizar a toda persona menor de edad todos los derechos contemplados en la Constitución política, la Convención sobre los Derechos del Niño, otros tratados internacionales y las leyes de la materia".

capacitación al respecto, en aras de ejercer una adecuada y debida representación, toda vez que la regulación más cercana al Abogado del menor que tendríamos en el país.

En los proyectos anteriores del Código Procesal de Familia en Costa Rica se contemplaba la figura de Fiscalía de asuntos de Familia, así como Defensa Pública en materia de Familia, pero cambio con la aprobación del texto en 19.455 que es Proyecto de Ley Código Procesal de Familia, y ello ya no es parte del texto legislativo debido a que únicamente se hace referencia a la Defensa Pública para procesos de pensiones alimentarias. Ahora bien, valga reflexionar que no se indica la creación de la figura del Abogado del menor, habría que cuestionarse quien tendría esta representación de forma directa, en aras de los principios internacionales que resguardan los derechos de las personas menores de edad[45].

En esta línea de ideas es importante citar la resolución del Tribunal de Familia 590-14 de las diez horas diecisiete minutos del dieciséis de julio del año 2014 [46] mediante la cual se indica que no es suficiente con un patrocinio letrado sino que debe garantizarse los derechos de las personas menores de edad en el proceso para que existe una verdadera tutela judicial efectiva, y por ende la figura del Abogado del menor debe ser establecida de forma expresa en la legislación costarricense en aras de garantizar sus derechos y efectiva participación en los procesos judiciales, ya que los numerales 41 a 43 del Código Procesal de Familia, si bien regulan la representación de los menores de edad en los procesos de familia, debe ser establecida la figura del Abogado en todos los procesos donde se deben resolver sobre sus intereses en aras del resguardo de sus derechos.

G. LEGISLACIÓN COMPARADA

La figura del abogado del menor, como se había indicado en acápites anteriores, se encuentra regulada en algunos países. En primer lugar, podríamos citar el caso de Argentina[47] que lo tiene regulado de forma expresa

[45] "la tarea de la jurisdicción de niñez y adolescencia se orienta a determinar la forma más adecuada de dar participación a las personas menores de edad…" Camacho, E. (2011). Los deberes y derechos de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales. En Derecho de Familia, San José: Escuela Judicial. p. 58).

[46] "…es deber de los juzgadores garantizar el Derecho Humano de acceso a la justicia, de las personas menores de edad, se desarrolle plenamente. Este derecho no se cumple, solamente con la existencia de una representación procesal formal, sino que esta debe ser eficaz y eficiente en términos de que los intereses de la persona menor de edad se defiendan a cabalidad, bajo el estricto respecto del principio de su mejor interés o superior interés…"

[47] "…por medio de la Ley 26.061, que en su artículo 27 dispone, en lo que interesa, que este derecho comprende el derecho y garantía de ser oído ante la autoridad competente, cada vez que así lo solicite el niño y el adolescente; y a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo. En el caso de carecer de recursos el Estado suministrará este letrado; además tiene derecho a

y en el caso de España[48] se encuentra la Fiscalía de Menores. Ahora bien, en Canadá, se encuentra regulado el derecho de la persona menor de edad de ser escuchado[49]. Para tener claridad sobre los países que tienen regulada esta figura sea como Abogado del menor o un representante en concreto –Ministerio Publico-, haremos un cuadro para presentar esta información, que se detalla a continuación:

PAÍS	LEGISLACIÓN	NUMERAL
España	Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 artículos 748 a 781	Artículo 749. Intervención del Ministerio Fiscal. 1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. 2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el **procedimiento sea menor**, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.
Salvador	Ley Procesal de Familia del Salvador	Procuradores de Familia Art. 19.- En cada Juzgado de Familia habrá un Procurador de Familia, delegado del Procurador General de la República, quien velará por el interés de la familia**, de los menores**, incapaces y de

participar activamente el procedimiento y a recurrir ante el superior cualquier resolución que le afecte…".

[48] "…por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tiene por objetivo garantizar los derechos fundamentales de las personas menores de edad, durante su minoridad. (Campos, 2009, p. 70).

[49] "…en Quebec, la ley establece que el tribunal tiene la obligación de dar al niño, que quiere la oportunidad de ser oído si su edad y discernimiento lo permitan…" (Campos, 2009, p 71).

		las personas de la tercera edad, y además actuará en representación de la parte demandada en los casos previstos por la ley. El Procurador de Familia podrá intervenir y hacer uso de sus derechos en todos los actos procesales. Carencia o ausencia del representante legal de menores e incapaces Art. 20.- Cuando un **menor** o un incapaz haya de ser demandado y carezca de representante legal o se ignore el paradero de éste, se expresará tal circunstancia en la demanda y comprobada aquélla lo representará el Procurador General de la República, a través de sus auxiliares. Para comprobar la circunstancia indicada en el inciso anterior, el Juez señalará audiencia para recibir la prueba y dictar resolución.
Panamá	Código de Familia	Artículo 738. El Ministerio Público intervendrá, como representante de la sociedad y del Estado, en los procesos y actuaciones de la jurisdicción familiar; y el **Defensor del Menor**, en los procesos de menores, bajo sanción de nulidad en caso contrario. Se exceptúan los casos expresamente señalados en la ley. Artículo 834. Los abogados de oficio de familia y menores y los Defensores de Menores tienen las siguientes funciones: **1. Abogados de Oficio de Familia y Menores;** a. Ofrecer asesoramiento legal gratuito a las personas o familias de bajos recursos que se lo soliciten; b. Defender a los menores y a los discapacitados que así lo requieran, ante los Tribunales de Menores; c. Representar ante los Tribunales de

		Familia, ya sea como demandante o demandado, a todas aquellas personas que comprueben, mediante el análisis socio-económico correspondiente, que carecen de medios para pagar los servicios de un abogado; ch. Prestar servicios en los procesos en que los Jueces de Familia o de Menores lo designen; d. Servir de consultores legales gratuitos en los centros, hogares y albergues de atención integral, custodia, protección y educación de menores, ancianos, minusválidos y en otras entidades afines; e. Ofrecer servicios de asistencia legal a los centros de orientación y conciliación familiar; y f. Llevar un registro pormenorizado de los casos bajo su cuidado y rendir los informes que le soliciten las autoridades correspondientes. **2. Defensor del Menor**: a. Recibir las quejas, de cualquier individuo o institución, referentes a la violación de los derechos y garantías procesales de un menor; b. Solicitar al gobierno central, instituciones autónomas, semiautónomas o municipales, a la empresa privada, al Órgano Judicial y a la Jurisdicción Especial de Menores, los informes que requiera para la investigación de las violaciones u omisiones a los derechos y garantías del menor; c. Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos que, a su juicio, impliquen situaciones irregulares en perjuicio del menor; ch. Promover las acciones judiciales que sean necesarias, en defensa de los derechos y garantías de su representado; d. Emitir concepto en los procesos de

		menores en los casos en que la ley así lo disponga; e. Presentar un informe anual al Presidente de la República y a la Asamblea Legislativa de las actuaciones de la defensoría del menor.
Perú	Ley Orgánica del Ministerio Publico	Artículo 96 - A.- Son atribuciones del Fiscal Provincial de Familia: 1. Intervenir como parte, presentando los recursos impugnativos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los procesos de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos y de divorcio. 2. Intervenir como Dictaminador en los procesos sobre estado y capacidad de la persona, contenidos en la Sección Primera del Libro I del Código Civil. 3. Intervenir, a solicitud de parte, como conciliador en asuntos de familia, para propiciar acuerdos entre las partes y lograr la solución consensual al conflicto, siempre que no se haya iniciado proceso judicial, en asuntos de alimentos, tenencia de menores, régimen de visitas y del Régimen de Patria Potestad. No se podrá propiciar acuerdos sobre derechos no disponibles, irrenunciables o sobre materias que tengan connotación penal. El Acta de Conciliación Fiscal constituye título de ejecución, cuando se logre el acuerdo entre las partes. **4. Intervenir en todos los asuntos que establece el Código de los Niños y Adolescentes y la ley que establece la política del estado y la sociedad frente a la violencia familiar."**
Argentina	Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	Artículo 27. - Garantías mínimas de procedimiento. garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento

		judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; **c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;** d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.
Bolivia	Código de Familia	*Articulo 381.- fiscales familiares* Habrá fiscales de familia que ejercerán sus funciones cerca de los jueces de familia respectivos, de acuerdo a las atribuciones que se les señalan, y velarán por el cumplimiento y ejecución de las disposiciones del presente Código. Los fiscales de familia podrán intervenir además, por vía conciliatoria a objeto de lograr avenimientos o compromisos entre las partes, sin perjuicio de lo que resolviere la jurisdicción de familia. Los fiscales de familia forman parte del Ministerio Público, conforme a las leyes.
Estados	Precedentes	En diferentes Estados de E.E.U.U.

Unidos	Jurisprudenciales	autorizan a que un menor sea representado directamente por su abogado en temas de custodia controvertida entre los padres: Alaska, ver Alaska Stat. § 25.24.310(a) (Michie 1996); Arizona, ver Ariz. Rev. Stat. Ann. § 25-321 (West 1991); California, ver Cal. Fam. Code § 3150(a) (West 1994); Colorado, ver Colo. Rev. Stat. Ann. § 14-10-116 (West 1997); Connecticut , ver Conn. Gen. Stat. Ann. § 46b-54(a) (West 1995); Delaware , ver Del. Code Ann. tit. 13, § 721(c) (1993); District of Columbia, ver D.C. Code Ann. § 16-918(b) (1997); Florida, ver Fla. Stat. Ann. § 61.401 (West 1997); Idaho, ver Idaho Code § 32-704(4) (1996); Illinois, ver 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/506 (West 1993); Iowa, ver Iowa Code Ann. § 598.12(1) (West 1996); Louisiana, ver La. Rev. Stat. Ann. § 9:345(A)-(B) (West 1997); Maine, ver Me. Rev. Stat. Ann. tit. 22, § 4005(1)(A) (West 1996); Maryland, ver Md. Code Ann., Fam. Law § 1-202 (1997); Michigan, ver Mich. Comp. Laws Ann. § 722.27(1)(e) (West 1993); Nebraska, ver Neb. Rev. Stat. § 42-358(1) (1993); New Jersey, ver N.J. Stat. Ann. § 9:2-4(c) (West 1993); New York, ver N.Y. Fam. Ct. Act § 249(a) (McKinney 1983); Ohio, ver Ohio R. Civ. P. 75(B)(2); Oregon, ver Or. Rev. Stat. § 107.425(3) (1990); Pennsylvania, ver Pa. R. Civ. P. 1915.11; Rhode Island, ver R.I. Gen. Laws § 15-5-16.2(c) (1996); South Dakota, ver S.D. Codified Laws § 25-4-45.4 (Michie 1992); Utah, ver Utah Code Ann. § 30-3-11.2 (1995); Vermont, ver Vt. Stat. Ann. tit. 15, § 594 (1989); Virginia, ver Va. Code Ann. § 16.1-266(D) (Michie 1996); Washington, ver Wash. Rev. Code Ann.§ 26.09.110 (West 1997). (Tomado de http://law.indiana.edu/ilj/oldsite/volumes/v73/no2/hill.html).

Francia	Código Procesal Civil	Artículo 338-7 *(Introducido por el art. 20 del Decreto nº 93-1091 de 16 de septiembre de 1993, Boletín Oficial de 17 de septiembre de 1993)* **Si el menor compareciere solo al acto de toma de declaración, el tribunal le advertirá de su derecho a declarar asistido de abogado o de otra persona de su elección**. Si el menor se acoge a ese derecho, la declaración se aplazará a una fecha posterior. El abogado elegido por el menor lo pondrá en conocimiento del tribunal. Si el menor solicita declarar asistido de abogado, pero no lo designa por sí mismo, el tribunal requerirá su designación al decano del colegio de abogados. **Artículo 338-9** *(Introducido por el art. 20 del Decreto nº 93-1091 de 16 de septiembre de 1993, Boletín Oficial de 17 de septiembre de 1993)* Los órganos colegiados podrán tomar declaración en pleno al menor o bien designar a uno de sus miembros para que proceda a la toma de declaración y dé cuenta de ello.
Canadá	No hay referencia directa	"Las instrucciones que da un niño de 4 o 5 años no deben ser saboteadas so pretexto que no se trata de instrucciones que le da a su abogado, a menos que el niño tenga una discapacidad mental. El Abogado sólo debe apartarse del caso cuando considere que el niño no es capaz o no quiere expresar sus opiniones sobre el derecho de visita o custodia". (Campos, 2009, p 71).

H. REFLEXIÓN FINAL

En el estudio normativo de Costa Rica sobre el patrocinio letrado de la persona menor, se extrae que si existe una regulación normativa, tanto a nivel

nacional como internacional, sea tanto en el Código de Familia, Ley de Pensiones Alimentarias, Código de la Niñez y Adolescencia, Convención Interamericana de Obligaciones Alimentarias y Reglas de Brasilia, pero lamentablemente a excepción de las pensiones alimentarias el cumplimiento material de estas disposiciones, no ha sido el más apegado a dicha normativa en materia de familia, y mucho menos en niñez y adolescencia. Pensando en la persona menor de edad sus derechos se encuentran especialmente invisibilizados, ya que, al no contar con el Abogado del menor, debemos confiar en las habilidades de la persona juzgadora, pero ello a veces no resulta suficiente en los procesos, ya que requiere el resguardo de un representante legal que haga efectivos los derechos y sobre todo la opinión del menor en los procesos judiciales, como se encuentra regulado en países como Argentina.

Los principios consagrados en estar normas internacionales, tanto el derecho a la igualdad, como el derecho a opinar y ser oído de los niños y niñas, representan dos eslabones importantes del Derecho de Familia y, específicamente, del Derecho Procesal de Familia, el conocimiento y estricto cumplimiento de estas garantías son herramientas indispensables para el administrador de justicia dentro de un Estado que se precie de ser Democrático y de Derecho, por ende resulta de tan importancia la figura del Abogado del Menor y que la misma sea implementada en más países como Costa Rica de forma expresa en la normativa procesal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Benavides Santos, D. (2002). Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño en Código de Niñez y Adolescencia. San José: Juritexto.

Burgués, M. (2011). Ejercicio de Defensa e Infancia. Implicancias en la Legislación de Protección Integral Nacional y de la Provincia de Santa Fe. Memoria del IV Congreso Estado de Derecho e Infancia. Montevideo: Ompli.

Cillero Bruñol, M. (1999). Infancia Derecho y Justicia. Bravo y Allende editores.

Famá M y Herrera M (2008). *Participación de los Niños y Adolescentes en el Derecho Procesal de Familia*. En Kielmanovich, J. y Benavides, D. (ed.*). Derecho procesal de familia*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Gil Domínguez, A. Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia.* Tomo I, 1º Ed. Argentina: Ediar.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1994). Derecho Privado en la Reforma Constitucional: El Derecho Constitucional del Menor a ser oído. Argentina: Rubinzabal Culzoni.

Mizrahi, M (2006). *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. 1ª reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Montejo Rivero, J. M. (2012). *Menor de Edad y Capacidad de Ejercicio*: Reto Del Derecho Familiar Contemporáneo. En Revista sobre la infancia y la adolescencia, 23-36.
Moreno, D. (s.rf) *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*. Lectura de la Antología de la Maestría de Familia de la Universidad Latina.
Ortega Soriano, R. (2011). Los derechos de las niñas y los niños en el Derechos Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
Soto Castro, R. (2011). La opinión de las personas menores de edad como garantía procesal y derecho fundamental. Colecciones Derecho y Justicia. Derecho de Familia.
X Congreso Internacional de Derecho de Familia Segunda Comisión (2000). "El niño como sujeto de derechos. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas". En Kemelmajer de Carlucci, A. El Derecho de Familia y los nuevos Paradigmas. Tomo III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Revistas

Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído. En Revista de Derechos del niño N°3 y 4, noviembre, UNICEF. Chile.
Minryersky, N. (2009). *La protección de la niñez*. En Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia". Abeledo Perrot. Buenos Aires.
Rabanales, M. (2001). Doctrina de la situación irregular. En Cuaderno Divulgativo número 29, enero-marzo, Pronice. Guatemala
Tudares de González, T. (1996). Tendencias evolutivas en la protección del niño y del adolescente de la situación irregular a la protección integral. En Revista Capítulo Criminológico, número 24, Astro. Venezuela

Trabajos finales de graduación

Campos, Y (2009). La participación de las personas menores de edad en los procesos familiares a la luz del Anteproyecto de la Ley Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).
González, S. (2013). La Participación de las personas menores de edad en los procesos familiares, donde se discutan los atributos de la Autoridad Parental a la luz del Ante proyecto Procesal Familiar. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional).

Opiniones u observaciones

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General Número 12*.
Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Opinión Consultiva* 17-2002

Documentos de internet

Ciuro, Caldani, *La Obligatoriedad Internacional del patrocinio letrado*. Recuperado el 9 de julio del 2013 de http://cartapacio.edu.ar

Dávila Balsera, P y Naya Garmendia L (2006). La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional. En Encounters on Education, Recuperado el 25 de enero del 2014 de dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188

Demause, Lloyd (1974). *La evolución de la infancia*. Recuperado el 20 de enero del 2014 de www.psicodinamicajlc.com/articulos/evolucion_infancia.html

Normativa

Constitución Política (1949, 7 de noviembre)

Código de Familia (Ley N° 5476) (1973, 7 de noviembre)

Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 7739), (1997,11 de diciembre)

Convención sobre los derechos de los niños.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html En fecha: 15 de mayo de 2012.

Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño. (1989).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de El Salvador. (2009 26-marzo).

Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para personas con discapacidad

Reglas de Brasilia.

Resoluciones Judiciales

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Resolución 6610-01 del diez de julio del dos mil uno.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. Resolución 2001-8926 de las quince horas con cinco minutos de setiembre del dos mil uno.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 180 de las nueve horas cincuenta minutos del treinta y uno de enero del dos mil siete.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 607 de las nueve horas cuarenta minutos del dos mil siete.

TRIBUNAL DE FAMILIA. Resolución 590 de las diez horas diecisiete minutos del dieciséis de julio del dos mil catorce.

PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA
¿Claves constitucionales secretas dentro del CPF?

Diego Benavides Santos

Sumario:** I. INTRODUCCIÓN; II. COMPONENTES ESENCIALES: 1. Definición; 2. Los principios y el ABC del sistema procesal de familia; 3 ¿Naturaleza constitucional de los componentes esenciales?; 4. Los principios como componentes para que la persona humana sea el centro de la actividad procesal; 4. Los principios y la instrumentalidad; 6. Los principios y la contextualización; 7. Los principios y la sistematización; 8. Los principios y la suficiencia normativa; 9. Los principios, las normas dique y las normas esclusa; 10. Dos test imprescindibles sobre los principios; 11. El manejo del lenguaje y de la cultura en el derecho procesal de familia; 12. Ponderación entre principios; 13. Clasificación de principios en el derecho procesal de familia; III. DEBIDO PROCESO Y ORALIDAD COMO CONCEPTOS COMPLEJOS NECESARIAMENTE INSTRUMENTALIZADOS Y CONTEXTUALIZADOS: 1. Debido proceso contextualizado; 2 Oralidad contextualizada; IV. RADIOGRAFÍA DE LOS PRINCIPIOS EXPRESOS EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 CPF: 1. Fácil acceso a la justicia; 2. Impulso procesal de oficio; 3. Celeridad procesal; 4. Buena fe; 5. Economía procesal; 6. Igualdad procesal; 7. Equilibrio procesal; 8. Equilibrio entre las partes; 9. Tutela de la realidad; 10. Ausencia de contención; 11. Solución integral; 12. Abordaje interdisciplinario; 13. Búsquedad de equidad y de equilibrio procesal; 14. El mejor interés; 15. Protección integral; 16. Accesibilidad; 17. Participación e intervenciones especiales y progresivas; 18. Preclusión flexible; 19. Inestimabilidad de las pretensiones; 20. Gratuidad o costo mínimo; V. LOS PRINCIPIOS EXPRESOS NO ENLISTADOS Y LOS IMPLÍCITOS: 1. Privacidad; 2. Protección esmerada a vulnerables; 3. Ajustes de proceimientos; 4. Abordaje interinstitucional; 5. Preferencia de la desjudicialiización; 6. Flexibilidad; 7. Dinamismo; 8. Informalidad; 9. Gradualidad o intensividad; 10. Interés familiar; 11. Colaboración o servicio; 12. Proactividad; 13. Minimalismo procesal; VI. CONCLUSIONES (O MAS BIEN HIPÓTESIS PARA SEGUIR LA LABOR); VII. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Todo tiene un momento oportuno. La ciencia primero es filosofía. Ambas tratan de poder acercarse a un tema y de tratar de hacer las preguntas e intentar contestarlas, y generar otras preguntas. Ambas son mas preguntas que respuestas. Igual es la vida, o bien la vida es la filosofía y la ciencia, o al

revés. La ciencia y la filosofía son la vida. El momento oportuno del derecho procesal de familia, el ahora son las preguntas iniciales, es mas filosofía que ciencia por ahora, y eso es bueno. Así que todo lo que afirmaremos en esta ponencia entiendase con signos de interrogación aún y cuando se presenten como afirmaciones. No obstante ya hay un objeto de estudio que respondió en su momento a algunas preguntas, como es el caso del recientemente aprobado Código Procesal de Familia de Costa Rica (CPF). En torno a él debe desarrollarse una espiral virtuosa de preguntas y respuestas pues se trata de un cuerpo, que existe legalmente, aprobado, pero ahora congelado por dos años. Así que hablaremos de algo que existe, pero cual larva que ingresa al capullo, aún no ha cobrado su pleno desarrollo dentro de su función de regir. Me ha tocado presenciar exposiciones, cursos y clases alrededor del CPF y me ha llamado la atención que dentro de esos valiosos esfuerzos pocas personas se han animado a ingresar a la partes de esta normativa aprobada a través de los artículos 5 y 6, es decir de sus principios rectores. Entonces casi que me tuve que preguntar cual 666 en el Apocalipsis, en el que se señala "En esto consiste la sabiduría: el que tenga entendimiento que calcule el número de la bestia, pues es el número del ser humano; seiscientos sesenta y seis". Es decir cual si fuera literatura apocalipticia en que se redacta a base de quiasmos donde hay un código o clave "secreta" dentro del mismo texto para ser interpretado dentro del mismo, por el que entiende la clave. Entonces, lo que me pregunté es si quienes estaban dando esos cursos piensan que se trata de un código secreto del cual no hay que hablar o del cual no se conoce la clave ¿què es lo que pasa?. Lo que pasa a mi juicio es precisamente que estamos en un momento muy preliminar de nuestro quehacer y que los principios son respuestas elaboradas e insertadas en dichos artículos sobre la esencia de los procesos familiares y que aún siquiera asimilamos ni decodificamos pues incluso ahora están ya en construcción continua. Así que en esta ponencia, que es mas un ensayo que un estudio científico, mas un testimonio quizás, lo que intentaremos es iniciar la contestación de algunas preguntas que podemos generar alrededor de esta temática para desarrollar una narrativa alrededor de esos principios y que acerquen los mismos a una aceptación de la explicación que doy o bien por lo menos a la pregunta que hago y que quienes sean los receptores de esta ponencia puedan elaborar sus propias definiciones o respuestas. Digo que se trata tal vez de una ponencia testimonio pues intentaré describir algo que vi nacer y he encontrado luego de releer varias veces el texto algunas serendipias que tienen que ver con lo fundamental del derecho procesal de familia y extiendo el sentido y busco otros significados y aplicaciones. Me propongo en estas líneas una visión global de los principios del derecho procesal de familia, para alumbrar los pies que se acercan al sistema procesal de familia, en concreto al sistema conformado por el CPF, sin que se deje de ver que la construcción puede aspirar a tener cierto grado de universalidad por su propuesta novedosa. Ya lo veremos. Dichos principios se

tornan en esa sustancia vital del sistema que lo deben alejar de una aplicación literalista para ubicarlo como un sistema de última generación, refinado, sofisticado, exquisito. Estos principios deben dar el norte a las aplicaciones jurisprudenciales y a los desarrollos doctrinales. Su uso y profundización identificarán un nivel elevado de la función jurisprudencial y de las miras doctrinales. Se trata de un tópico que requiere mucha profundidad y tiempo por su novedad, y por la identidad que esa sustancia vital debe proporcionar al sistema. En estos momentos iniciales del sistema, lo que corresponde por el espacio y tiempo asignado sobre todo es ubicar esos principios, definirlos y señalar algunos temas de importancia. Al final haremos un cierre o "conclusiones" pero que se deben tomar como hipótesis para seguir el trabajo emprendido.

I. COMPONENTES ESENCIALES

1. Definición

Los principios del derecho procesal de familia son esos componentes esenciales del sistema que se han tenido en cuenta para el diseño de las normas. Esos principios tienen una función fundamental de hacer que ese cuerpo normativo que como tal, en letras, es un cuerpo inerme, se transfigure en un organismo vivo. Los principios cumplen entonces un cometido de vitalización, propician la llegada a un destino de perfeccionamiento del sistema, tienen una utilidad de completar dicho régimen. Vitalizar, perfeccionar y completar un diseño normalmente estático, naturalmente imperfecto, comprensiblemente incompleto.

2. Los principios y el ABC del sistema procesal de familia

El sistema procesal de familia está asentado en diez pilares fundamentales que se constituyen en su ABC. Esos pilares son los siguientes:

A. El orden procesal es un sistema, artículo 2
B. La persona humana es el centro del sistema, artículo 6
C. Instrumentalidad de las normas procesales para efectivizar las normas de fondo, artículos 1 y 2
D. Contextualización de lo procesal a las necesidades y características de la materia familiar, artículo 2
E. Directriz de suficiencia normativa y principios rectores, artículos 3, 5 y 6
F. Atención esmerada a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, artículo 7
G. Preferencia de oralidad, de una oralidad instrumentalizada y contextualizada, artículo 4
H. Conciliación en armonía con el principio de ausencia de contención, artículo 9
I. Integralidad, interdisciplinariedad e interinstitucionalidad, artículos 10, 13, 14,15, 32 inciso 2 y 182

J. Claridad de que hay prevalencias en el sistema, sobre todo que constitucional y lo relativo a los instrumentos internacionales prevalecen sobre el mismo Código, artículos 2, 4.

Por ello, cada principio está adosado en estos pilares, a veces en uno, a veces en varios. Asì, tendremos siempre un cuadro vectorial entre pilares y principios para proyectar desarrollos y usos de cada principio y para, también escudriñar principios implícitos, que aún con la lista amplia, los hay, pues se trata de un **diseño procesal familiar principialista**, el cual definimos como el sistema procesal familiar elaborado a partir de componentes legales esenciales –explícitos e impllícitos- a partir de lo cuales deben aplicarse las normas o bien interpretarse o bien suplirse. Son componentes de derecho positivo pues están contenidos en el mismo diseño. Como componenes de derecho positivo que son está sometidos al control de la legalidad y desde luego de constitucionalidad, y entonces la pregunta que sigue es ¿qué relación hay entre los principios procesales y la Constitución Política. A continuación intentaremos dar respuesta a esa pregunta. Cuya respuesta entiéndase entre signos de pregunta por el nivel inicial en que nos encontramos.

3. ¿Naturaleza constitucional de los componentes esenciales?

Estos componentes esenciales a nuestro juicio devienen del artículo 51 de la Constitución Política pues son la versión procesal para realizar el mandato protector de dicho artículo, mandato protector a la familia, y a las poblaciones vulnerables. De ahì que dichos principios, son entonces los componentes procesales del mandato protector de la Ley Fundamental. Son los componentes esenciales pues son los ingredientes constitucionales para realizar dicho mandato protector, pues el CPF tiene que ser el desarrollo de dicho numeral constitucional desde su punto de vista procesal: instrumental y contextualizado. Así que un voto constitucional que quiera desarrollar el contenido procesal del citado artículo 51 señalará estos principios como componentes y realizadores instrumentales de ese mandato protector. Basta ver en los antecedentes constitucionales al CPF para sostener esta hipótesis tres votos guiados por el mejor interés del niño alrededor del artículo 98 bis del Código de Familia de manera tal que se dan interpretaciones o inconstitucionalidades por omisión en temas de competencia, admisibilidad y de recurso de revisión en temas de paternidad.

4. Los principios como componentes para lograr que la persona humana sea el centro de la actividad procesal

Es importante señalar que el centro del sistema procesal de familia conforme con el numeral 6 es la persona humana, la persona común y corriente. Dada esta finalidad del sistema, los principios, como componentes esenciales, también tienen este mismo espíritu y deben trasmitirlo a todo el sistema, Así al definir cada principio deberemos incluir en cada definición -aún en forma implícita- esa finalidad. Ahora bien, debemos definir un aspecto fundamental, cual es, el espíritu y la finalidad del sistema. Esto es, tener como centro a la

persona humana. Tener como centro a la persona humana significa: respeto, dignidad, igualdad, o en su defecto, equilibrio, integridad, escucha, consideración, oportunidad de crecimiento. Denota que el tiempo y los recursos invertidos estén justificados a partir del desarrollo de adecuadas competencias profesionales y laborales por parte de los expertos involucrados en desarrollar el proceso, sean las personas juzgadoras, sean las personas abogadas litigantes, sean los miembros de equipos interdisciplinarios, sean los auxiliares de la justicia, así como las personas técnicas judiciales, las autoridades administrativas y policiales. Equivale también a entender que existe un nivel mínimo de condiciones aspirando a un nivel óptimo de calidad. Tener como centro a la persona humana quiere decir que los recursos estén estratégicamente dispuestos para obtener el mejor resultado del proceso. Esas personas humanas a que se refiere la idea son las partes y los participantes y todo detalle debe evidenciar que se trata de los servidos principales y el resto son servidores con la misión de colaborar a que el asunto o conflicto pase a un nivel de solución integral y eficaz. Eso significa y así debe quedar claro. Así las actuaciones procesales son una manifestación de la función jurisdiccional pero inescindiblemente debe mostrarse como servicio para las partes, y otras personas humanas involucradas y ese servicio debe ser de calidad, acorde con el cumplimiento de ciertos mínimos esperables. Así, entonces, los principios son cables conectores hacia esa finalidad de tener como centro a la persona humana. Y esos principios serán guías para establecer indicadores de calidad en cuanto a ese centro que es la persona humana. Sì, es una perspectiva clara de derechos humanos, y esos principios del derecho procesal de familia tienen esa savia.

5. Los principios y la instrumentalidad

El derecho procesal por definición, así las normas procesales y por ende los principios procesales, tienen un carácter instrumental. Esto es de servidor, de realizador, de catalizador del derecho de fondo en el marco del derecho constitucional y de los derechos humanos. Es un entramado complejo para efectivizar dicho derecho sustantivo. Los principios procesales, por su naturaleza procesal, tienen por ende un carácter esencialmente instrumental. Acá, procedemos a hacer un asterisco de que hemos propuesto, que como un recordatorio, como un hilo en el dedo, escribamos siempre derecho procesal de familia en minúscula para evocar siempre que no estamos en presencia de un nombre propio, sino de un servidor.

6. Los principios y la contextualización

El derecho procesal de familia debe tener dentro de su dinámica, un cable firme a tierra que lo ligue siempre a responder a las características y necesidades de los asuntos familiares, no como si fuera un solo tipo de asuntos (para un acercamiento así está bien hacerlo, pero hay que tenerlo claro que es una simplificación) sino en sus diversas manifestaciones. Contextualizar es tener en cuenta las condiciones que rodean un fenómeno y sin las cuales no se

puede comprender en sus verdaderas dimensiones. Los principios como tales otorgan una perspectiva contextualizadora. Una función contextualizadora, pero también los principios tradicionales del derecho procesal, al ser integrados al sistema, deben ser necesariamente contextualizados. Es interesante. Este aspecto de contextualizar, de enmarcar en las condiciones propias, de situar en las circunstancias precisas, es fundamental, cimero, en el derecho procesal de familia.

7. Los principios y la sistematización

Los principios como tales reflejan ese todo para dar coherencia, y establecer esa relación de unas cosas con las otras. Es fundamental esta perspectiva sistematizadora, con la consigna de superar esa perspectiva literalista de norma por norma, para lo cual, como hemos dicho tienen una función de ser la sustancia vital del sistema, para perfeccionarlo, para completarlo… para vitalizarlo. Tienen una cometido y por ende una función de explicar el sistema.

8. Los principios y la suficiencia normativa

Uno de los conceptos fundamentales del sistema procesal de familia que deriva del Código es la suficiencia normativa. Es trascendental para la función instrumental de las normas procesales, es decir para responder a la efectivización del derecho de fondo. Así cada cuerpo procesal de las diferentes materias tienen como esencia responder a dicha efectivización de su derecho sustantivo. Así se entiende de suma importancia que no haya remisiones a normativas que obedecen a otra instrumentalidad, de acuerdo con su derecho material. Así en el derecho procesal de familia se entiende de suma importancia que no existan esas remisiones. Así, la suficiencia normativa, tienen al igual que los principios esa función de proteger la instrumentalidad.

9. Los principios, las normas dique y las normas esclusa

Para los casos en que por alguna razón se remite a otras normas procesales deben entenderse implícitas, pero lo mejor es hacer expresas las normas dique y las normas esclusa. La norma dique es aquella que identifica lo compatible e incompatible de una remisión en forma genérica, para impedir el paso, como un dique, de aquello que no concuerda con lo esencial del derecho procesal de familia. Ahora bien, dentro de esta técnica de defensa de la instrumentalidad, también está la norma esclusa, que es aquella que eleva el nivel de una remisión a su armonía con el resto del sistema a partir de los principios del derecho procesal de familia. Las remisiones del CPF, a saber, para el allanamiento de morada, para los cobros de sumas de dinero, las notificaciones y la resolución alterna de conflictos están dentro de este marco implícito.

10. Dos test imprescindibles sobre los principios

En el derecho procesal de familia debe entonces, sobre todo, examinarse continuamente la instrumentalidad y la contextualización. Así como los matemáticos utilizan una operación en reversa para demostrar que lo hecho es

correcto, así el operador y el científico del derecho procesal de familia deberán hacer dos pruebas, dos exámenes, dos evaluaciones, respecto a sus desarrollos a efecto de verificar que se mantienen aferrados a la esencia de la disciplina. Una de esas pruebas es la de instrumentalidad, fundamental para verificar que todo concepto, que todo instituto, que toda dinámica tiene un carácter de herramienta para el derecho de fondo en el marco del derecho constitucional y de los instrumentos internacionales. El otro examen es el de la contextualización en el cual hemos señalamos niveles para la abstracción generalizante y simplificadora, pero también y sobre todo, para el entramado sistemático dentro de la diferencia de institutos, y ahora bien, el nivel mas complejo de la contextualización está precisamente en el caso concreto. Al final se trata de esos dos bueyes sobre los cuales recae el cumplimiento de la esencia de lo procesal familiar. Este tema se relaciona con uno reiterado en otras materias como es el de la autonomía, pero identificando que dicho tópico no resulta de importancia para la nuestra per se pues lo realmente relevante es la construcción firme desde lo interno, a partir precisamente de la instrumentalidad y de la contextualización, y buscando y testeando, estos dos derroteros inexorablemente algo similar a la noción de la "autonomía" será añadida a la operación jurisprudencial y científica. Esos dos test deben ser aplicados entonces al tema de los principios como componentes esenciales del sistema que lo revitalizan, lo perfeccionan y lo completan.

11. El manejo del lenguaje y de la cultura en el Derecho Procesal de Familia

Hay un aspecto a visualizar en el derecho procesal de familia, fundamental para su desarrollo y es el de utilizar el lenguaje al servicio de dicho desarrollo. El derecho es parte de la cultura y la forma de conectar uno con el otro es con el lenguaje. Lo que no tiene un nombre, cuesta que tenga una existencia y un desarrollo. Por ende, aquellas situaciones implícitas y diferenciadoras de lo procesal de familia deben tener un nombre y una consecuente definición. Al momento que se le pone un nombre, se da existencia a un concepto o a un fenómeno, se define y se pone a evolucionar. Esa perspectiva debe darse con los principios del derecho procesal de familia para identificar subcomponentes o sentidos diferentes del principio, e incluso, nuevos principios a crear por la jurisprudencia o por la doctrina. O bien de forma inductiva identificar principios que están implícitos.

12. Ponderación entre principios

Los principios procesales del Código Procesal de Familia, como veremos en las definiciones son sobre todo propensiones, tendencias, preferencias, estímulos, optimizaciones, y están íntimamente relacionados y entrelazados y en algunas ocasiones habrá que decidir si prevalece un principio sobre otro. Esa ponderación de alguna manera está regulada en el artículo 2 CPF en relación con los numerales 1, 4, 7 y 8. Por ejemplo, el mejor interés, la protección integral se constituyen como principios que pueden prevalecer sobre otros.

13. Clasificaciones de principios en el Derecho Procesal de Familia

Desde nuestra perspectiva llamamos **principios multidimensionales** a aquellos que tienen un carácter complejo y se pueden descomponer o están acompañados de otros subcomponentes o subprincipios

Principios centrífugos son aquellas tendencias o propensiones que acercan otras ideas o directrices desde el centro del sistema (el ser humano)

Principios implosivos son los que hacen presión hacia el centro del sistema (la persona humana)

Principios selectivos son aquellos que operan luego de determinar la presencia de ciertos presupuestos

Debemos también definir, y sobre todo, el **concepto procesal familiar complejo** que es aquel que engloba los aspectos procesales fundamentales esenciales propios del asunto de familia y que sería la contracara de la definición del derecho procesal de familia.

Los **principios temáticos** son aquellos diseñados para regir aspectos específicos del CPF como son lo casos de la prueba, la actividad cautelar, la materia alimentaria, la actividad procesal defectuosa, el derecho internacional procesal de familia

Los **principios regla** son aquellos muy cercanos a que en caso de un conflicto entre principios tengan la cualidad de prevalecer sobre otros.

Los **principios expresos** son aquellos contenidos explícitos en la letra del CPF

Los **principios expresos enlistados** son aquellos que si bien los menciona la legislación en forma expresa, están contenidos en las listas de los artículos 5 y 6 del CPF.

Los **principios expresos no enlistados** son aquellos que si bien tienen una mención expresa en algún artículo, lo cierto es que no se encuentran enlistados en los numerales 5 y 6 del CPF

Los **principios implícitos** son aquellos que derivan de la repetición de una solución en el CPF pero que no están expresos.

Los **principios jurisprudenciales** son aquellos que si bien no están contenidos en forma expresa en la legislación las decisiones de los tribunales los infieren y nominalizan a partir de la misma legislación o por factores propios del derecho procesal de familia.

Los **principios doctrinales** son aquellos que si bien no están contenidos en la legislación de forma expresa, los científicos del derecho procesal de familia los infieren o crean y los nominalizan.

.Los **principios creados o construidos** son aquellos que no estando ni expresa ni implícitamente en el CPF los identifica la jurisprudencia o la doctrina, muy probablemente a partir de aspectos esenciales del derecho procesal de familia no mencionados o que no están implícitos en el CPF.

En esta ponencia no nos vamos a referir a los principios temáticos.

II. DEBIDO PROCESO Y ORALIDAD COMO CONCEPTOS COMPLEJOS NECESARIAMENTE INSTRUMENTALIZADOS Y CONTEXTUALIZADOS

1. Debido proceso contextualizado

a. Definición

El debido proceso contextualizado en lo familiar es un concepto complejo que engloba todos los derechos fundamentales de los sujetos en los procesos y aquellas características esenciales de raigambre constitucional y de derechos humanos para entender que un proceso de familia es justo y equitativo y a la vez adecuado al asunto familiar que se presenta..

b. Artículos que lo contienen

Artículo 2 CPF

2. Oralidad contextualizada

a. Definición

La oralidad contextualizada en lo familiar, es un principio multidimensional referido a la comunicación en el proceso familiar como preferencia de la palabra hablada y del resguardo de la comunicación no verbal adyacente que completa los mensajes por lo que debe estar acompañada de la inmediación, de la concentración de la identidad de los sujetos, de la privacidad y de la técnica y modelaje de la comunicación que tiende a bajar la intensidad de la litigiosidad y de la agresividad

b. Artículos que lo contienen

Artículo 4 CPF

III. RADIOGRAFÍA DE LOS PRINCIPIOS EXPRESOS EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL CPF

1. Fácil acceso a la justicia

a. Definición

El fácil acceso a la justicia familiar es el ingreso sin esfuerzo excesivo al servicio jurisdiccional de justicia familiar con la consecuente erradicación o disminución de obstáculos para ejercer ese derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercer los actos procesales de demanda o de defensa y el respectivo contradictorio

b. Otras denominaciones

Paso jurisdiccional irrestricto, Remoción de barreras jurisdiccionales

c. Artículos del CPF relacionados

5, 8 y 335 CPF

2. Impulso procesal de oficio

a. Definición

El impulso procesal de oficio es el curso que por propia iniciativa da al proceso el órgano jurisdiccional

b. Otras denominaciones

Empuje oficial, Iniciativa jurisdiccional, propulsión procesal judicial

c. Artículos del CPF que se relacionan

5, 83, 201 A 203 CPF

3. Celeridad procesal

a. Definición

La celeridad procesal es la administración del tiempo del proceso en forma efectiva y eficiente en atención al cumplimiento de metas ideales y normales de las etapas o del proceso en su totalidad, con el consecuente ahorro del tiempo en lo que sea posible

b. Otras denominaciones

Prontitud procesal, presteza procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

5, 31 inciso 4 y 5, 35, 193 y 258 CPF

4. Buena fe

a. Definición

La buena fe es el estímulo procesal hacia la honestidad, la benevolencia a la pureza y el consecuente desestímulo a las actuaciones procesales desleales, abusivas, fraudulentas

b. Otras denominaciones

Honestidad procesal, pureza procesal, benevolencia procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

5, 31 incisos 1 y 6, 52.1 y 204 CPF

5. Economía procesal

a. Definición

La economía procesal es el ahorro procesalmente hablando de trabajo, recursos, tiempo y de cualquier otro esfuerzo de las partes o de los órganos jurisdiccionales.

b. Otras denominaciones

Ahorro procesal, parquedad procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

13, 14, 15, 31 incisos 1, 6, 14 y 15, 156 y 157 CPF

6. Igualdad procesal

a. Definición

La igualdad procesal es un principio selectivo (junto con el equilibrio procesal y con el equilibrio entre las partes) que consiste en el trato idéntico a las partes con características idénticas

b. Otras denominaciones

Paridad procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

6 CPF

7. Equilibrio procesal

a. Definición

El equilibrio procesal es un principio selectivo (junto con la igualdad procesal y con el equilibrio entre las partes) que consiste en el trato similar a

partes que si bien no tienen características idénticas no es tanta la diferencia entre ellas

b. Otras denominaciones

Simetría procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

5, 31 inciso 1, 157 y 171 CPF

8. Equilibrio entre las partes

a. Definición

Es el principio selectivo (conjuntamente con la igualdad procesal y con el equilibrio procesal) que consiste en la propensión a compensar o disminuir una desventaja o desequilibrio que de por sí procesalmente tiene la parte

b. Otras denominaciones

Balanza procesal, ponderación procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

6 CPF

9. Tutela de la realidad

a. Definición

La tutela procesal de la realidad es la propensión al espaldarazo procesal de situaciones jurídicas espontáneas que han ajustado extraprocesalmente las partes o la misma realidad familiar, alejándose de lo dispuesto en la letra de una resolución que por ende resulta desfasada

b. Otras denominaciones

Cotejo realidad-proceso, protección de la verdad familiar actual

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 32 inciso 4, 102 y 316 CPF

10. Ausencia de contención

a. Definición

La ausencia de contención es la desestimulación procesal de la adversarialidad exacerbada e irracional que conlleva agresividad e imposibilita el crecimiento , y el consecuente entonces estímulo procesal a las cercanías.

b. Otras denominaciones

Desestímulo a la adversarialidad, desaliento de la contienda

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 9 31 incisos 3 y 8, 51, 52.2, 55, 125, 193, 223, 224, 225, 260, 269, 273.2, 278.2, 280, 311, 321 y 327 CPF

11. Solución integral

a. Definición

La solución integral es la preferencia a asumir, tratar, conocer, resolver, ejecutar, revisar y ajustar el asunto comprendiendo todos los aspectos y elementos, en su totalidad y no por partes.

b. Otras denominaciones

Tratamiento completo de la causa, Comprensión total

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 13, 14, 15, 150, 155 y 229 CPF

12. Abordaje interdisciplinario

a. Definición

El abordaje interdisciplinario es la propensión procesal para abordar jurídicamente el asunto pero con el auxilio de otras disciplinas a efecto de no violentar la complejidad del asunto familiar.

b. Otras denominaciones

Enfoque multidisciplinario, tratamiento interdisciplinar

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 32.1, 135, 189, 290 y 300 CPF

13. Búsqueda de equidad y equilibrio familiar

a. Definición

La búsqueda de equidad y del equilibrio familiar es la tendencia que debe tener el proceso familiar de posibilitar el crecimiento o cambio de las personas miembros de la familia, buscando, consecuentemente y logrando, y decidiendo en su caso, nuevos puntos de equidad y de equilibrio

b. Otras denominaciones

Indagación para un nuevo punto de equilibrio, Investigación para nueva armonía

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 133 a 137 CPF

14. El mejor interés

a. Definición

El mejor interés en su versión procesal es buscar las condiciones óptimas para las personas menores de edad en cada coyuntura

b. Otras denominaciones

Interés superior del niño, mayor beneficio de la persona menor de edad

c. Artículos del CPF que se relacionan

6 CPF

15. Protección integral

a. Definición

La protección integral es la tendencia de asignación de roles, poderes y deberes de los sujetos procesales para enfocar, prevenir y amparar la situación de las personas vulnerables en los procesos.

b. Otras denominaciones

Tutela total, escudo integrado, tuición global

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 155, 156, 322 Y 329 CPF

16. Accesibilidad

a. Definición

La accesibilidad es la cualidad a la que debe aspirar el servicio jurisdiccional de familia en todos sus aspectos y sus entornos de ser

comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de autonomía, seguridad y comodidad

b. Otras denominaciones

Servicios y entornos amigables

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 44 INCISO 4, 155, 252 incisos 2 y 4 CPF

17. Participación e intervenciones especiales y progresivas

a. Definición

La participación y las intervenciones especiales y progresivas es la tendencia a entender abiertos los canales de participación y de intervención a personas que en otras épocas no las tenían con especial atención a los casos concretos que impliquen observación a progresiones de madurez o a intensidades de apoyo

b. Otras denominaciones

Aseguramiento de participación procesal de vulnerables

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 41 párrafos 2 y 3, 44.5, 254, 279

18. Preclusión flexible

a. Definición

La preclusión flexible es la inclinación a la modificabilidad de lo decidido (como regla con excepciones) en la tensión entre el requerimiento de la seguridad jurídica y las necesidades y características de los asuntos familiares

b. Otras denominaciones

Modificabilidad de lo resuelto

c. Artículos del CPF que se relacionan

6, 19, 20, 89,105, 222, 237.1, 246, 262, 268, 307, 315 y 352

19. Inestimabilidad de las pretensiones

a. Definición

La inestimabilidad de las pretensiones es la inclinación hacia la perspectiva procesal de hacer prevalecer lo personal familiar sobre lo patrimonial aún en temas que estén más cercanos a una traducción a valores económicos o a sumas de dinero

b. Otras denominaciones

Preferencia de lo personal

c. Artículos del CPF que se relacionan

2 y 6 CPF

20. Gratuidad o costo mínimo

a. Definición

La gratuidad consiste en la propensión ante los costos usuales que demanda la participación en los procesos hacia que las partes no tengan que asumir los mismos, sobre todo cuando no tienen recursos para cubrirlos

b. Otras denominaciones

Ausencia de costos, exención de costos, sin cargo

c. Artículos del CPF relacionados

11, 42, 46, 61, 88, 119, 146, 151, 159, 176, 183 y 315 CPF

d. Aplicaciones del principio

El principio se invoca siempre ante situaciones que impliquen un costo o un gasto que se suscita en el proceso. Se relaciona con el de fácil acceso a la justicia en cuanto los costos económicos de los actos procesales pueden constituirse en obstáculos para las partes.

IV. LOS PRINCIPIOS EXPRESOS NO ENLISTADOS Y LOS IMPLÍCITOS

1. Privacidad

a. Definición

La privacidad es la tendencia de proteger procesalmente los datos y en general la vida y dinámica familiar y privada de las partes

b. Otras denominaciones

Reserva, Resguardo procesal de la intimidad

c. Artículos del CPF que se relacionan

4, 63, 64, 121, 180 CPF

2. Protección esmerada a vulnerables

a. Definición

La protección esmerada a vulnerables es el encargo vehemente a los sujetos procesales de tutelar con celo a las personas que por sus condiciones específicas presentan o corren mas riesgo en el actuar autónomo

b. Otras denominaciones

Tutela a desvalidos, Defensa a los más débiles, Amparo a los indefensos

c. Artículos del CPF que se relacionan

7 CPF

3. Ajustes de procedimientos

a. Definición

Los ajustes de procedimientos es la tendencia a acomodar o adaptar alguno o varios requisitos o formas en virtud de diferencias que justifican dicha adaptación

b. Otras denominaciones

Adaptación procesal, acomodamiento procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

8, 171 CPF

4. Abordaje interinstitucional

a. Definición

El abordaje interinstitucional es la propensión a permitir y requerir el cumplimiento en el proceso de una o varias instituciones u organizaciones públicas o privadas relacionadas con un asunto

b. Otras denominaciones

Coordinación orgánica, coordinación estatal

c. Artículos del CPF que se relacionan

10 CPF

5. Preferencia de la desjudicialización

a. Definición

La preferencia de la desjudicialización es la tendencia a proveer alternativas al tratamiento o abordaje jurisdiccional de un asunto

b. Otras denominaciones

Desviación jurisdiccional

c. Artículos del CPF que se relacionan

302 CPF y en los artículos que reforman o adicionan otras leyes: 24, 48 pàrrafo tercero, 84, 243 del CF, 63bis LOTSE Y RC

6. Flexibilidad procesal

a. Definición

La flexibilidad procesal es la cualidad del diseño del proceso de familia de adaptarse fácilmente a las diversas situaciones o circunstancias.

b. Otras denominaciones

Adaptabilidad, ductilidad, elasticidad, juncalidad

c. Artículos del CPF que se relacionan

146 CPF

7. Dinamismo

a. Definición

El dinamismo procesal es un nivel alto de intensidad en el proceso, en virtud de la cualidad de canalizar fuerza, energía, diligencia en el proceso.

b. Otras denominaciones

Vitalidad procesal, energía procesal

c. Artículos del CPF que se relacionan

152, 213, 259 CPF

8. Informalidad

a. Definición

La informalidad es la tendencia a no estar sujeto a requerimientos o formas rígidas preestablecidas

b. Otras denominaciones

Ausencia de ritualidad

c. Artículos del CPF que se relacionan

154, 172 CPF

9. Gradualidad o intensividad

Personalización, regulación, afinamiento, ajuste

a. Definición

La gradualidad o intensidad procesal es la tendencia dentro de una lógica de complejidades, de magnitudes, de potencias, y con un cabal acercamiento al caso concreto hacia personalizar la situación de progresión o

de intensidad entre plenos y nulos como quien gira o pone las flechas digitales de varias posibilidades en un caso concreto.

b. Otras denominaciones

Personalización

c. Artículos del CPF que se relacionan

41, 44, 256 CPF

d. Aplicaciones del principio

Perillas de progresión en el caso de las personas menores de edad, y perillas para intensidad en los apoyos, en el caso de las personas con discapacidad. Se requiere un acercamiento cabal a cada caso concreto. Esa es la lógica. Lógica que trasgrede criterios simplistas para generalizar, para adentrarse en la complejidad –o quizás simplicidad- de la personalización.

10. Interés familiar

a. Definición

El interés familiar es la inclinación a resolver situaciones de orden procesal para hacer prevalecer lo familiar sobre los posibles intereses de terceros

b. Otras denominaciones

Pro familia, beneficio parental, provecho de parientes, utilidad familiar

c. Artículos del CPF relacionados

329 CPF

d. Aplicaciones del principio

Cuando hay embargos o medidas cautelares respecto de los bienes que tienen un destino o uso familiar debe decidirse depositarlo de manera que se mantenga su destina o uso.

11. Colaboración o servicio

a. Definición

La colaboración o servicio es la tendencia de asignar roles y obligaciones a los sujetos procesales para que aún no sean los obligados principales o bien siéndolo el proceso tenga un resultado óptimo.acorde con la realidad de la familia o del asunto que lo acerque a una decisión justa.

b. Otras denominaciones

Cooperación procesal, apoyo finalista

c. Artículos del CPF que se relacionan

37, 39, 52 CPF

12.Proactividad

a. Definición

La proactividad es la tendencia sobre todo del órgano jurisdiccional para que actúe de oficio, pero también de los otros sujetos procesales, de intervenir activamente y anticipándose a los acontecimientos.

b. Otras denominaciones

Resolutividad, Intervención activa

c. Artículos del CPF que se relacionan

31, 32, 52, 152, 259 CPF

13. Minimalismo procesal

a. Definición

La preferencia por el trámite menos contencioso, más sencillo y más breve significa como su nombre lo indica la propensión del proceso familiar, cuando se presente un halo de alternativas en la aplicación, interpretación o suplencia normativa, a llevarlo hacia las posibilidades que favorezcan la simplicidad, la brevedad y la no adversarialidad.

b. Otras denominaciones

Minimismo procesal, esencialismo procesal, preferencia por el trámite mças breve, mas sencillo y menos contencioso

c. Artículos del CPF que se relacionan

213, 297 CPF

V. CONCLUSIONES (MAS BIEN HIPÓTESIS PARA CONTINUAR LA LABOR)

En el estado actual del proceso de familia –a nivel internacional y nacional- camina hacia su perfeccionamiento, hacia su refinamiento, hacia su verdadera esencia. Recorre en nuestro ámbito costarricense un camino –lo que es muy bueno y sano- de filosofía en el derecho procesal de familia, en un momento en que plantea sus principales preguntas y hace hipótesis respecto a los mismos. En ese estado está esta ponencia también. Las afirmaciones que se han hecho, tienen un signo de interrogación implícito al final aunque no lo tengan expreso. Los principios del derecho procesal de familia son componentes esenciales que se encuentran implícitos en el artículo 51 de la Constitución Política pues son los realizadores procesales de ese mandato protector. Por ende, dichos principios pueden ser objeto de control de constitucionalidad. Los principios rectores son líneas que encuadran y guían hacia (principios implosivos) y salen desde (principios centrífugos) el centro del sistema cual es la persona humana. Los principios rectores del derecho procesal de familia están expresos,(algunos enlistados y otros no en los artículos 5 y 6 CPF) pero también están algunos implícitos, y son de naturaleza de derecho positivo. Sobre los mismos puede recaer el control de legalidad. Pueden existir principios rectores que no estén expresos ni implícitos que pueden surgir de la misma esencia constitucional del derecho procesal de familia. Los principios procesales rectores, al igual que todo el derecho procesal, es de carácter instrumental y resguardan a su vez ese carácter instrumental. Son parte del cinturón de protección de esa instrumentalidad al igual que la recomendable suficiencia normativa y las consecuentes normas diques y normas esclusas, expresas o implícitas, las cuales deben ser excepcionales en un buen diseño para algunas salvedades. La instrumentalidad es unos de los bueyes que llevan el yugo del derecho procesal de familia, Su par en esta faena es la contextualización en sus diferentes

niveles. No en vano el artículo 2 CPF lo primero que hace es contextualizar el concepto complejo de debido proceso agregándole implíctamente el adjetivo "familiar", -eso sucede desde ahí ya con la oralidad y con todos los conceptos preexistentes a esta labor de filsofía en el derecho procesal de familia. El jurista del derecho procesal de familia debe realizar constantemente en sus desarrollos los test de instrumentalidad y de contextualización. Todo concepto, todo instituto, toda dinámica, todo resultado debe pasar por esos test de instrumentalidad y de contextualización. Consecuentemente el tema de los principios debe ser sometido constantemente a estos test. Esto ayudará a profundizar, a perfeccionar y a completar su marco teórico, manteniendo el camino de la verdadera esencia y de su verdadera utilidad. Dentro de este camino de filosofía en el derecho procesal de familia el dominio del lenguaje como conector del derecho procesal de familia con la cultura es fundamental, y ello asegurará una labor de vanguardia al identificar conceptos que no tienen nombre, para denominarlos, definirlos y ponerlos a evolucionar. Esa labor debe realizarse en cuanto a los principios para establecer subprincipios y nuevas aplicaciones de los principios. De esa forma surge la mayor parte de los enlistados en el artículo 6. Igual ahora con los identificados como no enlistados y los implícitos Los principios pueden entrar en conflicto y habrá que realizar la respectiva ponderación. La mayoría de principios son propensiones, tendencias, preferencias. Entre ellos será de graduar esas tendencias. Pero, en esa ponderación surgirán los principios regla como prevalentes, entre los cuales identificamos el mejor interés, la protección integral y la protección esmerada a vulnerables. Hay una serie de tres principios que hemos denominado selector, pues entran en aplicación conforme se identifiquen las condiciones de los sujetos: igualdad procesal, equilibrio procesal y equilibrio entre las partes. En un caso es cuando hay identidad de condiciones, otro no son iguales las condiciones pero no son tan disímiles, pero cuando hay condiciones desiguales hay que aplicar en el selector el equilibrio entre las partes. No solo hay principios expresos enlistados en los artículos 5 y 6 CPF. Hay expresos no enlistados como lo son el interés familiar, la privacidad, la protección esmerada a vulnerables. la flexibilidad, el ajuste de procedimientos, Hay otros principios implícitos como los son la preferencia de la desjudicialización, la gradualidad, el abordaje interinstitucional, la proactividad, la colaboración, el dinamismo. Habrá principios procesales que no tienen el carácter de expresos ni de implícitos pero que la doctrina y la jurisprudencia puede ir identificando desde la esencia del derecho procesal de familia que es el artículo 51 de la Constitución Política pero que no fueron incluidos en el CPF ni en forma expresa ni en forma implícita, pero que derivan de la Constitución y de la esencia de lo procesal de familia. Las definiciones de principios que hemos realizados tienen en forma implícita la frase "…es el principio que tiene por objeto tener como centro a la persona humana…".. Estas defincciones se deben entender preliminares y dentro de una labor de

perfeccionamiento continuo. El tema de los principios no debe entenderse como una clave secreta que deja de lado para ingresar a procedimientos y conceptos sin ellos. Al contrario, quien da cursos y escribe debe demostrar su nivel superior identificando los principios para ingresar a cualquier concepto o dinámica procesal. Los principios no solo sirven para interpretar, hay un paso anterior, el de su función enmarcadora de la aplicación pues al ser componentes de origen constitucional, hacen que prevalezca la Constitución sobre la letra de la ley. Son entonces enmarcadores constitucionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ballarín, Silvana (2017) **Ejecución de sentenciasen el proceso de familia: por qué incorporar una normativa específica en relación con la sentencia que prescribe obligaciones de hacer de carácter personalísimo**, Revista Derecho de Familia No. 76, Buenos Aires

Ballarín, Silvana (2018) **El lenguaje como garantía de tutela efectiva**, Lexis Nexis

Dreyzin de Klor, Adriana (2015) **El Derecho Internacional Privado Actual**, Tomo I, Editorial Zavalía, Buenos Aires

Dreyzin, Adriana (2012) **Derecho Internacional de Familia**, Editorial Jurídica Continental, 2012

Fernández Acuña, Ana Cristina y Amey Gómez, Paola (2015)**La participación efectiva de las personas menores de edad en los procesos de filiación en Costa Rica desde la perspectiva de los Derechos Humanos en los Juzgados de Familia**. Revista número 12 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia , San José

Fernández Acuña, Ana Cristina y Amey Gómez, Paola (2018) **Los Derechos Humanos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de la Ley para la promoción de la Autonomía Personal número 9379 y su reglamento.** Revista número 16 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José

Fernández Acuña, Ana Cristina y Amey Gómez, Paola (2018)**El abogado del menor como una verdadera garantía de protección de sus derechos en los procesos judiciales**. Revista Judicial, San José

Fernández Acuña, Ana Cristina y Amey Gómez, Paola (2018)**La participación de los menores de edad en los procesos de Familia.** Editorial Académica Española, Madrid

Gallo Quintian, Gonzalo Javier ; Quadri, Gabriel Hernán; y Pennise Iantorno, María Soledad: **Procesos de Familia**, 1ª edición, 1ª reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019

González Solera, Marcela (2019) **La temporalidad de los procesos de familia: un desafío pendiente para la administración de justicia**. En Revista de la Sala Segunda No. 16, San José

Guahnon, Silvia (2017) **Principios y caracteres diferenciadores de los procesos de familia**, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires

Kielmanovich, Jorge L.(2008) **Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general**, Editorial Jurídica Continental, San José

López, Francisco (2013) **Pensiones Alimentarias**, Editorial Jurídica Continental, San José

Marroquín Martínez, Alex David (2017) **Manual de Derecho Procesal de Familia**, Editorial UGB, San Miguel, El Salvador

Marroquín Martínez, Alex David (2009) **¿Es el derecho procesal de familia una rama autónoma del Derecho?** Revista de la Sala Segunda, N° 6. Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial, Departamento de Artes Gráficas, Costa Rica

Penisse ,Soledad y Panatti, Marcela (2017) **Procesos de Restitución Internacional de Niños**, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Argentina

Pereira Retana, Sandra (2018) **Salud, Mujeres y Violencia Doméstica**, en Revista Judicial número 123, San José

Pereira Retana, Sandra (2014) **Modelo de Abordaje Integral en Violencia Doméstica**, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, San José

Pereira Retana, Sandra (2012) **Violencia contra las mujeres en la relación de pareja: Diagnóstico legal desde la perspectiva de género** en Revista Feminista Casa de la Mujer, volumen 21 Número 2, San José.

Picado Vargas, Carlos Adolfo, Vìquez Vargas, Shirley (2020) Reforma procesal famiiar práctica, IJSA, San José

Pinto Salazar, Jimena (2019) **El niño: sujeto de derechos procesales en la justicia de familia (el derecho a ser oído en Chile)**, Editorial Hamurabi, Santiago

Rentería Durand, María Margarita (2015) **Medidas cautelares en el derecho de familia**, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima

Sánchez Cres, Carlos (2019) **El juez de familia y sus facultades**, Rubicón Editores, Chile

Soto Castro, Rolando (2020) **Código Procesal de Familia**, primera edición, Editorial Jurídica Continental, San José

Utrera Gutiérrez, José Luis **El sistema tradicional de gestión de los conflictos familiares de ruptura a la judicialización**, capítulo 3 del "Libro Blanco para la gestión positiva de las ruptura de pareja con hijos", en preparación.

Utrera Gutiérrez, José Luis (2014) **Nuevas perspectivas para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares (la experiencia de los tribunales españoles)**. Ponencia presentada en el I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia Dr. Gerardo Trejos Salas, San José

Víquez Vargas, Shirley (2019) **Medidas Autosatisfactivas. En el proceso civil y de familia**, IJSA, San José

EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA

Gustavo Adolfo Koutsouris Canales

Contenido

Título VI

Capítulo I: Ejecución de Resoluciones Inscribibles

Capítulo II: Ejecución de Derechos Personalísimos

Capítulo III: Ejecución de Derechos Patrtimoniales

Sección I: Derecho de Ganancialidad

Sección II: Obligaciones de hacer, no hacer y entrega de cosas

Sección III: Obligaciones de pago

Referencias

Nuestro país en los últimos años, ha sido fiel testigo de una revolución procesal que se ha extendido ahora a la materia del Derecho de Familia. En la actualidad, nuestro derecho sustantivo familiar, siempre se ha regulado, en cuanto a su forma y procedimiento por el Código Procesal Civil, sin embargo, pese a que ha funcionado bien, siempre se hizo eco el hecho de que las instituciones del Derecho de Familia no son nada frías como las del Derecho Civil. Era y es necesario, un código procedimental que regulara el proceso Familiar, a raíz del interés jurídico que se regula en ellos. Es por eso que el Código Procesal de Familia es un importante avance para el ordenamiento jurídico costarricense, puesto que se presenta luego de cuarenta años desde la promulgación del Código de Familia como del surgimiento del primer despacho judicial especializado en esta materia.[50]

Para efectos de esta ponencia, el tema a tratar se encuentra en el Libro Segundo Título Sexto del Código Procesal Civil. Los procesos de Ejecución tienen la característica de ser los procesos mediante los cuales se pueda hacer efectiva, la tutela judicial, en especial cuando se están tratando temas de obligaciones muy personales y no necesariamente se cumplen los mandatos judiciales ya establecidos. Aunado a lo anterior, se instaura la necesidad de que las decisiones de modificaciones que se relacionen con el Registro Civil se ejecuten de manera oficiosa de parte de los despachos judiciales. En cuanto al patrimonio, se recogen normas importantes con el fin de tener una buena ejecución de las decisiones relativas, en especial el derecho de ganancialidad.[51]

---

[50] Proyecto de Ley Expediente N° 19.455, 2019.

[51] Proyecto de Ley Expediente N° 19.455, 2019.

Título VI

Capítulo I: Ejecución de Resoluciones Inscribibles

Inicialmente, dentro del Título VI, Capítulo I se presenta la Ejecución de Resoluciones Inscribibles, el cual se procederá a detallar a continuación. El artículo 313 dicta lo referente a la Inscripción de sentencias ante el Registro Civil y Registro de Personas y señala lo siguiente: "Todas las sentencias firmes que establezcan obligación de inscripción de estado civil, filiación, suspensión y terminación de los atributos de la responsabilidad parental y nombramiento de representantes en los registros públicos se deberán ejecutar de oficio dentro de los cinco días siguientes a esa firmeza y podrán llevarse a cabo por medio electrónicos."[52] Resulta de suma relevancia destacar que el hecho de que los despachos judiciales ejecuten de oficio estas inscripciones a sus respectivos Registros genera que el proceso pueda finalizar con mayor rapidez y celeridad.

En los siguientes casos es en los cuales se puede utilizar el artículo anteriormente mencionado:

1. Conflictos en el ejercicio de los atributos de la responsabilidad parental, incluidos los referidos al cuidado personal de hijas e hijos y modificaciones de sentencias sobre estas pretensiones. Artículo 222, inciso 6 del Código Procesal de Familia.
2. La terminación con o sin fines de adopción y la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental. Artículo 222, inciso 7 del Código Procesal de Familia.
3. Establecimiento de la salvaguarda. Artículo 256 del Código Procesal de Familia.
4. En el proceso de adopción, integración de trámites. Artículo 297 del Código Procesal de Familia.
5. Proceso de ejecución de sentencia de derechos personalísimos. Artículo 316 del Código Procesal de Familia.
6. Proceso de ejecución de sentencia en ejecución de derechos patrimoniales. Artículo 320 a 333 del Código Procesal de Familia.

En este sentido, el artículo 453 del Código Civil indica que cualquier inscripción que se efectúe en el Registro Público deberá expresar: "i. Hora y fecha de la presentación del título en el Registro. ii. Nombre y residencia del Tribunal, Juez, Cartulario o funcionario que autorice el título. iii. La naturaleza del título que deba inscribirse y su fecha. [53]"

Para finalizar de detallar el artículo 313 del Código Procesal de Familia, es necesario señalar algunas de las definiciones básicas y esenciales:

1. **Registro de Personas:** Es el órgano estatal, adscrito en el Registro Público, encargado de la inscripción de ejecutorias y documentos auténticos en virtud de los cuales resulte modificada la capacidad civil de las personas, la sentencia que declare la ausencia o la presunción de muerte, y

[52] Picado y Víquez, 2020, p. 379.

[53] Parajeles, 2017, p. 93.

quienes son los herederos puestos en posesión provisional o definitiva de los bienes. La que declare la insolvencia o quiebra, y la aceptación del nombramiento de curadores. La certificación en que conste la aceptación del albacea nombrado por el testador, por el Juez o por los herederos. El instrumento público en que se constituya una sociedad civil o se le dé representación; y aquel en que se constituya apoderado de una corporación pública. Todo poder general o generalísimo. Las capitulaciones matrimoniales cuando en virtud de ellas se establezca entre cónyuges comunidad de bienes o separación absoluta. [54]

2. Sistemas de Inscripción Registral: Es uno de los dos sistemas con relación al modo de consignar en los libros del Registro los títulos a inscribir. El otro es el sistema de transcripción. El adoptivo en Costa Rica es el Sistema de Inscripción, mediante el cual el asiento registral recoge, no la transcripción completa, integra y literal del documento como sucede en el sistema de transcripción, sino un extracto del contenido de aquél, reproduciendo los datos esenciales para la debida publicidad de los derechos reales (ver art. 453 C.C). Es el sistema que recoge el ordenamiento español y costarricense, que permite llevar el Registro por fincas y facilita la exactitud del contenido de la inscripción (veracidad registral). [55]

3. Principio de Especialidad: Principio registral, según el cual, se justifica que la inscripción registral sea individualizada y detallada respecto al objeto de la publicidad registral; es decir, respecto a la finca y al derecho real correspondiente sobre la misma. En consecuencia, la inscripción registral se referirá a la finca correspondiente; ésta, en definitiva, es la unidad registral. La descripción de la misma constará en la primera inscripción; en las sucesivas, solo constaran las sucesivas modificaciones que la hayan afectado, tanto desde el punto de vista físico como jurídico. En cuanto al derecho real inmobiliario inscribible, conviene tener en cuenta que se incorpora al Registro en cuanto forma el contenido de los actos de mutación jurídico-real de los mismos. En términos generales, son inscribibles en el Registro de la propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles susceptibles de tráfico jurídico. [56]

4. Principio de legalidad registral: Según este principio registral, la adecuada protección al titular inscrito y la correspondiente eficacia de la inscripción ha de basarse en que los títulos inscritos se ajusten a la legalidad aplicable. Para asegurarse de ello y para decidir sobre la inscripción, serán sometidos a la calificación registral que efectuará el funcionario público denominado Registrador. Este, y bajo su responsabilidad, calificará en tres aspectos esenciales: la legalidad de las formas de los documentos presentados; la capacidad de los otorgantes de dichos documentos; y la validez de los actos

[54] Picado y Víquez, 2020, p. 380.
[55] Picado y Víquez, 2020, pp. 380-381
[56] Picado y Víquez, 2020, p. 381.

dispositivos. A tal fin, el Registrador deberá basarse exclusivamente en lo que resulte de las escrituras presentadas y de los asientos registrales. [57]

5. Principio de fe pública registral: Principio registral según el cual el titular de un derecho real no necesita de otra prueba para ser considerado como tal. Tiene dos aspectos, uno positivo, que es el que presume como tercero a quien no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción y uno negativo que significa que lo que no aparezca explícitamente en la inscripción registral, se presume, no existe en la realidad jurídica (Rodríguez y Sibaja). (…) Completa la presunción de exactitud registral que ya anuncia el principio de legitimación especialmente diseñado para proteger al titular inscrito. El principio de fe pública registral está pensado para proteger al tercero adquiriente que ha confiado en el contenido de las inscripciones registrales y, en base a ellas, adquiere un derecho real inmobiliario aun en el caso de que sea incompatible con la realidad extra registral. Por ello se denomina a tal principio el de la eficacia ofensiva de la inscripción. Por tanto, los títulos de derechos reales inmobiliarios no inscritos en el Registro de la propiedad no pueden perjudicar a tercero. [58]

El artículo 314 del presente Código Procesal de Familia señala lo alusivo a la Inscripción de resoluciones con carácter patrimonial. A diferencia del artículo anterior, las inscripciones de resoluciones que posean carácter patrimonial no se harán de oficio por parte de los despachos judiciales, sino que se realizará a solicitud de la parte interesada, tal y como se lee en el artículo seguidamente: "La ejecución de las resoluciones de carácter patrimonial, que impliquen inscripciones ante registros públicos o privados, se ordenará a petición de parte interesada."[59] De conformidad con este artículo, el Código Civil señala que "la inscripción podrá pedirse por quien tenga interés en asegurar el derecho que se trate de inscribir o por su representante o apoderado. El que presente el documento se presume que tiene poder para este efecto" en su artículo 451.[60]

Por último, dentro de este capítulo se encuentra el artículo 315 que aborda la exención de pago de tributos de traspasos: "La inscripción de cualquier resolución que decida cuestiones patrimoniales ente cónyuges, o entre estos e hijas o hijos, estará exenta de pago de derechos de traspasos."[61] Lo que quiere decir el artículo anterior es que cualquier resolución emitida que decida algún asunto de tema patrimonial entre cónyuges o estos y sus hijas o hijos, quedará libre de pago de derechos de traspasos. Asimismo, resulta necesario señalar lo que indica el artículo 11 del presente Código a tratar: "Costo mínimo: La tramitación de asuntos contenidos en este Código o en leyes

[57] Picado y Víquez, 2020, p. 381.
[58] Picado y Víquez, 2020, pp. 381-382.
[59] Picado y Víquez, 2020, p. 382.
[60] Parajeles, 2017, p. 92.
[61] Picado y Víquez, 2020, p. 382.

especiales relativas a la materia familiar estará exenta del pago de tasas, impuestos y timbres de todo tipo. En las actuaciones jurisdiccionales privará el principio de gratuidad en los casos y las formas en que la autoridad judicial considere necesario en virtud de las condiciones socioeconómicas de quienes intervienen, todo según se regla en este Código."

Capítulo II: Ejecución de Derechos Personalísimos

El artículo 316 del Código Procesal de Familia resguarda el Principio de la tutela de la realidad: "Cuando alguna de las partes pretenda la ejecución de una sentencia, acuerdo o resolución, que trate sobre el cuido de una persona en condición de vulnerabilidad, de un sistema de interrelación familiar o de la administración de bienes, y haya transcurrido un tiempo prolongado sin que se hubiera ejecutado, la autoridad judicial se abstendrá de ejecutarla en aquellos casos en que la realidad haga evidente que se ha consolidado una situación diferente de la que se pretende ejecutar y esta beneficia a la persona en la referida condición. En este supuesto, la autoridad judicial remitirá a las partes a la vía de modificación de fallo y sin perjuicio del disfrute del monto de pensión alimentaria vigente." [62]

No cabe duda que dicho artículo resulta de suma importancia, y para obtener un mejor y más amplio entendimiento del mismo, se debe señalar lo que indica la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 9: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva 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. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 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. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes

[62] Picado y Víquez., 2020, p. 383.

se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas (…).[63]

En cuanto a las Ejecuciones provisionales, el artículo 317 señala que: "Se podrá ordenar, de oficio o a petición de parte y en resolución fundada, la ejecución provisional de la sentencia sin estar firme cuando se trate del cuidado de personas en estado de vulnerabilidad o de fijación de relaciones interpersonales."[64] Este artículo brinda un apoyo a las personas siendo que son trámites que requieren ser resueltos con la mayor prontitud posible, dado que son individuos que presentan un estado de vulnerabilidad y esto no puede ser pasado por alto. El artículo 32 inciso 3 del Código Procesal Civil engloba lo siguiente: "Tratándose de asuntos relacionados con derechos personales, podrá decidir, incluso de oficio, la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales, respetando siempre lo acordado."

No es un secreto que en múltiples ocasiones los mandatos judiciales no se cumplen al pie de la letra, razón por la cual el artículo 318 regula lo referente al Cumplimiento coercitivo: "Para la ejecución de lo resuelto, la autoridad judicial podrá ordenar el cumplimiento por medios coercitivos, incluso el allanamiento y el apercibimiento de las sanciones penales que correspondan, en caso de negativa."[65] El artículo anterior se redacta con el fin de obtener un cumplimiento más efectivo por parte de la persona correspondiente en caso de que no lo hiciera anteriormente. De conformidad con este artículo, se pueden mencionar el artículo 314 del Código Penal de nuestro país, que señala la desobediencia y establece lo siguiente: "Se impondrá prisión de seis meses a tres años, a quien no cumpla o no haga cumplir, en todos sus extremos la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención."[66]

Así como los mencionados en el Código Procesal Penal en sus siguientes artículos: artículo 193: "Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado, en sus dependencias, casa de negocio u oficina, el allanamiento y registro será realizado personalmente por el juez y deberá iniciarlo entre las seis y las dieciocho horas. Podrá procederse a cualquier hora cuando el morador o su representante consientan o en los casos sumamente graves y urgentes. Deberá dejarse constancia de la situación de urgencia en la resolución que acuerda el allanamiento." Artículo 195: Contenido de la resolución que ordena el allanamiento La resolución que ordena el allanamiento deberá contener: a) El nombre y cargo del funcionario que autoriza el allanamiento y la identificación del procedimiento en el cual se ordena. b) La determinación

[63] Convención sobre los Derechos del Niño, 2006, p. 12.

[64] Soto, 2020, pp. 444-445.

[65] Soto, 2020, p. 446.

[66] Zúñiga, 2019, p. 209.

concreta del lugar o los lugares que habrán de ser registrados. c) El nombre de la autoridad que habrá de practicar el registro, en el caso de que la diligencia se delegue en el Ministerio Público o en la policía, por proceder así conforme lo dispuesto en este Título. d) El motivo del allanamiento. e) La hora y la fecha en que deba practicarse la diligencia. Y el numeral 196: "Formalidades para el allanamiento Una copia de la resolución que autoriza el allanamiento será entregada a quien habite o posea el lugar donde se efectúe o, cuando esté ausente, a su encargado, y, a falta de este, a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar. Se preferirá a los familiares. Cuando no se encuentre a nadie, ello se hará constar en el acta. Practicado el registro, en el acta se consignará el resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación. La diligencia se practicará procurando afectar lo menos posible la intimidad de las personas. El acta será firmada por los concurrentes; no obstante, si alguien no la firma, así se hará constar."

El artículo 319 señala la Competencia de los regímenes de relaciones interpersonales supervisados: "La ejecución de un régimen de relaciones interpersonales de carácter supervisado para personas menores de edad, luego de la firmeza del fallo, estará a cargo del Patronato Nacional de la Infancia (PANI) o de cualquier otro órgano público que realice labores en beneficio de esta población, sin perjuicio del compromiso que adquiera algún ente privado acreditado ante dicha institución. Tratándose de personas mayores de edad en condición de vulnerabilidad, el juez determinará en sentencia la institución pública responsable de la supervisión. Las organizaciones privadas que asuman la supervisión deberán estar acreditadas ante la institución pública competente. En todo caso, las organizaciones privadas que asuman la supervisión por voluntad propia no podrán revocar su ofrecimiento, salvo por cuestiones autorizadas por la autoridad judicial. Los funcionarios públicos o privados que lleven a cabo la supervisión deberán entregar los informes sobre lo acontecido, cuando así sea dispuesto por la autoridad judicial. Para estos efectos, las instituciones públicas o privadas dispondrán del personal necesario en los horarios no hábiles de oficinas y en los lugares adecuados."[67]

Capitulo III: Ejecución de Derechos Patrimoniales.

Sección I: Derecho de Ganancialidad

Se recurrirá a la presente sección una vez que se establezca en sentencia el derecho de ganancialidad y se individualizaran los bienes sobre los cuales recae. La ejecución podrá ser solicitada por cualquiera de las partes interesadas del proceso, indicando los bienes que se declararon con derecho de ganancialidad. Asimismo, se deberá de aportar la prueba pertinente con el objetivo de fijar el valor neto de los mismos.

Una vez que la petición se concrete, la autoridad judicial dará audiencia a la otra parte por tres días para que pueda proponer cualquier otro tipo de

[67] Picado y Víquez, 2020, p. 385.

prueba para que se fije el valor neto. De forma inmediata, se ordenarán las pruebas ofrecidas y pertinentes, incluyendo la de tipo pericial para la valoración del bien.

Iniciando con el artículo 320, el mismo menciona la legitimación y el trámite inicial en esta sección, y establece lo siguiente: "Una vez establecido en sentencia el derecho de ganancialidad y cuando se hayan individualizado los bienes sobre los cuales recae de forma concreta, cualquiera de las partes interesadas solicitará la ejecución, debiendo indicar los bienes declarados con derecho de ganancialidad y ofrecer la prueba necesaria para fijar el valor neto de estos. Cuando la petición esté en forma, se dará audiencia a la otra parte por tres días para proponer cualquier otro tipo de prueba sobre ese aspecto del valor neto y, de forma inmediata, se ordenará traer las pruebas ofrecidas y pertinentes, incluyendo, si fuera necesario y no hay acuerdo sobre el valor del bien, la del tipo pericial para la valoración del bien."[68]

Este artículo tiene una interesante relación con el artículo 41 reformado del Código de Familia el cual señala el Régimen de Gananciales: "Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada conyugue adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Tales bienes se considerarán gravados de pleno derecho, a partir de la declaratoria a las resultas de la respectiva liquidación. Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de este corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte o por actos que amenacen burlarlo. Únicamente, no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación: 1. Los que fueran introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o por causa aleatoria. 2. Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales. 3. Aquellos, cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio. 4. Los muebles o inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges. 5. Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Se permite renunciar en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final." En virtud de este artículo, se puede señalar que incluye puntos de suma relevancia para el tema a tratar como lo son la liquidación anticipada de gananciales y la renuncia de gananciales.[69]

Dicho numeral resulta de una suma importancia siendo que el mismo brinda una mayor facilidad a la hora de que se debe ejecutar un derecho ganancial que se ha declarado firme mediante sentencia. Cuando se inicia el

[68] Picado y Víquez, 2020, p. 386.

[69] Benavides, 2010, p. 55.

proceso de ejecución, la legitimación activa la tendrá el cónyuge que ha adquirido el derecho de participación en la mitad del valor neto del bien, el cual es propiedad del otro, por esta razón, en el escrito inicial tendrá que señalar expresamente el o los bienes que fueron declarados como gananciales y ofrecerá la prueba que sea útil para fijar el valor de dichos bienes.[70]

El artículo 321 el Código Procesal de Familia dicta: "Convocatoria a audiencia conciliatoria y decisión final. Rendidos el peritaje y los informes necesarios se convocará a una audiencia de conciliación. No existiendo acuerdo, la autoridad judicial emitirá, dentro del tercer día, la resolución final sobre el valor del derecho reclamado, las obligaciones pecuniarias que se asumen, su forma y el plazo razonable de pago. Si no se cumple lo ordenado, la persona acreedora del derecho de ganancialidad podrá pedir el cobro de la suma indicada mediante el procedimiento de cobro ejecutorio establecido en la normativa de cobro de las obligaciones civiles y mercantiles."[71] Dicho artículo se puede relacionar con artículos del Código Civil y del Código Procesal Civil, del primero de ellos se puede hablar del artículo 693 y 98, y del segundo el artículo 153.

Seguidamente, se encuentra el artículo 322 y este define los bienes comunes en ganancialidad de la siguiente manera: "Tratándose de bienes en copropiedad de la pareja, no existiendo hijos o hijas menores de edad o existiendo no hay interés en el que ostentará la custodia de ellos en permanecer con el bien y otorgar pago al otro cónyuge, y si ambas partes tienen interés en la titularidad completa del bien sin que exista acuerdo en otra solución, la autoridad ordenará el remate con la base del acuerdo de partes o, en su defecto, del dictamen pericial pedido, salvo que existan gravámenes hipotecarios, sin posibilidad de rebajar la base ante los remates fracasados."[72]

En virtud de lo anterior, se puede resaltar un importante artículo del Código Civil costarricense, el artículo 272: "Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su codueño, y puede en todo tiempo exigir la división, salvo: 1. En los casos de sociedades mercantiles o de compañías comunes, en todos los cuales se observará lo que la ley especial y respectivamente disponga. 2. Si la cosa o el derecho fuere por su naturaleza absolutamente indivisible. 3. En los casos de comunidad de bienes originados en la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, los cuales se regirán por lo que ella dispone. 3) Cuando, tratándose de inmuebles su fraccionamiento contraviene las normas de urbanismo. 4) Cuando se trate de derechos creados bajo el Régimen Especial de Vivienda de Interés Social autorizados mediante ley, cuyo caso se aplicarán las regulaciones especificas vigentes."[73] Así como se puede concordar con los artículos 154, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164 y 165 del

[70] Picado y Víquez, 2020, p. 387.
[71] Picado y Víquez, 2020, p. 388.
[72] Picado y Víquez, 2020, pp. 389-390.
[73] Parajeles, 2017, p. 43.

Nuevo Código Procesal Civil, puesto que los mismos señalan los temas respectivos al embargo y remates.[74]

En este sentido, Brenes Córdoba señala que en diversas ocasiones el derecho de propiedad le puede corresponder a dos o más personas, en lugar de pertenecerle a una única persona. Este conjunto de derechos de propiedad con respecto a una misma cosa recibe el nombre de copropiedad. La copropiedad resulta de algún acto contractual, así como del legado o herencia cuando se adjudican derechos de propiedad sobre algún objeto. También señala que puede ocurrir copropiedad por determinación de la ley, como se señala en los artículos 509 y 515 del Código Civil.[75]

Sección II: Obligaciones de hacer, no hacer y entrega de cosas.

Indudablemente, esta sección resulta de suma relevancia para definir y entender verdaderamente los diferentes tipos de obligaciones que se pueden presentar. Primeramente, el artículo 323 del Código Procesal de Familia señala la Ejecución de obligaciones de hacer, dictando lo siguiente: "Cuando se haya establecido en una sentencia una obligación de hacer, la autoridad judicial ordenará a la persona obligada llevar a cabo lo dispuesto, para lo cual concederá un plazo razonable de conformidad con la naturaleza de la obligación y las condiciones personales y económicas de la persona obligada. Vencido el plazo dado sin que se hubiera cumplido, la parte ejecutante podrá llevar a cabo lo ordenado, pudiendo establecer luego el respectivo cobro de los gastos incurridos, así como de los daños y perjuicios, mediante el procedimiento de cobro de sumas no determinadas que establece este Código. La parte ejecutante podrá cobrar, en esta misma vía, los daños y perjuicios en caso de que no pueda o no quiera cumplirla. Cuando fuera necesario otorgar una escritura pública y la parte obligada no cumpla en el plazo conferido, la autoridad judicial ordenará la confección de la escritura correspondiente a un notario público, a elección de la parte ejecutante, con otorgamiento por parte de la persona juzgadora."[76]

De conformidad con el artículo anterior, se pueden traer a colación diversas definiciones de obligaciones que se verán a continuación:

1. **Obligación positiva (dar y hacer):** Obligación que establece como prestación a cargo del deudor ya sea dar o hacer algo.
2. **Obligaciones personalísimas:** "Obligaciones positivas de dar y hacer, prestación en la cual es obra del genio o intelecto del deudor, por lo que solo él puede cumplirla."[77]

Aunado a todo lo anterior, se puede resaltar el artículo 695 del Código Civil: "Cuando la obligación de hacer no exige para su cumplimiento la acción personal del deudor, si éste se negare a realizarla, podrá el acreedor ser

[74] Picado y Víquez, 2020, p. 390.

[75] Brenes, 1981, pp. 30-34.

[76] Picado y Víquez, 2020, pp. 391-392.

[77] Picado y Víquez, 2020, p. 392.

autorizado para hacerla ejecutar por su cuenta del deudor, o ejecutarla la autoridad."[78] Y con este, los artículos 148, 149 y 150 del Nuevo Código Procesal Civil, que señalan lo referente a las sentencias de dar, hacer y no hacer, respectivamente.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, se encuentran en el siguiente artículo 324 del Código Procesal de Familia: "Cuando se haya obligado a una persona a no hacer determinado acto o conducta bajo apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad y ha incumplido, la autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, lo comunicará al Ministerio Público para lo correspondiente y se tomarán las medidas necesarias para el cumplimiento de la orden de no hacer, incluso con el auxilio de la autoridad de policía. Para el cobro de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento, se seguirán los trámites previstos en este capítulo."[79] En concordancia con lo indicado anteriormente y al igual que como se efectuó con el artículo anterior, se deben aclarar ciertas definiciones:

1. **Obligación negativa:** Es aquella obligación cuya prestación a cargo del deudor es privarse de hacer algo.
2. **Daños y perjuicios:** "Indemnización que debe pagar aquel que produce un menoscabo, pérdida, detrimento a una persona o a su patrimonio, provenga o no del cumplimiento de un contrato de la comisión de un hecho ilícito. Los daños son objeto de resarcimiento, mientras que los perjuicios de indemnización."[80]
3. **Daño extrapatrimonial:** "El daño extrapatrimonial, en principio se decide sin ningún elemento o parámetro que permita determinar el equivalente en dinero porque no hay una correlación entre un mal espiritual y un bien dinerario. Por tanto, no puede concederse una reparación exacta, pero esto no quiere decir que no deba concederse ninguna, ni tampoco se otorgue cualquiera."[81]
4. **Daño moral:** "Es aquel que tiene por objeto indemnizar el quebrando que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos."[82]

Asimismo, se puede relacionar con el artículo 700 del Código Civil, la misma señala que la obligación de no hacer se convertirá en una indemnización de daños y perjuicios, en caso de que no haya cumplimiento. Y el artículo 314 del Código Penal que señala la desobediencia.

[78] Parajeles, 2017, p. 165.
[79] Picado y Víquez, 2020, pp. 392-393.
[80] Picado y Víquez, 2020, p. 393.
[81] Borrell, 1960, p. 211.
[82] Zorrilla, 2001, p. 209.

El artículo 325 del Código Procesal de Familia establece lo siguiente: "Entrega de cosas: Si se ha apercibido de la entrega de una cosa en plazo establecido, sin advertencia de juzgamiento por el delito de desobediencia a la autoridad, se procederá a apercibirlo de esa forma para que se cumpla de forma inmediata. Si no se cumple la obligación y la cosa fuera localizable y no recompensable en dinero, se podrá llevar a cabo, con auxilio de la autoridad de policía, el allanamiento del lugar en que se encuentre con las formalidades de la legislación procesal penal. Si el incumplimiento de esta obligación provoca daños y perjuicios, para su cobro se seguirán los trámites previstos en este capítulo."[83] Y se puede enlazar con el artículo 314 del Código Penal y los artículos 194, 195 y 196 del Código Procesal Penal referente al allanamiento de morada y lugares.

Sección III: Obligaciones de pago

Subsección I: Sumas no determinadas

Al iniciar esta sección, el artículo 326 nos adentra al trámite inicial y establece lo siguiente: "Cuando en resolución judicial se hubiera condenado en abstracto al pago de daños y perjuicios o de una suma por definir, se deberá presentar la liquidación concreta y detallada de los montos. La petición se pondrá en conocimiento de la parte ejecutada por cinco días. En caso de no oposición o allanamiento a las pretensiones, se dictará, sin más trámite, la resolución final."[84]

En virtud de lo anteriormente expuesto, cabe agregar que este artículo norma las ejecuciones de sentencia en las cuales se ordenará el pago de daños y perjuicios o de alguna suma por definir, según lo indica el mismo artículo en sus líneas. Su procedimiento se simplificó, lo que implica que el trámite del mismo sea expedito, si se presenta alguna oposición se tendrá que presentar prueba útil y necesaria, y posteriormente realizar una audiencia, caso contrario, si no se presenta ninguna oposición o allanamiento a dicha ejecución, se procede a dictar la sentencia.

Posteriormente, en caso de oposición, el artículo 327 señala el procedimiento que se deberá seguir: "En caso de oposición, la autoridad judicial se referirá a la prueba solicitada por las partes. Rendidos los dictámenes periciales, las pruebas científicas y los informes y documentos propuestos por las partes, se admitirán las demás pruebas y se convocará a una audiencia en la cual se intentará la conciliación y, en caso de que esta fracase, se recibirá la prueba admitida, se escucharan las conclusiones y se emitirá la parte dispositiva de la sentencia, en tanto la sentencia integral deberá ser dictada y notificada dentro del tercer día."[85] La prueba que reciba la autoridad judicial por las partes deberá ser útil y necesaria y posteriormente se convocará a una audiencia. En la audiencia oral se intentará conciliar, se practicará la

[83] Picado y Víquez, 2020, p. 397.

[84] Picado y Víquez, 2020, p. 397-398.

[85] Soto, 2020, p. 459.

prueba, se llegará a conclusiones de las partes y se dictará el por tanto. Tal y como menciona dicho artículo en sus últimas líneas, la sentencia integral se dictará y se notificará dentro del tercer día.

Por último, en esta subsección, el artículo 328 señala lo siguiente: "Decisión final. De establecerse un monto para el pago, la autoridad judicial deberá otorgar, en esa resolución, el plazo razonable para el cumplimiento de lo ordenado, de acuerdo con el monto y las condiciones personales y patrimoniales de la persona obligada, el cual no podrá exceder de seis meses, y de no hacerlo la parte ejecutante podrá iniciar el trámite de apremio patrimonial ejecutorio para conseguir ese pago."[86] Posteriormente a lo señalado en los dos artículos anteriores, se deberá establecer un monto para el pago y en la resolución se indicara un plazo razonable para el cumplimiento de dicha obligación, el mismo no podrá exceder los seis meses, en caso contrario, la ejecutante estará facultado en iniciar el apremio patrimonial del monto establecido por la autoridad judicial.

Subsección II: Cobro de sumas líquidas

La presente sección inicia con el numeral 329 regulando la normativa aplicable en el caso del cobro de sumas líquidas de la siguiente manera: "Salvo lo dispuesto en esa normativa, el trámite del cobro de las sumas de dinero establecidas en resolución judicial firme se hará efectivo directamente en el mismo proceso mediante el trámite previsto para el cobro de las obligaciones civiles o mercantiles. Tratándose del nombramiento de la persona depositaria judicial se tendrá en cuenta el interés familiar para su designación."[87]

En virtud de lo anterior, las normas concordantes con dicho artículo pueden ser las siguientes, artículo 153 al 165, y 67, 3, 25 del Nuevo Código Procesal Civil, así como el 764 al 802 referente al pago del Código Civil.

Resulta necesario señalar la definición de ejecución por suma líquida a continuación: "Son las vías de apremio o proceso de ejecución pura mediante las cuales se intenta lograr la ejecución coactiva de una obligación dineraria líquida y exigible, cuyo derecho que ya está reconocido o declarado en una sentencia o en un instrumento al cual la ley otorga carácter similar (título ejecutorio: sentencia de condena a pagar una suma líquida y exigible)."[88]

Asimismo, cabe indicar la definición de remate según el ex magistrado Fernando Coto Albán de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: "… el remate es un acto de carácter complejo que se integra en tres elementos, uno de ellos es el edicto, que fija las condiciones de la subasta, otro, la diligencia propiamente dicha, cuya comprobación se hace por medio del acta que el juez extiende y el tercero, la resolución que lo aprueba, en que el juez tiene por bien efectuado el remate, por ajustarse a aquellas condiciones a las formalidades de ley y a una oferta legalmente admisible, no mejorada por ninguno. Y desde

[86] Soto, 2020, p. 459.

[87] Soto, 2020, p. 460.

[88] Picado y Víquez, 2020, p. 403.

luego se requiere como antecedente indispensable la resolución que lo ordene, que señala hora y fecha para verificarlo y fija las demás condiciones todo lo cual se incluyen el edicto."[89]

También se puede rescatar el concepto de remate fracasado, se puede definir como: "aquel en que, a la hora de realizarse la subasta, no hace acto de presencia ningún postor, como consecuencia de ello, no existe postura. Por lo tanto, este fracasa y no se celebra el remate, aunque quede entendido que este debe celebrarse. En sí el acto reúne toda eficacia, pero no llega a alcanzar el fin, el objetivo para el cual nació, por faltar el tercero llamado a participar y a cerrar el círculo de la relación con la necesaria oferta y adquisición del bien."[90]

Por otro lado, el artículo 330 señala lo referente a los bienes con derecho de ganancialidad: "No será necesario decretar embargo de los bienes sobre los cuales recayó el monto de derecho de ganancialidad, si ya existe anotación en virtud del proceso resolutivo; para proceder con la fase de remate únicamente deberá presentarse la certificación registral en la que conste la preferencia de esa anotación."[91]

Este artículo se puede relacionar con el artículo 455 del Código Civil el cual regula lo siguiente: "Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro. Se concederá como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción. No tendrá la calidad de tercero el anotante por crédito personal, respecto de derechos reales nacidos en escritura pública con anterioridad a la anotación del decreto de embargo o de secuestro. Sin embargo, si la escritura pública fuera presentada al Registro después de tres meses de su otorgamiento y existiere ya una anotación de embargo, o de secuestro, éstas prevalecerán sobre aquélla, a menos que la persona que derive su derecho de la escritura logre demostrar en juicio ordinario contra el anotante que su derecho es cierto y no simulado, juicio que deberá plantear dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la escritura y respecto del cual regirán las disposiciones del artículo 978. Al inscribirse las escrituras por derechos reales presentadas dentro de los tres meses siguientes a su otorgamiento, se prescindirá de las anotaciones o inscripciones de embargo de que se ha hecho mérito sin necesidad de gestión u ocurso, o de resolución que así lo declare, y el Registrador pondrá al margen de los asientos de las referidas anotaciones o inscripciones, razón de haber quedado sin ningún valor ni efecto, en cuanto a los bienes o derechos respectivos, en virtud de lo dispuesto en este artículo."[92]

[89] Resolución N° 006-F-91 de las 14:40 horas del 18 de enero de 1991 de la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia.

[90] Barrantes y Mendéz, 1995, p. 100.

[91] Picado y Víquez, 2020, p. 405.

[92] Parajeles, 2020, p. 93.

El embargo de bienes en sociedades comunes se ve regulado en el artículo 331 de la siguiente manera: "A fin del cobro de cualquier suma de dinero líquida determinada en resolución del proceso familiar, procederá el embargo de los bienes propiedad de una sociedad en la cual los cónyuges, excónyuges o exconvivientes de hecho son los únicos accionistas."[93] El artículo es bastante claro en su redacción y se puede concordar con los siguientes artículos 467, 764 al 802, 981 del Código Civil así como 154, 157 al 165 del Nuevo Código Procesal Civil.[94]

El penúltimo artículo de esta subsección y del título IV del Código Procesal de Familia, le corresponde a la inscripción de aprobaciones de remate entre familiares, primeramente, el artículo 332 dicta lo siguiente: "Una vez aprobado un remate en un proceso familiar, en el cual la adjudicación correspondió a uno de los cónyuges o a cualquiera de sus hijas o hijos, su inscripción se verificará por medio de ejecutoria de la resolución que lo aprobó y demás piezas necesarias para esa inscripción."[95] Es decir, cuando se hubiere aprobado el remate y se señaló que la adjudicación le correspondía a uno de los cónyuges o cualquiera de sus hijos, la inscripción tendrá que verificarse mediante la ejecutoria de la resolución que la aprobó. Este artículo se puede relacionar con el artículo 314 del Código Procesal de Familia que se detalló anteriormente.

La liquidación del producto de remate en materia de ganancialidad se regula en el artículo 333 y último del título IV del Código Procesal de Familia de la siguiente manera: "Tratándose de un remate consecuencia del cobro del derecho de ganancialidad, el producto de este será liquidado luego de las deudas preferentes en el siguiente orden: 1. Intereses y costas. 2. Gastos de cuido y mantenimiento del bien cuando se nombró depositario mediante resolución judicial. 3. Capital adeudado por el derecho de ganancialidad, El remanente será devuelto al propietario del bien ejecutado."[96] Los artículos de otras normativas que se pueden relacionar a este en discusión puede ser del 764 al 802 del Código Civil y del 154 al 165 del Nuevo Código Procesal Civil.

Estos artículos conforman el Libro VI que regula la Ejecución de las Resoluciones, los cuales se suman al Código Procesal de Familia. Como se indicó con anterioridad, este cuerpo legal viene a introducir cambios de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual es relevante acercarse a esta normativa con el fin de observar detalladamente las modificaciones realizadas por los grandes juristas, siendo que nos encontrábamos ante la gran necesidad de un código que regulara los procesos familiares.

[93] Picado y Víquez, 2020, pp. 405-406.
[94] Picado y Víquez, 2020, p. 406.
[95] Picado y Víquez, 2020, p. 406.
[96] Picado y Víquez, 2020, pp. 406-407.

Referencias

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2019). *Proyecto de Ley Expediente N° 19.455*. pp. 1-8. Recuperado de www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/.Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2016). *Nuevo Código Procesal Civil*. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996). *Código Procesal Penal*. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC

Benavides, D. (2010) *Derecho Familiar Estudios Tomo 1*. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto S.A, p. 55.

Barrantes, R. y Méndez, E. (1995). *El remate: el remate fracasado, insubsistente y los medios de suspensión del mismo dentro del Código Procesal Civil. Tesis para optar por el grado de Licenciatura.* Universidad Panamericana Colegio Justiniano, p. 100.

Borrell, A. (1960). *Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*. Madrid, España: Editorial Bosh. Pp. 211.

Brenes, A. (1981). *Tratado de los Bienes*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, pp. 30-34.

Parajeles, G. (2017). *Código Civil Concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, y espacios para anotaciones.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, pp. 97-231.

Picado, C. y Víquez, S. (2020). *Reforma Procesal Familiar Práctica*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, pp. 379-407.

Resolución 006-F-91, de las 14:40 horas del 18 de enero de 1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado de http:// www.poderjudicial.go.cr/sala primera/listadosentencias.asp?directorio=/jurisprudencia/sentencias/civil.2 de setiembre del 2006.

Soto, R. (2020). *Código Procesal de Familia concordado por Rolando Soto Castro*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, pp. 438-462.

UNICEF (2006) *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Editorial Nuevo Siglo, p. 12.

Zorrilla, M. (2001). Reciprocidad de la Medicina y el Derecho. Revista de Estudios de Deusto. Pp. 209.

Zuñiga, U. (2019). *Código Penal remunerado, concordado, con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad, índice alfabético y espacios para anotaciones en cada artículo*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, p. 209.

AUDIENCIA PRESENCIAL VIRTUAL EN LA JURISDICCIÓN FAMILIAR

José Miguel Fonseca Vindas[97]

SUMARIO: I. Antecedentes.- II. Justificación y procedencia. III.- Protocolo institucional.- VI. Aplicabilidad.- V. Recomendaciones.- VI. Conclusiones.- VII. Flujograma.- VIII. Referencias.-

I. ANTECEDENTES.-

La pandemia del COVID-19 vino a trastocar las vidas de todas las personas en su cotidianidad; en sus trabajos, dinámicas familiares y relación convivencial con la sociedad.- Las comunicaciones y las relaciones interpersonales, han tenido que variar la interacción física por una virtual, llegando al punto de establecer contactos y cercanía con nuestro entorno a través de una cámara, un micrófono y un monitor.-

Esta situación ha repercutido en la administración de justicia, la cual, ha tenido que emplear y propiciar la instrumentalidad de las tecnologías a su alcance para continuar con el deber de diligencia que establece el numeral 41 constitucional.- Al día de hoy, el Poder Judicial en su estructura gerencial y orgánica, ha propuesto una serie de Protocolos, directrices y circulares, tendientes a la continuación del servicio y atención del funcionamiento judicial; la materia de lo Familiar (la cual incumbe despachos de pensiones alimentarias, violencia doméstica, familia, niñez y adolescencia) ha dado el paso al frente para asumir con responsabilidad y modernidad, esta nueva normalidad del quehacer jurisdiccional.-

Al respecto, por Circular 82-2020 de la Secretaría de la Corte, se dispuso la prórroga de las medidas en el Poder Judicial, en atención a las ya adoptadas por Corte Plena en sesión extraordinaria N°23-2020, celebrada el 28 de abril de 2020, en acatamiento a las disposiciones del Ministerio de Salud en resolución MS-DM-3845-2020 de las once horas del veintisiete de abril de dos mil veinte, así como el decreto ejecutivo 42227-MS emitido el día 16 de marzo de 2020; en concreto, se estableció la prórroga de los efectos del acuerdo de la sesión 18-2020 celebrada el 2 de abril del año en curso, artículo único, a partir del 1 y hasta el 15 de mayo de 2020.-

Entre los efectos de dicho acuerdo, se desprende –conforme lo establecen las Circulares 66-2020 y 67-2020– la obligatoriedad de la realización de audiencias, según lo establezcan los lineamientos específicos de cada materia, garantizando siempre el resguardo de la salud de las personas

[97] Juez del Juzgado contra la Violencia Doméstica del Primer Circuito Judicial de Alajuela y Juez suplente del Tribunal de Familia. Máster de la Maestría de Administración de Justicia de la Universidad Nacional de Costa Rica. Énfasis en Relaciones Familiares. Estudios de la Maestría de Violencia Social y Familiar de la Universidad Estatal a Distancia.

usuarias y el personal judicial; para lo cual, se instó a tomar las previsiones del caso, dependiendo de la cantidad de intervinientes en los diferentes procesos y notificando a las partes con la debida antelación.-

En igual sentido, fue dispuesto en el referido acuerdo, que las jefaturas y coordinadores de despacho u oficina son responsables de verificar el cumplimiento de las medidas sanitarias ordenadas por el Consejo Superior y la Comisión de Emergencia; en el entendido de organizar espacial y temporalmente los despachos para que se respete la distancia física de 1,8 metros entre las personas servidoras judiciales, así como entre las personas usuarias en las filas y en el área de atención o manifestación.-

Con base en los lineamientos mencionados, la jurisdicción de lo Familiar dispuso a través de la Comisión de Familia y algunas personas juzgadoras de la materia Familiar, la implementación de audiencias virtuales, con ocasión de la citada emergencia nacional generada por el COVID-19, la cual se encuentra amparada y justificada en diversos valores, principios y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos en general y del derecho constitucional en particular.-

A criterio muy personal, se considera la posibilidad de proyectar dicha práctica de la realización de audiencias virtuales, en un espectro aún más amplio; es decir, más allá del COVID-19, asumiendo desde ahora los aportes y beneficios para la administración de justicia del aprovechamiento del uso de las tecnologías.-

La realización de audiencias a través de tecnologías, en la práctica judicial, deviene de muy vieja data; desde la realización de video conferencias, o bien, desde la comunicación electrónica *in situ* de gestiones virtuales.- Al respecto, echo mano de mi experiencia cuando allá por el año 2009 se realizaban audiencias de procesos judiciales en asuntos de Filiación, desde Suretka –Talamanca– en el Juzgado de Familia en el centro de Limón (I Circuito Judicial).-

Nótese además, que desde mucho tiempo atrás, la administración de justicia ha utilizado herramientas electrónicas para desplazar la gestión presencial (en el Despacho) por medio del uso de plataformas institucionales, que permiten desde un dispositivo electrónico el acceso a gestiones judiciales y expedientes; por ende, este tema de la modernidad en la administración de justicia, no es una novedad, y es por ello que me atrevo afirmar, que la práctica de audiencias presenciales a través de medios electrónicos en tiempo real, vino para quedarse.-

II. JUSTIFICACIÓN Y PROCEDENCIA.-

Recientemente y mediante declaración de la Corte IDH número 1/20 del pasado 9 de abril, se planteó la necesidad de abordar los problemas y desafíos de la pandemia COVID-19, a partir de la perspectiva de los Derechos Humanos, señalando dicho instrumento la importancia de garantizar el acceso a la justicia.- Esa misma necesidad fue la que motivo a la jurisdicción de lo

Familiar en atención con lo establecido en nuestra Constitución Política con respecto al numeral 41, el cual establece que "*Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*"; dicho mandato constitucional evoca la **tutela judicial efectiva del acceso a la justicia**, el cual se materializa a través de la protección estatal que dispone el ordinal 51 del mismo cuerpo legal constitucional, al establecer que "*La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad*".- Dicho deber de protección Estatal lo ha interpretado y desarrollado nuestra Sala Constitucional, como un **derecho humano fundamental**; en tal sentido se cita –en lo conducente– la sentencia número 2001-09676 de las once horas veinticinco minutos del 26 de setiembre del 2001, la cual señaló que:

> "*En virtud de lo dispuesto en la norma transcrita, queda claro que la protección especial por parte del Estado para esos grupos de personas* ***se constituye en un verdadero derecho fundamental****, exigible en las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia. Es así, como a partir del concepto del Estado social de Derecho, es posible derivar obligaciones para las autoridades públicas, precisamente en aras a la búsqueda del mayor bienestar de "todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y personas desvalidas. Es a partir del establecimiento de un de Estado Social, derivable de las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes de la Carta Fundamental, que de manera inmediata* ***se genera la obligada intervención estatal*** *en materia social, en la que ha de obrar en determinado sentido y orientación: a favor de aquellos sectores especiales de la población que, por su condición, así lo requieren*". (Lo resaltado se suple).-

Bajo el prisma de esa tutela judicial efectiva del acceso a la justicia y de la protección estatal considerada como derecho fundamental, es que la jurisdicción Familiar, la Comisión de Familia y algunas personas juzgadoras se propusieron la realización de audiencias presenciales con la modalidad virtual que ofrece la aplicación de nuevas tecnologías, las cuales permiten la continuidad del servicio y atención de las personas usuarias que requieren de la administración de justicia.-

Al respecto, se elaboró una serie de premisas procesales y sustanciales, que justifican la procedencia de tal actuar; al respecto menciono algunas de las que fueron tratadas en reuniones dirigidas por la Comisión de Familia y algunas personas juzgadoras de la jurisdicción familiar:

a) *Tenemos actualmente el conocimiento de las materias de pensiones alimentarias, violencia doméstica, derecho de familia, niñez y adolescencia.-*

b) *En la mayoría de los procesos judiciales de la jurisdicción de Familia, se establece a través de su normativa especial, la norma procesal aplicable.- Tal es el caso de la materia alimentaria a través de la Ley Pensiones Alimentarias (Nº 7654); los procesos de filiación por Ley Paternidad Responsable (Nº 8101); las solicitudes de medidas de protección contra la violencia doméstica, por Ley contra la Violencia Doméstica (Nº 7586); procesos de protección de niñez y adolescencia, mediante Código de Niñez y Adolescencia (Ley Nº 7739); procesos de salvaguardia, por Ley para la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad (Nº 9379); entre otros.-*

c) *Supletoriamente, por resorte exclusivo de la Ley de vigencia transitoria para procedimientos de Familia (Nº 9621), se estableció que el Código Procesal Civil de 1989 –Ley Nº 7130– continuará vigente para el trámite de aquellos asuntos de la jurisdicción de Familia, a la espera de la entrada en vigencia del Código Procesal de Familia.-*

d) *Al respecto, el artículo 1 del Código Procesal Civil de 1989, establece en lo que interesa, "El proceso civil se inicia con la demanda* ***pero se desarrolla por impulso oficial*** *y por actividad de las partes".- Así mismo, en dicho cuerpo normativo, en el numeral 4 se establece que para los casos no previstos en dicho Código, la integración de normas se hará con base en los principios constitucionales; entre ellos y de acuerdo con lo arriba expuesto, tenemos el ya mencionado acceso a la justicia del artículo 41 Constitucional, y el deber de protección Estatal del ordinal 51 ibídem.-*

e) *Con respecto a los deberes de la persona juzgadora, el Código Procesal Civil de 1989 regula en el numeral 98 la dirección del proceso y el deber de una rápida solución; al igualar a las partes en el tratamiento procesal; y sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe (incisos 1, 2 y 3).-*

f) *De acuerdo con el Código Procesal Civil de 1989, aplicable a la materia de Familia, en el numeral 152 permite la documentación de las audiencias y comparecencias, mediante su grabación.-*

g) *De forma específica, en la jurisdicción de Niñez y Adolescencia, tenemos como principios procesales la ampliación de los poderes de la persona juzgadora en la conducción del proceso, la ausencia de ritualismo procesal, el impulso procesal de oficio, la oralidad, inmediatez, la concentración y celeridad, la búsqueda de la verdad real, el derecho de audiencia, el poder cautelar y la sanción del fraude procesal (artículos 113, 114 y 115 todos del Código de Niñez y Adolescencia).-*

h) *Por desarrollo jurisprudencial en la materia de violencia doméstica, los principios procesales son los de protección, intervención inmediata*

y oportuna, temporalidad, sumariedad, oralidad, sencillez e informalidad, razonabilidad y proporcionalidad; todo de acuerdo con la Ley 7586.-

i) *En materia de pensiones alimentarias, los principios procesales que emanan de la Ley 7654 en los numerales 2 y 7, son de gratuidad, oralidad, celeridad, oficiosidad, sencillez, informalidad y sumariedad, todo en adecuado equilibrio del debido proceso y beneficio de las personas acreedoras de alimentos.-*

j) *En la materia de Familia, concretamente, se advierten los principios procesales doctrinales de la gratuidad, amplio acceso a la justicia, ampliación de los poderes de la persona juzgadora, inmediación, favor de la prueba, simplificación de los procedimientos, interés superior, cooperación interdisciplinaria y de la perpetuatio juristictionis.-*

k) *A lo anterior, se debe considerar la aplicación de las Reglas de Brasilia en su primera versión y en su actualización que consagran estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Cumbre Judicial XIV Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008; por las cuales se involucra el uso de las tecnologías con el fin de brindar un adecuado tratamiento de la administración de justicia.-*

A partir de estas premisas, es que se potenció instrumentalizar un Protocolo institucional, el cual sirviese de herramienta para los despacho judiciales de la materia familiar, con el fin de continuar con la debida atención a las personas usuarias.-

Como soporte y respaldo de aquellas premisas, se contó con algunos criterios ya expuestos por nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual en la sentencia 2019020584 de las quince horas cinco minutos del veintitrés de octubre del dos mil diecinueve, en la cual se estableció la procedencia de realizar actuaciones judiciales, a pesar de que no se contara con el equipo suficiente para ello, dejando claro entonces, que el deber de diligencia de las personas juzgadoras va mucho más allá de la existencia o no de la herramienta, sino de la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas usuarias.-

En otro caso, la misma Sala Constitucional resolvió en la sentencia 2020007446 de las nueve horas veinte minutos del diecisiete de abril del año dos mil veinte, que –y citó–

> "*(...)* ***tratándose de situaciones de emergencias***, ***donde está en riesgo la salud y la vida***, *no solo del amparado, sino de toda la población, procederes institucionales como el objetado, están más que justificados. Se viven tiempos excepcionales, frente a los cuales* ***se hace necesario procurar la continuidad de los servicios públicos, como la administración de justicia***, *pero tomando medidas, igualmente excepcionales, en tutela de derechos fundamentales, no solo la libertad de tránsito, sino además de los antes citados, sin los cuales no es posible la existencia misma de los derechos*." (Lo resaltado también se suple).-

En igual sentido, la misma Sala mediante resolución 2020-007051 de las nueve horas veinte minutos del ocho de abril del dos mil veinte, declaró sin lugar habeas corpus presentado por la Defensora Pública del imputado, quien alegó se le impidió el ejercicio de la defensa material y técnica en la audiencia (debate oral y público en proceso penal) en la cual se recibió el testimonio de la parte ofendida, sin la presencia física del imputado ante el Tribunal, quien está detenido en el Centro Penal. Se menciona que la Corte Plena autorizó la realización de debates mediante videoconferencia (Circular 57-2020), en atención a la declaratoria de emergencia nacional. La Sala Constitucional consideró –en ese caso– que no hay violación alguna al derecho de defensa del imputado, pues incluso se le explicó de manera clara y precisa al imputado que si así lo deseaba, podía comunicarse en forma privada con su defensora en forma privada, como así se hizo.-

Bajo todos estos preceptos jurisprudenciales, la Comisión de Familia junto con algunas personas juzgadoras de la jurisdicción Familiar, consideraron lo establecido en los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, 14, inciso 1) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y 8 inciso 1.1 y 25 del Pacto de San José (Convención americana de Derechos Humanos), **en cuanto establecen la necesidad de diseñar procesos sencillos y rápidos con la finalidad de garantizar ese derecho a una tutela judicial efectiva del acceso a la justicia y el deber estatal de protección**; por ende, se valoró que a partir de la situación actual que afronta nuestro país, por la pandemia relacionada con el virus Covid-19, era necesaria la adaptación de la forma en que se prestan los servicios de justicia en la materia de Familia, para proteger la vida y la salud del personal judicial y de las personas usuarias, garantizando para ello el resguardo del derecho a la tutela judicial efectiva, baluarte fundamental en el funcionamiento del Estado de Derecho.-

III.- PROTOCOLO INSTITUCIONAL.-

Con la dirección de la Comisión de Familia y la experiencia de algunas personas juzgadoras de la jurisdicción Familiar, se redactó el Protocolo de actuaciones judiciales para realizar audiencias virtuales en los distintos procesos familiares, a través de la herramienta tecnológica Microsoft Teams, con el fin de continuar los procesos judiciales de las distintas especialidades de la materia.- Dicha propuesta fue revisada por las comisiones institucionales de la jurisdicción Familiar, de Violencia Doméstica y de Niñez-Adolescencia, vertiendo cada cual su debida aprobación con los aportes correspondientes.-

Se construyó un Protocolo por el cual, las personas juzgadoras, las personas profesionales en derecho que ejercen la abogacía, y las personas usuarias de la administración de justicia, tuviesen a la mano una herramienta con la cual, se regulara el uso de las herramientas tecnológicas, en particular las videoconferencias, a fin de dar continuidad al servicio público de los

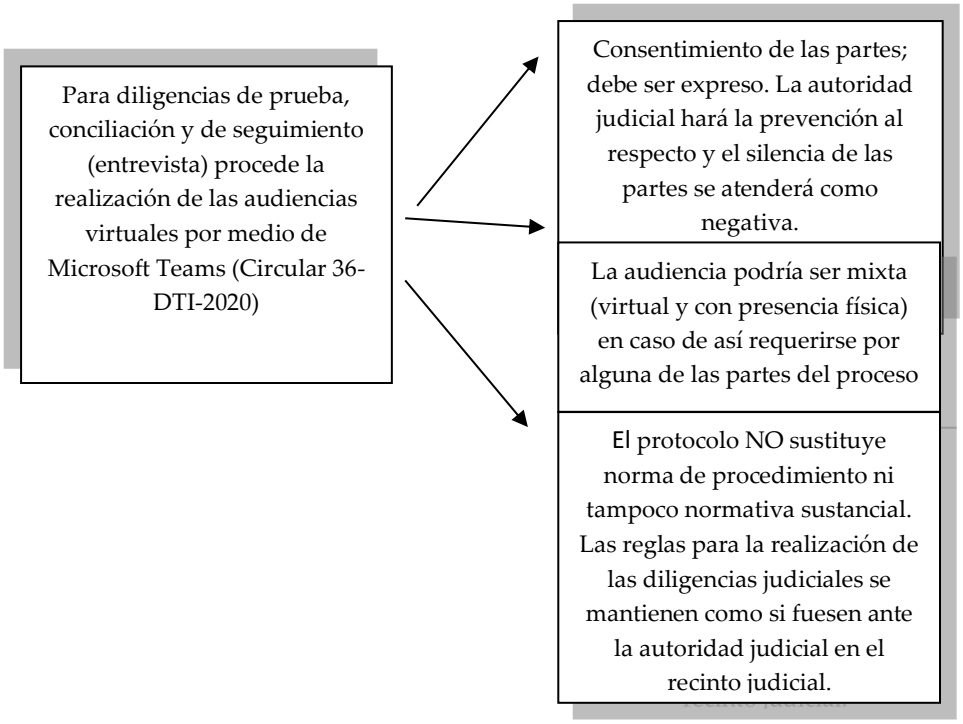
Tribunales de Justicia, fomentando así la realización de audiencias virtuales en materia de Familia, Pensiones Alimentarias, Violencia Doméstica, Niñez y Adolescencia por medios tecnológicos, garantizando la legitimidad y seguridad de los mismos, todo lo anterior cuando sea posible por la naturaleza de la actuación judicial.-

Es importante destacar, que el propio Protocolo enuncia la condición potestativa de su utilización, recayendo en la persona juzgadora que conoce del caso concreto, **regular** y **evaluar** las condiciones y circunstancias de las personas usuarias del proceso respectivo; ¿de qué forma?, con la respectiva anuencia de las partes y sus representantes legales, así como la valoración previa de las condiciones de vulnerabilidad –si las hubiese– para la celebración de las audiencias virtuales a través de este instrumento.-

Este instrumento establece su procedencia en aquellos actos procesales que impliquen la recepción de prueba, siempre y cuando, se garantice el contradictorio, la igualdad procesal y demás principios procesales de la normativa de Familia.- Así mismo, se determina su procedencia para la realización de audiencias de conciliación y las audiencias de seguimiento en materia de violencia doméstica, estás últimas solo en aquellos casos que no exista un alto riesgo para la persona victima.-

Algo de suma importancia que dejó claro este Protocolo, es que el mismo NO sustituye NI enerva ninguna norma procesal o de fondo, vigente y aplicable a los procedimientos de las materias que conforman la Jurisdicción de Familia; es por ello, que todo aquello que ya esté regulado en la actividad probatoria de los procesos judiciales, o bien, de las diligencias procesales de cada asunto en cuestión, se mantendrá y seguirá tramitándose, tal cual ahora mismo se hace, de modo presencial en el recinto judicial; esto lo que viene afirmar es que el Protocolo es una herramienta para potenciar la continuidad de los procesos, pero NO viene a suplir normativa procesal o sustancial de la jurisdicción familiar.-

A través de la siguiente gráfica, pretendo magnificar el alcance del Protocolo institucional para las distintas audiencias, atendiendo ese consentimiento expreso de las partes para su realización; citó:



De esta manera, se puntualiza que la utilización del Protocolo como herramienta para la celebración de las distintas diligencias judiciales, se potencia con el fin, de brindar y asegurar una forma por la cual, se regule la conexión virtual con las partes del proceso, a fin de llevar a cabo las actuaciones procesales de los distintos asuntos familiares.-

Se ha establecido como tecnología segura para la realización de audiencias virtuales, únicamente la utilización de la plataforma Microsoft Teams, conforme a los criterios del Departamento de Tecnología de la Información y la Circular 36-DTI-2020, garanticen la seguridad y autenticidad en la obtención de la información, sin exponer los equipos y bases de datos de la institución.- A partir de tal plataforma, el Protocolo regula que las personas intervinientes en la diligencia determinen la identificación en cada caso concreto a la persona usuaria, a sus abogadas/os y representantes legales, los datos indispensables para su identificación y los números de teléfono que se guardará en archivo privado de exclusivo uso de la persona juzgadora quien debe garantizar la tutela de esa información sensible.- Se determina en el Protocolo el lugar para la realización de las audiencias por videoconferencia, el cual podrá coincidir con la sede del Tribunal, desde sus oficinas o desde un local apropiado al efecto, con buena luminosidad, aislado de ruidos y distracciones externas. Se indica que las personas usuarias, podrán participar desde locales designados al efecto, desde las oficinas de sus representantes

legales desde sus casas de habitación, según lo estime más apropiado la persona juzgadora que dirige la audiencia en cuestión.- Acá es interesante señalar que el Protocolo determina que el fondo que se observe en pantalla, deberá ser preferiblemente una pared color claro; prohibiéndose el uso de filtros para tal efecto.- Se contempló el adecuado uso de la vestimenta de las personas técnicas y juzgadoras que participen en audiencias virtuales por medios tecnológicos, así como de las personas usuarias, representantes y personas abogadas, quienes deberán vestir adecuadamente según las circunstancias del caso concreto y las exigencias del cargo u ejercicio de la profesión.-

El Protocolo determinó, por la naturaleza de los conflictos judiciales en la jurisdicción Familiar, que la realización de las audiencias virtuales, deberán ser privadas, esto lo que quiere decir es que las diligencias no serán públicas a terceras personas ajenas al proceso en concreto.- En igual sentido, el Protocolo potenció los deberes éticos de las personas juzgadoras, partes, representantes y abogadas, quienes tendrán los mismos deberes de lealtad, probidad, uso racional del sistema y respeto a los demás participantes en la videoconferencia, que tendrían si la diligencia se realizara en forma presencial; apoyándose para ello en las posibles sanciones que establece el Código Procesal Civil de 1989, Ley Orgánica del Poder Judicial y Códigos de Ética que regulan la función de las personas juzgadoras y litigantes.- Sobre este tema odontológico, se debe rescatar que el Protocolo establece que en todas las fases de las diligencias judiciales, realizables de forma virtual, debe primar el principio de lealtad procesal, debiendo quienes participan abstenerse en todo momento de intentar manipular ilegalmente las declaraciones de las personas testigos, de partes o utilizando instrumentos de comunicación de cualquier tipo que permitan sugerir las respuestas, u obtener declaraciones o manifestaciones que no resulten espontáneas, que sean falsas, parcializadas, o que no correspondan al conocimiento directo de los hechos que pueda tener la persona declarante o quien rinde el dictamen pericial.-

El Protocolo establece que la persona juzgadora o el Tribunal, será quien dirija la audiencia, entendiendo pues que al utilizar plataformas o medios electrónicos para la realización de audiencias virtuales, son las personas juzgadoras quienes deberán ejercer sus facultades de dirección de la audiencia en forma respetuosa y eficiente, que permita un espacio razonable a las partes para ejercer la defensa de sus intereses y a la vez impida las pérdidas innecesarias de tiempo; para ello, se potencia la regulación y asignación del uso de la palabra, advertencia de las reglas previamente establecidas para intervenir durante el transcurso de la audiencia y respetando el espacio asignado a las demás personas intervinientes.- Aunado a lo anterior, el Protocolo establece que las partes y demás personas intervinientes de la audiencia virtual, deben mantener plena atención a lo que acontece en ese acto procesal, no pudiendo durante su trámite hacer uso del teléfono celular para

comunicarse con terceros o atender otras cuestiones distintas a las que corresponden a esa diligencia, salvo previa autorización de la persona juzgadora por causa debidamente justificada, o para la comunicación privada que puede existir entre la parte y su abogado o abogada.- Otro dato interesante que establece el Protocolo es que las partes y demás intervinientes deberán mantener activada la cámara en todo momento, durante la realización de la audiencia virtual, de modo que la persona juzgadora pueda visualizar lo que ocurre en dicha diligencia; lo anterior con el fin de potenciar la dirección de la diligencia correspondiente.-

VI. APLICABILIDAD.-

Recientemente bajo la Circular 144-2020 de la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, se publicó el ***"Protocolo para la realización de Audiencias Virtuales por Medios Tecnológicos en la Jurisdicción de Familia"***, el cual dispone la utilización de la herramienta tecnológica del Microsoft Teams, en los despachos judiciales que conocen las materias de Familia, Pensiones Alimentarias, Violencia Doméstica, Niñez y Adolescencia, tanto para abogados, abogadas y público en general.- Al respecto, dicha Circular informa que la Corte Plena en sesión Nº 37-2020 celebrada el 29 de junio de 2020, artículo IV, aprobó dicho Protocolo, con el fin de potenciar la continuidad de las diligencias judiciales en la materia Familiar.-

Es de suma importancia destacar, que en dicha Circular se transcribe el Protocolo que interesa, anunciando el requerimiento del consentimiento previo, a través de la prevención correspondiente.- Lo anterior no imposibilita que las partes del caso concreto, desde su inicio o en cualquier momento, expongan su deseo de que las audiencias de su asunto sean virtuales presenciales, o bien, que desde el inicio del proceso informen su oposición a tal posibilidad.-

El Protocolo pretende a través de sencillas actuaciones judiciales, propiciar el señalamiento de la audiencia virtual, a través de una resolución que informe a las partes la utilización de la aplicación Microsoft Teams, con el fin de llevar a cabo la diligencia correspondiente; en dicha resolución se informaran los requerimientos de contar con computadora o bien dispositivo móvil con cámara y conexión a internet con al menos 3 megas de ancho de banda disponible en todo momento durante la audiencia; además se indicará que cada una de las partes y sus representaciones letradas, informen al Despacho la dirección de correo electrónico de todas las personas que intervendrán en la diligencia judicial, para agendar el señalamiento respectivo en la plataforma TEAMS, lo cual estará a cargo de la persona técnica judicial designada para tal función.-

Es importante destacar que la resolución antes mencionada, dispondrá de la advertencia, en caso afirmativo de alguna de las partes o de ambas para la celebración de la audiencia virtual presencial, que de no conectarse a la aplicación a la hora y fecha señaladas, sin justa causa, se podrían aplicar las

consecuencias de inasistencia que señala el artículo 325, 343 y 434 ambos del Código Procesal Civil de 1989.- Es por ello, que el requerimiento del consentimiento expreso no solo genera la aceptación de la utilización del Protocolo, sino además, se asumen todas las consecuencias legales de un eventual incumplimiento de lo que fuese apercibido.-

Otro dato interesante que nos trae el Protocolo, es que se utilizará el SIGAO (sistema de grabación de audiencias orales) como la herramienta del Poder Judicial para grabar las audiencias en audio; esto lo que quiere decir, es que el registro de la diligencia se respaldará solamente en la grabación del audio, que permite este sistema institucional de grabación; empero, ello no imposibilita de que la diligencia se registre mediante acta escrita, lo cual quedará a criterio de la persona juzgadora, que como se dijo antes, es quien dirige la audiencia que corresponde.-

El Protocolo establece –de forma enfática– que la práctica de prueba se evacuará conforme las reglas establecidas en el Código Procesal Civil de 1989, Ley de Pensiones Alimentarias, Ley contra la Violencia Doméstica, y Código de Niñez y Adolescencia; entre otras leyes conexas que regulen aspectos de práctica de prueba.- Es decir, el Protocolo anuncia que éste no servirá como norma procesal de ningún proceso, sino que será la herramienta para la realización y continuidad de esos procesos judiciales, siendo obligación de las personas juzgadoras resolver –conforme a derecho– sobre la disposición, incorporación, absorción y comunidad de la prueba respectiva ofrecida en la audiencia virtual.-

Otro escenario procesal que contempla el Protocolo son las entrevistas de personas menores de edad, adultas mayores o con discapacidad, en principio el Protocolo sugiere realizar dicha entrevista en el recinto judicial, o bien, en el lugar de residencia de la persona usuaria, dependiendo de las circunstancias de dicha persona.- En casos excepcionales –dicta el Protocolo– de requerirse dicha entrevista por medio de la audiencia virtual, la persona juzgadora deberá asegurarse de que la entrevista se está realizando sin la intervención de terceras personas, salvo en aquellos casos en que así lo requiera quien se entrevista.- De suma importancia es mencionar que el Protocolo establece de forma enérgica que NO se deberá filmar la imagen de la persona menor de edad por entrevistar.-

Así mismo, el Protocolo establece que en materia de Violencia Doméstica, los asuntos bajo el procedimiento de la Ley contra la Violencia Doméstica (Nº 7586), seguirán su tramitación conforme dispone dicha normativa, dejando claro que se podrán celebrar audiencias virtuales, **siempre y cuando**, la persona juzgadora a cargo del caso concreto, defina la procedencia de este Protocolo, garantizando el debido proceso, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las posibles condiciones de vulnerabilidad de las personas usuarias de la administración de justicia.- Es muy importante destacar que el Protocolo advierte que NO se realizarán audiencias virtuales

en aquellos procesos donde existe alto riesgo y calificación CLAIS del mismo; es decir, en donde la seguridad e integridad de la persona víctima este comprometida ante un riesgo eminente.-

V. RECOMENDACIONES.-

A título muy personal, considero necesario destacar la realidad social de los asuntos que bajo conocimiento de juezas y jueces, así como de profesionales en derecho que ejercen la abogacía, debemos asumir en nuestro ejercicio profesional, atendiendo con ello, la naturaleza del conflicto familiar, las condiciones de vulnerabilidad de las personas usuarias, y los tropiezos que encontramos en la estructura para tutelar un adecuado acceso a la justicia.- ¿A qué me refiero? A que la mayor parte de la población usuaria de la administración de justicia en la jurisdicción familiar, no cuenta con acceso a un internet, a una computadora, a un dispositivo móvil, por los cuales, asuma la realización de audiencias virtuales en Microsoft Teams.-

En mi entender, aquellos que ejercen la abogacía y quienes administran justicia, deben comprometerse con esa población usuaria, para brindarles realmente un adecuado acceso a la justicia; el cual involucre no solo el uso de tecnologías, sino que además, contemple las necesidades y condiciones de cada persona usuaria, en la atención del caso concreto.- No solo la falta de recursos económicos, sino la brecha tecnológica de estas nuevas herramientas, podrían obstaculizar ese acceso a la justicia y por ende, mi mayor recomendación es que debemos analizar cada caso concreto, para que el Protocolo que fue diseñado para brindar seguridad a las personas usuarias, no signifique ni represente un obstáculo para éstas en la atención de la justicia que requieren.-

Por lo antes expuesto, considero importante lo siguiente:

a) Se debe analizar cada caso concreto, de acuerdo con las distintas condiciones de vulnerabilidad de las personas usuarias, para que no se obstaculice el derecho a un acceso real y material a la justicia.

b) Es deber de la representación letrada y de la administración de justicia, tutelar los derechos de las personas usuarias de los conflictos familiares en sede judicial.-

c) A falta de posibilidades en acceder al empleo de tecnologías para la celebración de audiencias en modalidad virtual presencial, la autoridad judicial correspondiente, deberá suplir cualquier situación con el fin de garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso a la justicia de la tutela de la realidad judicial efectiva del caso concreto.-

d) La confiabilidad de las diligencias virtuales reposa en la efectivización de los derechos de las personas usuarias, los cuales se potencian con el actuar ético de las personas profesionales en derecho que actúan en el caso concreto.- Tanto jueces, juezas, como abogados y abogadas litigantes, deben materializar el compromiso ético de su actuaciones para el servicio profesional que están brindando.-

e) En cada proceso judicial se debe respetar el derecho de defensa y contradictorio, así como la lealtad procesal de todas las personas participantes de la diligencia que se realicen en modo virtual presencial; todo lo anterior, se debe garantizar a través del principio rector del debido proceso.-

f) Los despachos judiciales y las oficinas de personas que ejercen la abogacía, deben –en lo posible– estructurar sus espacios para garantizar la práctica de audiencias virtuales, con la implementación de estaciones de acceso remoto a las diligencias judiciales que se lleven a cabo en la modalidad virtual presencial.-

VI. CONCLUSIONES.-

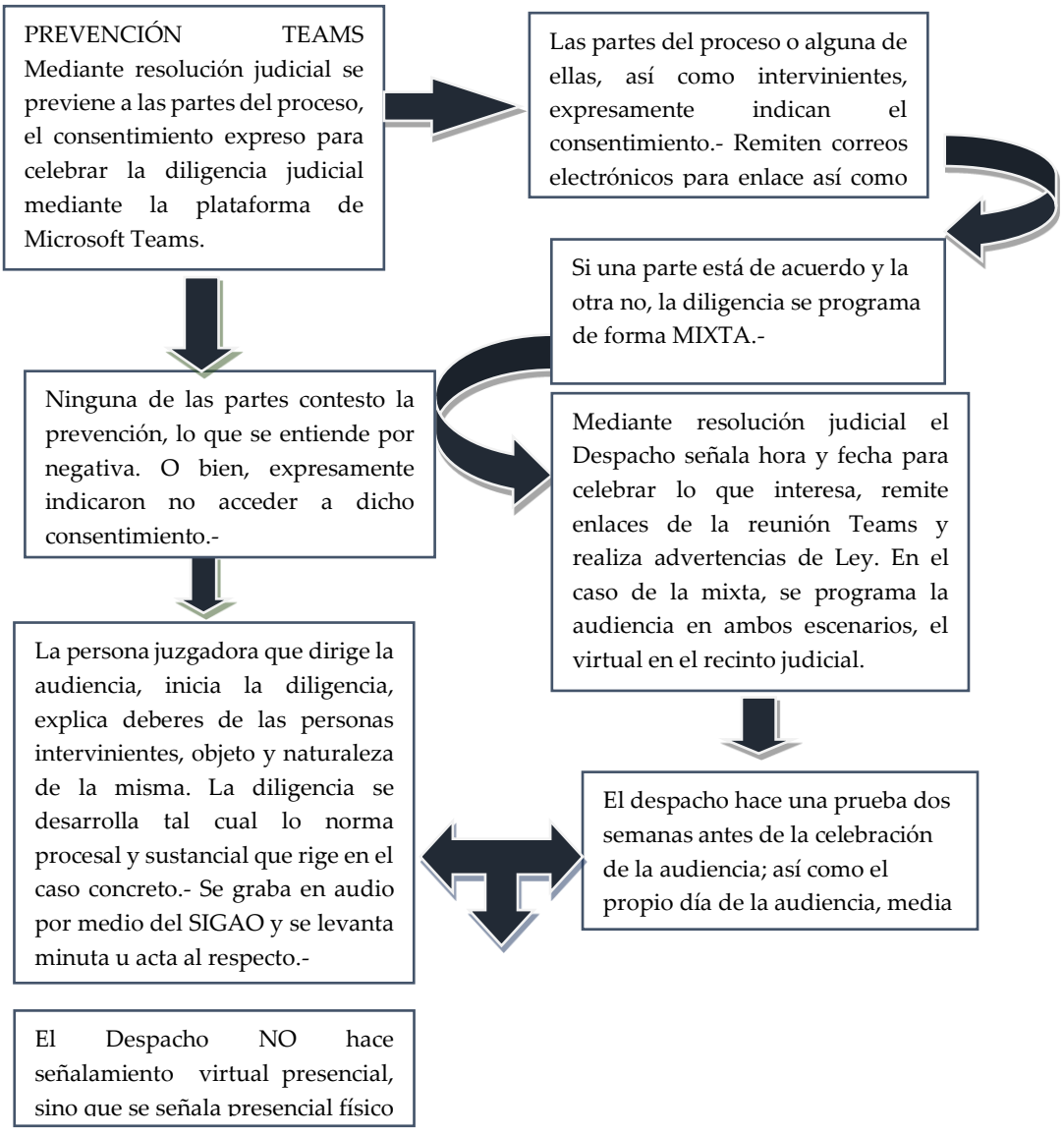
El Protocolo es una herramienta para regular y establecer la procedencia de la realización y continuación de las actuaciones judiciales, sin que por ello se interprete, que dicho instrumento crea un nuevo proceso o un distinto procedimiento para la actividad judicial; el Protocolo NO sustituye normas de procedimiento y cada asunto judicial, deberá continuarse y resolverse de acuerdo con los alcances normativos de forma y fondo que la Ley establece.- Esta es la premisa esencial que debemos apreciar con dicho instrumento.- Consecuentemente, ya que el Protocolo ha sido creado para brindar tutela judicial efectiva al acceso a la justicia que requieren las personas usuarias de la administración de justicia, su implementación NO debe obstaculizar principios generales del derecho, como el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de ser escuchado ante los Tribunales de Justicia.- Hágase hincapié que ese es precisamente el núcleo duro del Protocolo, el potenciar la continuación de los asuntos judiciales, sin que se violenten derechos fundamentales.- Por ello, será deber de jueces, juezas, abogados y abogadas, potenciar sus buenos oficios para brindar la asesoría, el acompañamiento, la oportunidad y el acceso de todas las herramientas tecnológicas propuestas en el Protocolo, para así garantizar ese acceso a la justicia.-

No me cabe duda de que la virtualidad de las audiencias judiciales en materia de Familia resulta una propuesta de avanzada para el momento histórico en que nos encontramos; quizás nos resulta forzada e impuesta, sin embargo, debemos atender las circunstancias que motivaron este desenlace, el cual, se forja como una nueva normalidad para la realización de audiencias judiciales, no solo por el COVID-19 sino también potenciable para otros supuestos, como el de lejanía, privación de libertad, extranjería, o bien, la simple anuencia de una parte en que se le escuche rápidamente en el proceso de su interés, sin tener que trasladarse de su oficina, vivienda o cualquier sitio, que por cuestión de la distancia, le conlleve una espera aún mayor de ser atendido.-

Este Protocolo es resultado del esfuerzo de la jurisdicción Familiar, a través de la dirección de la Comisión de Familia con el Juez Gestor, señor **Cristian Martínez Hernández** y la señora Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, **Julia Varela Araya**; junto con la oportuna intervención de las juezas **Shirley Víquez Vargas**, **Valeria Arce Ihabadjen**, **Shirley González Quirós**; y el suscrito Juez, **José Miguel Fonseca Vindas**.-

VII. FLUJOGRAMA.-

A continuación y de forma muy somera, realizo un flujograma en el cual se explica el *iter* de la aplicación del Protocolo que nos incumbe.-



VIII. REFERENCIAS.-

- Constitución Política de Costa Rica
- Código Procesal Civil de 1989
- Resolución del Ministerio de Salud MS-DM-3845-2020 de las once horas del veintisiete de abril de dos mil veinte, así como el Decreto Ejecutivo 42227-MS emitido el día 16 de marzo de 2020.
- Declaración de la Corte IDH número 1/20 del 9 de abril 2020.-
- Circular 66, 67, 82 y 144 todas del año en curso -2020- de la Secretaría de la Corte del Poder Judicial.
- Circular del Departamento de Tecnología de la Información –del Poder Judicial– número 36-DTI-2020.
- Sentencia de la Sala Constitucional número 2001-09676 de las once horas veinticinco minutos del 26 de setiembre del 2001.-
- Sentencia de la Sala Constitucional número 2019020584 de las quince horas cinco minutos del veintitrés de octubre del 2019.
- Sentencia de la Sala Constitucional número 2020007446 de las nueve horas veinte minutos del diecisiete de abril del 2020.
- Sentencia de la Sala Constitucional número 2020-007051 de las nueve horas veinte minutos del ocho de abril del 2020.

PROCESOS DE FILIACIÓN

Mario Naranjo Luna

Sumario:

Introducción.
Concepto de Filiación.
2.1 Tipos de Filiación
2.2. Acciones de Emplazamiento de la Filiación.
2.3. Acciones de Desplazamiento de la Filiación.
Vía procesal de las acciones de filiación.
3.1. Regulación en el Código de Familia.
3.1.1 Procedimiento.
3.1.2. Fase recursiva.
3.2. Regulación en el nuevo Código Procesal de Familia.
3.2.1. Trámite.
3.2.2. Fase de impugnación.
3.2.3. Demanda de Revisión.
Reflexiones.
Referencias Bibliográficas

Introducción

Un tema de gran importancia para la comunidad jurídica lo representa la filiación, tanto desde conceptualización, como desde la óptica procesal, que implica transformar ese derecho en una situación real. Sin embargo, a pesar de la importancia que representa la filiación y otros derechos que confluyen con ella, lo cierto del caso, es que ha representado en el Derecho de Familia, una confusión y hasta desconocimiento, pues existen diferencias importantes que todo litigante familiarista debe de entender y manejar, para evitar retrasos innecesarios, o la interposición de demandas improponibles desde su presentación.

Además de la complejidad que pueda representar las distintas formas de emplazamiento y desplazamiento de la filiación, uno de los puntos más importantes, es conocer a ciencia cierta el procedimiento y su clasificación, que al final, es lo más relevante que se pretende hacer con este pequeño estudio. Esto tanto el procedimiento actual regulado en el Código de Familia, como, los cambios que se avecinan con la implementación del nuevo Código Procesal de Familia, de ahí que si bien, se hará una breve explicación de las bases más importantes y esenciales de las acciones de

filiación, en concreto, la más importante es entender su regulación actual, y posterior a la reforma.

Lo anterior es de suma importancia, debido a que la filiación representa un derecho fundamental de todo ser humano, y, por consiguiente, es importante entender y comprender, cómo procesalmente le daremos un tratamiento adecuado a la misma, para poder garantizar a la persona que representaremos un adecuado asesoramiento jurídico, derecho de acceso a la justicia, y una verdadera, dentro de lo posible, tutela judicial efectiva.

2. Concepto de Filiación

En términos generales y de sencilla comprensión, la filiación representa un vínculo entre dos personas, donde una de ellas es padre o madre, y la otra, hijo o hija. Ese vínculo es generador tanto de derechos como obligaciones, para ambas partes de la relación filial, dentro de los cuales se enmarcan el derecho a la fundación de una familia, voluntad procreacional, a vivir con la familia, al contacto con el círculo familiar, a los alimentos, a heredar entre otros.

> Concepto. "Paternidad" implica la calidad de padre, "maternidad", la de madre; y "filiación" la de hijo.
>
> Esos conceptos se refieren a las relaciones civiles que entre padres e hijos se establecen en razón del enlace natural que entre unos y otros existe por el hecho de la transmisión de la vida de los primeros a los segundos; y, con particularidad, en cuanto se refiere a los derechos y obligaciones que recíprocamente los atañe, a causa del parentesco que los une (Trejos, 2010, p.407).

2.1 Tipos de Filiación

Hace unas décadas atrás, entendíamos que solo podría generarse un tipo de filiación, la denominada "natural" o biológico conllevando, como única forma de vinculación, la derivada de relaciones heterosexuales, y en matrimonio, pues solo era conocida la filiación matrimonial.

Con el pasar del tiempo, la filiación evolucionó en distintas formas, por ejemplo, aquella que es derivada o es el resultado, de un proceso judicial, a la cual se le nombró, filiación adoptiva; Luego de ello, debido a los cambios de la sociedad, se dio un nuevo empujón a nuevas posibilidades dentro de la filiación y sus divisiones, tales, como la clasificación de filiación matrimonial (derivada de los hijos nacidos dentro del matrimonio), y la filiación extramatrimonial (derivada de los hijos nacidos fuera de la figura del matrimonio).

En la actualidad, las técnicas de reproducción humana asistidas –abreviado en adelante como T.R.H.A.- son una realidad, pues la voluntad procreacional ya no solo depende de la biología, sino de los avances científicos, es por ello, que aprovecho el presente tema, para abordar de una forma muy rápida la importancia de este avance en la filiación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido a generar un gran avance, con interpretaciones de la Convención adecuadas a la realidad social, y apegadas a los Derechos Humanos, generando que los Estados signatarios comiencen a plantear reformas legales para adaptarse al avance de los Derechos Humanos.

Las T.R.H.A. puede vincularse a varios derechos, siendo uno de ellos el beneficio del avance científico de la época actual, y lo que se debe de entender como el derecho a beneficiarse del progreso científico. Conforme el ser humano, investiga, logra desarrollar mejores tecnologías, mismas que pueden ser aprovechadas en campos con el de la salud humana reproductiva.

Voces autorizadas respaldan e impulsan esta postura encaminada a beneficiarse de la ciencia, sin que ello se encuentre supeditado a un impedimento de salud. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad, 16 ha establecido: "Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas (Bladilo, De la Torre y Herrera, 2017, p. 9).

Cada día son más las parejas y personas que han podido alcanzar la maternidad y paternidad gracias al desarrollo de la ciencia y en particular el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida alrededor del mundo, ello debido a que con el pasar de los años, se ha logrado mayor éxito en los nacimientos, de aquí la importancia de tener claro, que el desarrollo de las nuevas tecnologías y el deseo procreacional de muchas personas, que por diferentes situaciones biológicas, de orientación sexual, o simple y sencillamente, por el hecho de no querer tener un hijo con una pareja en específico, impulsan esta nueva versión de la filiación, la cual es producto de las T.R.H.A.

Lo anterior es de sumo interés, para considerar las formas en que se puede gestionar el emplazamiento de la filiación y el desplazamiento de la misma, existiendo una variedad de acciones, dependiendo de si la procreación se da dentro o fuera del matrimonio, y para ejercerlas hay que tener aspectos mínimos claros, que son necesarios para la formulación de demandas, si bien, no abordaremos los temas más específicos, lo cierto del caso, es que se busca dar un mejor entendimiento a este tipo de procedimientos y su variables.

2.2. Acciones de Emplazamiento de la Filiación

Hay dos máximas, para la maternidad y paternidad, siendo que a la mujer siempre se le consideró la madre del hijo o hija (mater semper certa est), es decir existe una certeza de la madre, pues da a luz al hijo o hija, sin embargo, como ya lo vimos el avance científico podría modificar esta máxima, al existir hoy en día técnicas de reproducción humana asistidas, lo que implicaría que

una mujer por el hecho de dar a luz a una persona, no implique certeramente que sea la madre, pues la voluntad procreacional no está presente en esta persona, por ejemplo, en los casos de la maternidad subrogada, donde en pocas palabras lo que existe es un "alquiler" del vientre. Sin embargo, día con día esta máxima en la mujer se da en la mayoría de los casos a nivel mundial.

Ahora bien, en cuanto a la paternidad, la misma se da por medio de una presunción legal, la cual está establecida en el artículo 69 del Código de Familia que indica:

> Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.
>
> Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
>
> a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
>
> b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
>
> c) Si de cualquier modo lo admitió como tal (Asamblea Legislativa, 1974, p.p. 70-71).

Como se puede ver, es una presunción de ley, la que designa cuando estamos en presencia de una paternidad. Pese a ello, es una presunción relativa (iuris tantum), es decir, que admite prueba en contrario, lo cual se emplearía en un procedimiento de desplazamiento de la filiación matrimonial, si por ejemplo el marido no fuera el padre biológico.

Ahora bien, si la mujer que no está ligada a un matrimonio, implica que, los hijos de esta no tengan una presunción de paternidad, y por ende el legislador estableció formas de emplazar la filiación.

La primera posibilidad legal, lo es mediante el reconocimiento de la paternidad por parte del padre biológico, donde este asienta ser el padre del menor, y la madre consiente el reconocimiento (pues tiene certeza de la paternidad de su hijo).

En caso de que ello no sea viable, entonces, la mujer puede optar por acogerse al trámite administrativo de investigación de paternidad, creado por medio de la Ley número 8101, de Paternidad Responsable, que modificó el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones.

Por su parte, mediante un proceso en instancia judicial, se podría intentar la investigación de paternidad, que se regula en el Código de Familia, mediante proceso especial de filiación, artículos 91 y 98 del Código de Familia.

Pero debemos de pensar, que quizás podría darse el caso que la madre no dé su consentimiento para reconocer al menor (que de ser por capricho o negación sin justificación, ello constituye un abuso de la responsabilidad parental, a mi criterio), cuando esto sucede, el padre biológico tiene toda la posibilidad de plantear un proceso de afirmación de paternidad (acá existe por parte del padre reconocedor, certeza de su paternidad) o bien, confirmación de paternidad(cuando el padre considera que existe una probabilidad de serlo) – ambas vías son contenciosas- o bien, solicitar por medio de la autoridad judicial, una autorización para que pueda realizar el reconocimiento de la persona menor de edad- proceso no contencioso-.

2.3. Acciones de Desplazamiento de la Filiación

Ahora bien, habiendo establecido los distintos tipos de filiación, y la forma en que se emplaza la misma, lo que corresponde es tener claro las formas en que se puede desplazar la misma, y bajo cuales supuestos se podría dar.

Entonces, empezaremos por establecer las formas de desplazamiento en casos de presunción de paternidad.

Si el marido, es quién plantea la acción, entenderemos que estamos ante un caso de impugnación de paternidad; Pero si la acción es planteada por el menor, la acción se llamada declaratoria de extramatrimonialidad, ante lo cual nos remitiremos a los artículos 71 y 72, en relación con el artículo 98 bis, todos del Código de Familia, en ambos casos la filiación se emplazó por presunción de paternidad.

Ahora bien, en caso de que la filiación sea extramatrimonial, y se haya dado mediante trámite administrativo regulado en la Ley de Paternidad Responsable, entonces, entenderemos que lo que se debe de plantear es una impugnación de paternidad declara en sede administrativa (pues fue el medio mediante el cual se emplazó la filiación), y la misma requiere, que sea declarada por autoridad judicial. Si el reconocimiento se hizo con el consentimiento de la madre, mediante falsedad o error, entonces, lo procedente será una acción de impugnación del reconocimiento, por cualquiera de las causas antes mencionadas.

Por otro lado, el reconocimiento de hijo de mujer casada contencioso, es cuando la madre se niega a que el presunto padre biológico reconozca al menor, y por ello se pierde el requisito de voluntariedad y no controversia, procediéndose a convertir el proceso en uno especial de filiación, conforme la regulación del artículo 98 Bis del Código de Familia, esto se aclara, pues la norma indica aún hoy, que se tramitará por el proceso común abreviado, establecido en el Código Procesal Civil, sin embargo, ello se da porque la creación del artículo 98 bis referido, es posterior al artículo 85 del Código de Familia, procediéndose a explicar lo anterior, para su buen entendimiento, y poder seguir la regulación dicha.

Bajo las figuras del artículo 85 del Código de Familia, antes dicho, se requiere

> …para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme (Asamblea Legislativa, 1974, p.78).
>
> También se regula la posibilidad de que el padre biológico se apersone a un proceso de impugnación de paternidad, y pida reconocer al menor, si el proceso es procedente, se da un desplazamiento y emplazamiento de las filiaciones (También podría el padre biológico apersonarse en la declaratoria de extramatrimonialidad).

Ahora bien, el trámite no contencioso, es cuando el padre biológico quiere reconocer al menor, madre asienta y padre registral no se opone, por consiguiente, se da el reconocimiento de hijo de mujer casada.

Como último dato, cuando el padre registral no aparezca, se le notificará por medio de un edicto que se publicara en el Boletín Judicial, es decir, no se requiere el nombramiento de un curador procesal, basta la notificación vía edicto, como lo establece claramente la norma.

Cada una de las acciones a las que se han hecho mención, son merecedoras de un desarrollo más amplio, pues hay características específicas, legitimación, y otros aspectos de fondo que se necesitan tener claros, manejarlos, para un debido planteamiento de acciones o defensas de las partes; pese a ello, este artículo no se centra en el fondo de las acciones de filiación, pero que se recomienda es realizar un estudio más profundo sobre estos temas, para entender todas las características, plazos de caducidad y situaciones que se puedan dar en cada una de ellas.

3. Vía procesal de las acciones de filiación

Las acciones de filiación en la actualidad son tramitadas mediante un proceso especial de filiación, que se encuentra regulado en el artículo 98 bis del Código de Familia, mismo que encierra varias características importantes que veremos, pese a ello, ya el nuevo Código Procesal de Familia, trae consigo un cambio en cuanto a la vía para la interposición de estas acciones.

3.1. Regulación actual

3.1.1. Procedimiento

A partir del 16 de abril del 2001, entró en vigencia la ley 8101, sea Ley de Paternidad Responsable, y dentro de la misma se hicieron ciertas modificaciones a leyes, en este caso en específico al Código de Familia, pero en lo que nos interesa, el artículo 4 de la norma referida, creó un proceso especial, que se regula bajo el numeral 98 bis actual y vigente del Código de Familia, y que buscaba un trámite más expedito para este tipo de acciones.

Este proceso especial, es un proceso con estructura oral, por lo que se ve permeado por completo de principios básicos y esenciales que debemos de respetar, como lo son el de identidad física de la persona juzgadora, inmediación, concentración, entre otros. Sin embargo, no con esto quiero decir,

que el proceso sea totalmente oral, pues tiene una parte escrita, que corresponde a la parte inicial del proceso, demanda, demanda defectuosa, emplazamiento, contestación, así como temas de competencia que se hayan dado en los momentos procesales oportunos.

Una vez que se avanzó en las fases escritas, y a partir del inicio g) del artículo de comentario, se inicia la parte oral, donde vemos plasmado el principio de concentración, pues para esta audiencia, ya tenemos la fase inicial preparada, así como el resultado de la prueba científica, por lo tanto, llegamos a la fase de audiencia oral y privada. La norma prevé un plazo ordenatorio de 30 días, sin embargo, si el mismo no se cumple debido a la mora judicial, y a que el estudio científico a cargo del Organismo de Investigación Judicial puede tardar entre conceder la cita y dar el resultado en un aproximado de dos a tres meses, por ello, no existe nulidad alguna si la audiencia no se da dentro del plazo indicado, de hecho, lo correcto es esperar al resultado de la prueba o agotamiento de intentos para realizarla, antes de un señalamiento de audiencia.

Volviendo a la audiencia, existe en el inicio g), una frase que debe ser enmarcar, y es que la misma se debe desarrollar conforme lo indicado por el artículo 98 bis, bajo pena de nulidad, lo siguiente:

La autoridad judicial, debe proceder a establecer el objeto de la audiencia o el proceso, para luego de ello, iniciar una etapa de conciliación (no se permite transar la filiación, pero sí es permitido hacerlo, sobre las posibles obligaciones pecuniarias que se deriven de la misma- ver artículo 78 del Código de Familia-), de fracasar la misma, pasamos a la parte del saneamiento, siendo el momento oportuno para alegar cuestiones interlocutorias que se hayan suscitado en el trámite del expediente (no olvidemos la preclusión de actos cuando se dan en audiencias orales), luego de ello, inmediatamente procedemos con la recepción de las pruebas en el acto.

Una vez que se realizó la evacuación de las pruebas propuestas por las partes en sus escritos de demanda y contestación respectivos, se proceden a resolver las excepciones previas y de fondo opuestas, se emiten conclusiones por parte de las partes o bien de los abogados de las partes, para ello, la persona juzgadora delimitará el tiempo de cada uno, sin que ello implique una violación al derecho de defensa, pero siempre conservando la prudencia en el tiempo que se otorgue.

Como es un proceso donde está implicado el principio de identidad física de la persona juzgadora, así como concentración y contradictorio, una vez pasadas estas etapas, el legislador impone al juzgador la obligación de referir o anuncia su decisión final, lo cual no se debe de confundir con una sentencia oral, sino básicamente corresponde a la parte dispositiva de la sentencia, siendo esto un derecho del ciudadano a conocer el resultado de su proceso. Ahora bien, esta decisión se podrá diferir, siempre y cuando la

autoridad judicial consigne las razones por las cuales no puede anunciar la decisión – a modo de ejemplo, abundante prueba testimonial y documental que requieren un análisis detenido, complejidad del caso, incluso podría ser un caso con integración de Litis, falta resultado de prueba científica, etcétera- y esto es así, porque el órgano jurisdiccional motiva el acto de diferir el dictado de la parte dispositiva atendiendo a una necesidad real que ha indicado, caso contrario, ello podría generar una nulidad de toda la audiencia.

Luego de terminada la audiencia, la autoridad judicial cuenta con un plazo de máximo de 5 días para el dictado de la sentencia integra del caso, la cual deberá de hacer por escrito, toda vez que la misma constituye una garantía para el ciudadano, a fin de poder darle lectura detenida a la resolución final del conflicto y determinar la posibilidad de presentar recursos respectivos.

3.1.2. Fase recursiva

Una vez dictada la sentencia, la misma es apelable ante el Tribunal de Familia (único en el país, con sede en San José, I Circuito Judicial), para ello la parte agraviada, cuenta con un plazo de 3 días para interponer el recurso ante la misma autoridad judicial que dictó la sentencia de primera instancia, luego se remite la misma ante el Tribunal para efectos de que sea conocida por este.

Cuando el Tribunal de Familia se pronuncia, es decir, se dicta la sentencia de segunda instancia, si la misma perjudica a alguna de las partes, esta resolución cuenta con recurso de casación, como peldaño final del procedimiento especial de filiación, la casación se plantea conforme las reglas estipuladas en el Código de Trabajo, mismas que son más flexibles, pero conservando la formalidad del caso, y esto es así, pues los procesos de filiación producen los efectos de cosa juzgada material.

Ahora bien, el numeral no habla de la posibilidad de una revisión de sentencia, sin embargo, en el año 2006, se formuló una consulta judicial sobre la constitucionalidad de la norma 98 bis inciso m) del Código de Familia, en la cual se planteaba si en los procesos donde se pretendía el emplazamiento de la filiación y que se hayan dictado sentencias sin haberse podido evacuar las pruebas científicas que permitieran demostrar el vínculo genético, se podría estimar que no se daba la configuración de la cosa juzgada material, pues esta constituiría un obstáculo para resguardar los derechos humanos de filiación y círculo familiar, por lo que mediante la resolución número 2007-011158 de las 14 horas y 52 minutos del 01 de Agosto del 2007, el Tribunal Constitucional concluyó:

> En mérito de lo expuesto, se impone evacuar la consulta judicial de inconstitucionalidad en el sentido que el artículo 98, inciso m), del Código de Familia, adicionado por la Ley No. 8101 de 16 de abril de 2001, no resulta inconstitucional en el tanto se interprete que la sentencia firme vertida en un proceso de filiación con eficacia y autoridad de cosa juzgada admite el recurso extraordinario de revisión, sine die –sin límite de tiempo- y por una

> única vez –en tanto no haya variación en los medios probatorios científicos y técnicos que permitan acreditar con mayor exactitud la filiación, particularmente las pruebas biológicas- cuando a la parte interesada le haya sido imposible, por el estado de desarrollo de la técnica y la ciencia, contar con la prueba de marcadores genéticos o alguna causa de fuerza mayor le haya impedido ofrecerla o participar en su producción (Sala Constitucional, 2007, p.10).

En conclusión, la Sala Constitucional deja claro, que es permitida la revisión de las sentencias, ante la Sala Segunda, que cumplan con los presupuestos arriba dichos, y sin que haya un límite de tiempo para interponer la revisión, excluyendo la posibilidad de una inconstitucionalidad del inciso m) del artículo 98 bis del Código de Familia.

3.2. Regulación en el nuevo Código Procesal de Familia

Los procesos especiales de filiación contenidos en el artículo 98 bis del Código de Familia, dejaran de existir una vez que entre a regir el nuevo Código Procesal de Familia (en adelante abreviado como C.P.F.), que, si no hay cambio para entonces, será para el 01 de octubre del 2022, y esto es así, porque las pretensiones de filiación ahora serán recogidas por el proceso resolutivo familiar, conforme al artículo 222 inciso 4) del C.P.F., el cual se define como:

> **Proceso Resolutivo Familiar:** Procesos de conocimiento plenario, con mayores fases y oportunidades procesales para que las partes defiendan sus derechos, cuyo objeto es obtener una sentencia revestida del carácter de cosa jugada material, salvo lo relativo a guarda, crianza y educación, la suspensión de los atributos de la responsabilidad parental y la que resuelva el sistema interrelación familiar o cualquier otro conflicto familiar que pueda ser modificados con posterioridad por el cambio de circunstancias familiares (Picado y Víquez, 2020, p.255).

3.2.1. Trámite

En este proceso, la estructura es un tanto diferente a la ya explicada. Se inicia con la presentación de la demanda, que debe de cumplir con los requisitos del artículo 215 (requisitos generales de la demanda), pudiendo realizarse una analogía, en cuanto a la identificación de partes- que de por sí, ya el inciso 1), del artículo dicho, hace mención a lo apuntado, pero es válido el comentario-, conforme lo indicado por don Diego Benavides sobre el voto 2003-03662 de las 14 horas y 59 minutos del 07 de mayo del 2003, de la Sala Constitucional, en cuanto a que los requisitos de admisibilidad de demanda deberán ser interpretados conforme al derecho sustantivo y adjetivo, respetando principios constitucionales como la razonabilidad, tutela judicial efectiva, interés superior de la persona menor de edad y protección familiar, se dará tramite a la demanda, siempre y cuando por ejemplo, las calidades de las partes se conozca, se puedan conocer o existan, pues caso contrario no tiene

sentido su solicitud, todo acorde a la valoración de la autoridad judicial (Benavides, 2011).

De existir correcciones que se tengan que realizar, el juzgado deberá de prevenirlas, conforme el numeral 216 de la norma bajo comentario. Como lo hablé al inicio del acápite de filiación, es importante comprender las acciones de filiación, por que podríamos estar en presencia de demandas improponible, conforme el artículo 217 del Código Procesal de Familia, como por ejemplo, el caso de un padre registral, que manifiesta que él conocía que el menor no era su hijo biológico, y aun así lo reconoció, bajo ese análisis la demanda se convierte en improponible a todas luces, de ahí la importancia también de tener claridad en el concepto de las acciones de filiación, y en este punto con particularidad, en la denominada demanda improponible:

> **Demandas improponible:** son aquellas en las cuales la pretensión principal es ilegítima, o más concretamente, abiertamente improcedente, pues el derecho de fondo en que se sustenta es incompatible con la misma pretensión o cuadro factico en que se fundamenta (improcedencia del objeto o la causa propuesta); o por caducidad, cosa juzgada o litispendencia (Picado y Víquez, 2020, p.249).

Bien, en caso de que la demanda pase los filtros de admisibilidad, se procede a "notificar" a la parte contraria la demanda, en dicha resolución se convoca a las partes a una audiencia de conciliación y contestación de demanda, lo anterior conforme el artículo 223 del Código Procesal de Familia, se debe de entender, que existirá conciliación siempre y cuando no sea sobre la filiación propiamente (artículo 9 en concordancia con el artículo 196 del C.P.F. y artículo 78 del Código de Familia), sino sobre los extremos económicos o pecuniarios derivados de la misma. Es interesante pensar en este punto, si en este auto inicial se procederá, en procesos de filiación, a convocar a las partes previamente a realizarse la prueba científica de marcadores genéticos, porque ¿cuál sería el sentido de la conciliación inicial, en un proceso resolutivo familiar de investigación de paternidad donde hay duda por parte del padre? – entendido que por lo general, siempre hay pretensiones pecuniarias- Pues el resultado sería evidente, audiencia de conciliación fracasada, y de inmediato que proceda el demandado a contestar la misma.

Es importante recordar, que el sistema procesal familiar tiene la persona humana como eje fundamental y central del proceso, y por consiguiente busca de la forma más integral y menos lesiva posible solventar el conflicto, de ahí la creación del artículo 9 del C.P.F. que busca en primera instancia promover y resolver los conflictos de las partes por medio de la conciliación o mediación, mismo que concordado con el artículo 6 del C.P.F. establece la ausencia de contención. Don Diego Benavides, establece que sobre este principio dos sentidos, y en el que nos interesa indica:

> El segundo sentido del principio de ausencia de contención se evidencia en los artículos que dan preferencia y que estimulan o dan espacios a las soluciones negociadas. De esta manera el artículo 9, al igual que el artículo 223, establecen una audiencia previa de conciliación como regla, salvo aquellos casos en que haya situaciones desiguales de poder (Benavides, 2020, p.235).

Si la conciliación no prospera, se procede a contestar la demanda de forma verbal, en los términos indicados en el artículo 227 del C.P.F., y acto seguido, se pone en conocimiento a la parte actora, la contestación para que se refiera (se podrán interponer excepciones). Si la parte demandada no se presenta a la audiencia inicial, se aplica la consecuencia procesal del artículo 228 del C.P.F., es decir, se tiene por no contestada la demanda (lo cual no implica tener por contestada la demanda de forma afirmativa o similar, parece que la consecuencia procesal no es muy entendible en términos generales, lo que lleva a la parte actora a continuar con la demostración de sus hechos de demanda) y la audiencia continua hasta la fijación de la audiencia de pruebas, sin perjuicio, de que el demandado se pueda apersonar en cualquier parte del proceso. Si el caso se torna complejo, se debe de hacer una contestación diferida, conforme al artículo 230 del C.P.F., donde la Autoridad Judicial, volverá a convocar a una nueva audiencia, para efectos de que se conteste la demanda, o las pretensiones formuladas por el demandado contra el actor (contrademanda).

El allanamiento es posible, sin embargo, se debe de cuestionar el allanamiento de demandas de desplazamientos de la filiación, por considerar que, así como no se puede transar sobre la filiación, resulta imposible, tener por aceptados los hechos, pues por el contrario, podría ser la persona menor de edad, quien salga afectada en dicha consecuencia, siendo necesario practicar las pruebas de útiles, pertinentes y admisibles, que lleven a la verdad de la filiación.

Finalmente, luego de lo anterior, procedemos a pasar a la fase probatoria y de conclusión del proceso, por ello es importante revisar los puntos que se llevaran a cabo en esta etapa. Esta audiencia, indica el 233 del C.P.F., se deberá de llevar a cabo al mes siguiente a su señalamiento, sin embargo, no se vislumbra consecuencia procesal en caso de no lograrse, por lo que parece ser un plazo ordenatorio, es decir, a pesar de su vencimiento la actuación procesal se puede llevar a cabo sin consecuencia legal alguna.

En esta audiencia, además de la explicación por parte de la autoridad judicial sobre las funciones que tendrán las partes, sus derechos y obligaciones, así como el comportamiento que deberán de tener durante la misma, instará a las partes a conciliar, si es posible, y si no, se proceden a resolver cuestiones interlocutorias que se hayan dado antes de la audiencia, o aún, las que se planteen en el desarrollo de esta. También revisará o conocerá sobre medidas cautelares que estén vigentes o se hayan solicitado. Luego, se procede con la

recepción de las pruebas ordenas en la audiencia inicial de contestación, las cuales se evacuarán en el monto.

Finalizada la recepción de la prueba, se procede a conferir a las partes un plazo prudencial, el cual considero que no debe ser tan excesivo como quieran las partes, ni tan limitado, como imponer cinco minutos, ya que es un acto de clausura de la parte, en la cual debe contar con un tiempo acorde para detallar las conclusiones de su teoría del caso, y convencer a la autoridad judicial, no debe ser visto como un simple requisito. Tarea de jueces y litigantes será darle la relevancia necesaria a esta fase del procedimiento, y no como hoy se le concibe, donde muchas veces se cree que ya el juez tiene claras las resueltas del procedimiento, siendo que las conclusiones son un acto meramente formal, y no "tan" necesario.

Emitidas las conclusiones, se procede con el dictado del por tanto o parte dispositiva de la sentencia, salvo casos complejos, pero acá, quiero hacer énfasis, que no todo caso debe de representar a simple vista complejidad, y llegar al absurdo de pensar, que no se dictaran partes dispositivas, alegando complejidad, ya que el artículo 233 inciso 6) del C.P.F. establece con claridad, que se debe de fundamentar por qué no se va a informar a las partes de la decisión final, ya que esto se ha venido estilando dar en audiencias orales, como las actuales de procesos especiales de filiación, audiencias de la Ley contra la Violencia Doméstica, y otras, lo cual es una práctica que debe de erradicarse en la judicatura, si de verdad queremos un verdadero sistema procesal oral. La sentencia integra se deberá de notificar a las partes en el plazo de cinco días y por escrito, a los medios señalados por las partes.

3.2.2. Fase de impugnación

Las sentencias dictadas en los procesos resolutivos familiares, conforme el artículo 101. Inciso 1) del C.P.F. gozaran de recurso de apelación, sin embargo, no podemos obviar, que en materia de filiación, como se externó durante este artículo, existe la cosa juzgada que confluye con el derecho de saber la verdad biológica, lo cual conlleva a que este tipo de procedimientos puedan acceder al recurso de casación, en los términos de los artículos 105 y siguientes del C.P.F.

3.2.3. Demanda de Revisión

Tendiendo claro que los procesos de filiación producen efectos de cosa juzgada, y conforme los planteamientos hechos por la Sala Constitucional, que ya abordamos, el nuevo Código Procesal de Familia, reguló la demanda de revisión en el artículo 112 incisos 10 y 11, por lo que se siguió las líneas jurisprudenciales establecidas, las cuales quedan normadas y da seguridad jurídica a las partes, delimitando así en estos incisos cuando se podrá interponer la demanda de revisión.

Cabe decir, que el Código Procesal de Familia, innova en nuestra legislación, pues plantea la revisión como una demanda, un tema que se ha debatido mucho a nivel doctrinario, donde la discusión se centra, si estamos en

presencia de un recurso, legalmente hablando, o bien, de una demanda, considerando que la misma se hace una vez terminado el proceso, con sentencia en firme y bajo ciertas excepciones y consideraciones, considero acertada la terminología, la cual reitero, ya ha sido ampliamente discutida, incluso fue una discusión que se dio con el NCPC, por lo que vale la pena refrescar su concepto.

> Concepto. ¿Recurso o demanda de revisión? A diferencia del CPCD que lo ubicaba y conceptuaba a la revisión como un recurso, NCPC lo ubica como medio de impugnación -art. 65.1 NCPC-, más exactamente como "demanda de revisión", en el artículo 72 que lo desarrolla. No obstante, esa claridad conceptual, la naturaleza y el mismo concepto de la revisión siguen siendo polémica. La revisión es un medio de impugnación extraordinario concedido por ley para que, por unas causales taxativas, se pueda rescindir y dejar sin efecto una sentencia con carácter de cosa juzgada material, firme, pero ganada ilícita o indebidamente, a fin de que el juicio se abra nuevamente, y se dalle con arreglo a derecho… Para algunos es un recurso, una demanda o proceso autónomo o un medio de impugnación general. Guasp lo define como "aquel proceso especial que, por razones jurídico-procesales, tiene por objeto impugnar una sentencia ante el grado supremo de la jerarquía judicial, en virtud de motivaciones que no pertenecen al proceso mismo en que la resolución impugnada se dicta, sino que son extrínsecas a dicho proceso y terminan, por lo tanto, la existencia de vicios trascendentales para él (Artavía y Picado, 2016, p.p. 607-608).

4. Reflexiones finales

En conclusión, estimado lector, cuando hablamos de filiación lo primero que debemos de tener claro es que se trata de un tema de Derechos Humanos, por consiguiente, merece un trato muy exclusivo y técnico, para ello, es indispensable estudiar a detalle y de forma profunda las figuras que convergen en temas de filiación, sus diferencias, sus formas de emplazar y desplazar, pues un litigante o un juez que no tenga claro el tema, puede generar retrasos innecesarios en el procedimiento (enderezar el procedimiento), o bien, hasta el rechazo indebido de una pretensión filiatoria.

Con el panorama actual, y debido a la vacatio legis que presente el nuevo Código Procesal de Familia, que implica casi dos años para su entrada en vigor, es fundamental mientras ello se dé, tener conocimiento del trámite actual de los procesos especiales de filiación, pues es común ver muchos errores en sus tramitaciones.

Pero, sin importar el tiempo que falte para la entrada en vigor de la nueva normativa, la realidad del abogado y abogada es seguir preparándose y

ser estudioso, por ello, se vuelve fundamental y de gran importancia, comenzar a investigar de los nuevos procedimientos que nos traerá el nuevo Código Procesal de Familia. Lo anterior es un llamado tanto para las personas litigantes como juzgadoras, en materia familiar, la cual considero una de las ramas más complejas del derecho, pues nos obliga a tener alto conocimiento no solo en derecho de familia, sino, además, en una variedad de ramas legales, que son necesarias en el engranaje de un conflicto familiar, no escapándose de ese estudio el área procesal, que pienso es una de las que más se ha rezagado a lo largo del tiempo, y ello nos obliga a repasarla, comprenderla y manejarla de manera adecuada a fin de brindar un servicio, más expedito y menos complicado para nuestros clientes o usuarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artavia, S., y Picado, C. (2016). Nuevo Código Procesal Civil. San José, Costa Rica. IJSA.

Asamblea Legislativa. (1974) Código de Familia. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&nValor3=0&strTipM=TC

Benavides, D. (2011). Código de Familia. San José, Costa Rica. Juritexto.

Benavides, D. (2020). Curso de Derecho Procesal de Familia. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Faro.

Bladilo, A., De la Torre, N., y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-21472017000100002&lng=es&nrm=iso

Picado, C., y Víquez, S. (2020). Reforma Procesal Familiar Práctica. San José, Costa Rica. IJSA.

Sala Constitucional. (2007). Resolución número 2007-011158 de las 14 horas y 52 minutos del 01 de agosto del 2007. Recuperado de: https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-389593

Trejos, G. (2010). Derecho de la Familia, San José, Costa Rica. Juricentro.

EL PROCESO ALIMENTARIO EN EL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA: UNA LECTURA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Melissa Benavides Víquez

Introducción

En los últimos veinticuatro años, se produjeron cambios político-jurídicos que vinieron a innovar el derecho procesal costarricense: en el año de 1996 se aprobó el Código Procesal Penal, diez años después el Código Procesal Contencioso Administrativo y también diez años después, una reforma importante en materia laboral que implicó cambios sustanciales a los procesos, así como un Código Procesal Civil novedoso; por último, se espera pronto el Código Procesal Agrario y ahora, finalmente, el Código Procesal de Familia, en el año 2022.

Debe celebrarse que el derecho de familia tenga sus propias normas procesales. Los conflictos familiares merecen resolverse con los métodos y la perspectiva adecuada que solamente otorga un código especializado y no, como por regla ha venido sucediendo, mediante el *préstamo* normativo de otras materias que están diseñadas para resolver pretensiones de otra naturaleza. Hace mucho tiempo que el derecho familiar viene evolucionando producto de cambios sociales importantes, así como del reconocimiento de que, al hablar sobre el derecho de familias, debe hablarse así, en forma plural, tanto por su tipo de conformación como por la realidad que viven.

Para el caso del proceso alimentario, la norma actual que lo regula es la Ley #7654 Ley de Pensiones Alimentarias, esta norma contiene los principales presupuestos sustantivos y procesales en materia de alimentos. Con la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, la norma actual será derogada y el proceso alimentario, se ubicará en el Título V Procedimientos especiales. El Código Procesal de Familia ha mantenido el carácter especial del proceso de alimentos, coincidente con el desarrollo histórico que ha tenido esta materia en

nuestro país[98]. Desde el Código General del Estado de Costa Rica de 1841[99], se empezó a regular el tema de los alimentos, posteriormente otras normas de carácter más especializado[100] como la Ley de Pensiones Alimenticias de 1953, marca un camino más claro hacia un proceso propio y autónomo.

Los alimentos se encuentran íntimamente relacionados con la preservación de la vida. Si esta resulta ser buena o mala[101], puede estar determinada también por un proceso de alimentos eficiente y determinar para bien o para mal, el futuro de las personas beneficiarias, además de otras personas que también participan de manera activa. La presente ponencia analizará el proceso de alimentos del nuevo Código Procesal de Familia, desde el análisis económico del derecho y con una perspectiva de género, metodología que se justificará por las razones que de seguido explico.

En primer lugar, derecho alimentario tiene varias dimensiones: tiene indudablemente una dimensión **social**, en el tanto es un medio para acceder al sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, entre otros, que permitirá la preservación de la vida, el bien jurídico de protección por excelencia; tiene una dimensión **normativa o jurídica**, por tratarse de un derecho reconocido en los instrumentos internacionales y en la normativa nacional; además tiene una dimensión **económica,** pues en la relación

[98] Para mayor abundamiento puede consultarse el libro Derecho Alimentario, Revolución Histórica y Panorama Actual. Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio – 1era.ed.- San José, Cr. Editorial Jurídica Faro, Julio 2020. El libro plantea que el Derecho Alimentario tuvo un desarrollo propio, dividido en cuatro periodos: un primer periodo con fuerte influencia civil que incluía las primeras normas sobre alimentos, posteriormente, luego de varias conquistas sociales y con la promulgación de la Ley de Pensiones Alimenticias, surge el segundo periodo denominado de especialización; un tercer periodo con fuerte influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, da paso al Periodo Internacional y por último, se surge el Derecho Alimentario Moderno. La autora y el autor a partir de varias consideraciones parten de la premisa que el Derecho Alimentario ha sido y es una rama con autonomía.

[99] Además del Código General, existieron posteriores en esa época la Ley número 10, del 12 de junio de 1916, la Ley 24 del 24 de junio de 1940, la Ley 1620 del 5 de setiembre de 1953 y el Decreto XIX del 12 de junio de 1967.

[100] Además de la ley que se menciona, surgieron el Código de Familia, el Código de niñez y adolescencia, así como artículos dentro de otras normas como el Código Civil, el Código Procesal Penal, el Código de trabajo, el Código Penal, Código de Comercio, la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Ley orgánica del Poder Judicial, la Ley contra la violencia doméstica

[101] Si bien a mayor cantidad de dinero es posible acceder a mayores facilidades, el artículo 164 del Código de Familia establece que deben tomarse en cuenta las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea a quien ha de darlos, así como las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por quien deba de recibirlos. Es decir, que para la fijación del monto deberá hacerse la ponderación de posibilidades versus necesidades. No obstante, es indudable que el reconocimiento de un monto alimentario en una persona puede hacer una diferencia en su vida en el tanto permite acceder a los bienes de primera mano sean estos sustentos, habitación, vestido, educación, asistencia médica entre otros.

alimentaria se determinarán las condiciones de vida de quien recibe los alimentos (persona beneficiaria), de quien los debe dar (persona obligada alimentaria) y de quien intermedia para gestionar, administrar y tomar decisiones sobre cómo utilizar el monto de la cuota alimentaria.

Lo anterior nos lleva como preámbulo para la introducción del Análisis Económico del Derecho (AED), disciplina que ha tenido bastante auge en países como Estados Unidos, Argentina, Chile, Guatemala, México, entre otros; y que se especializa en la antigua interrelación de la economía con el derecho. Entendemos que, mediante la aplicación del Análisis Económico del Derecho[102], hacemos una lectura del Derecho Alimentario desde la Economía, compartiendo metodología, y aplicando institutos como valor, utilidad y eficiencia al proceso que permitirán enriquecer su estudio, desde la transversalización de varias disciplinas.

El Derecho y la Economía pertenecen a las Ciencias Sociales y su relación se registra desde el Código de Hammurabi, que ya regulaba la propiedad privada, el préstamo de interés, la hipoteca y el arrendamiento[103]. Ambas disciplinas tienen como objeto común el comportamiento humano y por ello, pueden tener un acercamiento, un trabajo conjunto. Una buena definición para el Análisis Económico del Derecho, es la aplicación de nociones económicas, teorías y estándares para ejecutar tareas jurídicas, por ejemplo, aplicar conceptos-llaves para ser usados en el análisis de leyes, doctrinas judiciales, revisar los efectos económicos de las sentencias, de los procesos, entre otros. El AED es una propuesta sistemática con base económica para la comprensión de los temas jurídicos[104].

En segundo término, el proceso alimentario (y la obligación alimentaria en general) no ocurre igual a las mujeres que a los hombres. Basta revisar las estadísticas judiciales para ver que en lo que va de este año, existen 196.110[105] procesos alimentarios activos, de estos procesos alimentarios el 79.9% son incoados por mujeres y el 6.18% por hombres, el monto promedio de la cuota

---

[102] Posner, Richard A. El análisis económico del derecho/Richard A. Posner; 2 ed-México: FCE, 2007, Cooter, Robert D y Ullen, Thomas, Derecho y Economía/Fondo de Cultura Económica, 2016, México D.F, Tavano. María Josefina. Los presupuestos de la responsabilidad civil -1ª ed- Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011, Sola, Juan Vicente coordinador. Tratado de Derecho y Economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico -1ª ed- Buenos Aires: La Ley, 2013 Tomos I, II y III, son algunos de los textos sugeridos para profundizar sobre el planteamiento teórico del AED.

[103] Palacios Luna, Manuel en Los presupuestos de la responsabilidad civil/ Tavano. María Josefina -1ª ed-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.Pág 32.

[104] Los presupuestos de la responsabilidad civil/ Tavano. María Josefina -1ª ed-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.Pág 53.
53.

[105] Fuente: Observatorio de Violencia de género contra las mujeres y acceso a la justicia para el mes de octubre del 2020.

alimentaria va de 50.00 a 100.00 colones[106]. Esto también implica un compromiso a futuro con un proceso alimentario, costo que debe asumir quien debe dar los alimentos como quien debe gestionar el proceso, mientras este permanezca activo y dependiendo de la particularidad del proceso, pueden existir afectaciones sobre la seguridad alimentaria a las personas beneficiarias de alimentos.

Por último, el proceso alimentario puede ser analizado desde los efectos de las normas sobre las personas y con ello dar también con un tipo de justicia que evidencia más de cerca que reconocer un derecho, es también producir un costo y que esa relación debe estar en equilibrio, como la balanza de la Diosa Temis.

I.- Vivir bien, vivir mal: ¿cómo y para quien se produce el bienestar en los hogares y por qué nos debe importar?

Se dijo anteriormente el derecho alimentario tiene una dimensión social, una jurídica y una económica. En su dimensión **social**: uno de los fines que persigue la justicia alimentaria es que las personas beneficiarias tengan acceso a los alimentos que permitirán mejorar sus condiciones de vida, adquiriendo sustento, educación, salud, etc; es un derecho al que pueden acceder las personas mediante un proceso sencillo para exigir un monto o bien. Aristóteles decía la buena vida vendrá siempre después que se obtengan las necesidades prioritarias como la comida y el abrigo[107], por lo que podemos entender que los alimentos, son el preámbulo para la realización de la vida misma, está inseparablemente vinculado a la dignidad de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en todos los instrumentos de derechos humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues como derecho reconocido en la normativa, requiere aquellos mecanismos legales adecuados, orientados a su fácil acceso y disfrute, según las condiciones culturales y particulares de quien los recibe.

La dimensión **jurídica**, implica que los alimentos son un derecho reconocido en la normativa internacional y nacional. De manera breve, se regula en el ámbito internacional, la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, Código de Bustamante, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre los derechos del niño. En el ámbito nacional, el Código de Familia y la Ley de Pensiones Alimentarias, son las normas que regulan fundamentalmente la obligación alimentaria, además de otras no menos importantes. En el Código de familia, se reconocen en los artículos 164 a 174, aspectos como los factores intervinientes para que exista la obligación alimentaria sean estos: el parentesco, las necesidades de las personas beneficiarias, las posibilidades de quien debe dar los alimentos y el

[106] Actualmente alrededor de 83.175 pensiones alimentarias han sido fijadas en esos rangos. Ver cita 6.

[107] Tratado de Derecho y Economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico/ Sola, Juan Vicente coordinador. -1ª ed- Buenos Aires: La Ley, 2013 Tomos I, pág 67.

nivel de vida acostumbrado, algunas de las características de la obligación alimentaria como la irrenunciabilidad, la intransmisibilidad y la prioridad, prevé el pago adelantado por la entrega de un bien mueble, quienes son las personas obligadas alimentarias[108], los supuestos para la extinción de la obligación alimentaria, la pensión provisional, supuestos cuando no procede la obligación, entre otros; y en la Ley de Pensiones alimentarias se incluyen aspectos de fondo de los alimentos como principios, integración, autoridades competentes, efectos de las resoluciones, el procedimiento, entre otros muchos aspectos. Con la entrada en vigor del Código Procesal de Familia, existirán cambios que se comentarán más adelante.

En su dimensión **económica**, la relación alimentaria determinará las condiciones de vida de **quien recibe los alimentos** (persona beneficiaria), de **quien intermedia** para gestionar, administrar y tomar decisiones sobre cómo utilizar el monto de la cuota alimentaria y de quien **los debe dar** (persona obligada alimentaria). Para buscar mejores condiciones de vida, estas deben satisfacer y realizar las necesidades de primer orden y ello, permitirá la integración a la sociedad en las condiciones idóneas para funcionar, ello quiere decir que los alimentos buscan la dotación de salud, educación, bienestar, entre otros, íntimamente relacionados con el bien jurídico de la vida de **quien los recibe.**

Cuando se habla de capital, generalmente se asocia con poseer una cuenta bancaria con mucho dinero, bienes inmuebles para alquiler, acciones en alguna gran empresa internacional o alguna otra pertenencia de valor. Si bien estos ejemplos son formas de capital, en el sentido que son bienes que producen ingresos y utilidades, las formas tangibles no son el único tipo de capital que existe. El capital también puede estar conformado con bienes como la escolaridad, capacitación, los gastos en atención médica e indudablemente, el acceso a los alimentos, estos bienes tienen la característica que suman a la persona positivamente, son una inversión y se denomina *capital humano*[109].

---

[108] No debe dejarse de lado la obligación de darse alimentos que tiene las personas en unión de hecho declarada judicialmente, artículo 245 del Código de Familia.

[109] Becker, G. "Human Capital" véase en línea en http://www.econlib.org/library/Enc/HumanCapital.html. Nota: El aporte de Becker puede ser objeto de algunas críticas en el tanto sistematiza una distribución de funciones basadas en la dicotomía público/privada, en donde un hogar eficiente es aquel donde cada miembro se va a especializar dentro de este o en el mercado según tenga mayores ventajas comparativas, y una vez especializada/o cada miembro invertirá únicamente capital humano para el mercado o capital humano para lo doméstico, según se haya especializado en uno o en otro. Es decir, que al interior de la familia se produce un equilibrio automático en la distribución del tiempo y los beneficios. En este sentido, si bien rescatamos de su aporte que toma en cuenta en trabajo doméstico como parte de la ecuación económica y lo hace contar como trabajo productivo, no podemos partir del hecho que basado en la especialización de funciones se designen roles dentro del hogar que determinen la participación de hombres y mujeres en el haber productivo, toda

El capital humano es llamado así porque las personas no pueden ser separadas de sus conocimientos, habilidades, la salud o los valores, en la forma en que se pueden separar de sus activos financieros y físicos, es por lo que la educación, la preparación y la salud, son las inversiones más importantes pero todo esto no será posible, sin el acceso a los nutrientes adecuados, ni a la formación primaria, ni a la seguridad, ni al acceso a vivienda, etc. La inversión en capital humano es una actividad que repercute sobre la renta monetaria y psíquica futura a través del incremento de los recursos incorporados a las personas[110], estas formas de inversión mejoran la capacidad, los conocimientos y la salud aumentando sus rentas monetarias como su *capital psíquico*[111]. Definitivamente el concepto de capital humano es muy amplio, no solo se limita a la educación en todas sus formas, sino también a aquellas inversiones domésticas, como el cuidado familiar en los primeros años de vida y a todos aquellos dependientes de cuidado. Todos los elementos que conforman el capital humano mejoran indudablemente la productividad social.

Es innegable que de las utilidades que proporciona el cuidado, se incluye una mejora en el bienestar de los individuos. Por ejemplo, las personas menores de edad que en su adultez tengan una satisfacción emocional que les permita desempeñarse mejor dentro de la dinámica social, ya que han tenido una infancia y adolescencia emocionalmente estable pues han sido asistidos de los recursos psicológicos y alimentarios necesarios para su desarrollo.

En segundo orden, todas las personas requerimos cuidados a lo largo de nuestras vidas, en mayor o menor medida, como parte de fundamental de nuestro bienestar y del desarrollo de nuestras capacidades, esto tiene además un impacto en la economía. Las nociones de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte, (sin detrimento a los otros no mencionados), implican no solo que para su materialización sea necesario un aporte económico sino también es necesaria la inversión de fuerza, tiempo, disposición y voluntad para realizarse. Dicho de otro modo, es necesaria la **intermediación humana** para que el sustento se convierta en comida, la habitación en refugio o seguridad, el vestido en abrigo, educación en valores y

vez que actualmente se ha comprobado que esa distribución ha sido injusta y más basada en un determinismo forzado sin participación de las mujeres sobre su destino en estas funciones.

[110] Albano, J (2005). Determinantes de la Matrícula Universitaria: Una Aplicación de la Teoría del Capital Humano al Caso Argentino, Pág 6. Véase en línea http://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/doctrab/doc58.pdf

[111] Con el término "Capital psíquico", los psicólogos positivos se han interesado en comprender y analizar cómo y por qué, aún frente a situaciones de máximo estrés, los sujetos pueden desarrollar fortalezas, emociones positivas, proyectos de vida. La noción del concepto refiere a ese conjunto de factores y procesos que permiten aprender a protegerse y sobrevivir, a generar fortalezas personales. Para mayor conocimiento del tema consúltese Casullo, M (2005). El capital psíquico. Aportes de la Psicología Positiva. Véase en línea http://www.palermo.edu/cienciassociales/publicaciones/pdf/Psico6/6Psico%2005.pdf

la diversión en recreo. Esta transformación, que se debe considerar como la *transformación a bienestar*[112] es la parte del goce de las condiciones materiales perseguidas dentro de la obligación alimentaria que se convierten en condiciones espirituales, emocionales y psicológicas que permitirán vivir dignamente a la persona beneficiaria del derecho alimentario.

El trabajo de cuidados[113], es la plataforma para que, en el mundo publico exista el complejo entramado social. Datos de la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo (INEC, 2017), que se desarrollada en el Tercer Estado de los Derechos Humanos de las mujeres en Costa Rica[114], ha demostrado conclusiones interesantes: por ejemplo, que la tasa de participación de mujeres y hombres en el trabajo doméstico no remunerado es muy similar (99,3 y 98,4 respectivamente), pero existen diferencias significativas en cuanto al tiempo que invierten y el tipo de tareas que realizan. Respecto a las mujeres, el tiempo efectivo promedio[115] que invierten es de 36:01 horas semanales, mientras que la participación de los hombres se reduce a 13:55 horas semanales.

---

[112] El bienestar es el conjunto de cosas materiales e inmateriales que se necesitan para vivir bien. La Organización Mundial de Salud lo entiende como un espectro donde la Salud Mental es parte, el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer su contribución a la comunidad. La trasformación a bienestar es el proceso por el cual los bienes y recursos materiales e inmateriales son convertidos en herramientas emocionales y físicas para la preservación de la vida y la preparación de la vida en sociedad. Para mayor abundamiento véase Organización Mundial de Salud en http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/. Además, he desarrollado este tema en la Revista de la Sala Segunda: El cuidado de personas dependientes menores de edad: lo que no se ve en la obligación alimentaria

[113] Dentro de los estudios de las ciencias sociales y económicas se utiliza indistintamente las nociones de trabajo y empleo; esto nos lleva hacia un equívoco grave en el tanto se habla de no tener trabajo como sinónimo de no tener empleo. El trabajo debe incluir todos los actos que son necesarios para que este pueda llevarse a cabo, esto resulta de la sumatoria
del **trabajo remunerado**: aquel por el cual se percibe remuneración, es medible, tiene cuantificación económica, puede estar formalizado por medio de un contrato laboral o no, puede ser realizado en un espacio fuera o dentro del hogar, con jornada parcial o total y duración definida o indefinida y el **trabajo no Remunerado**: que tiene como objetivo satisfacer las necesidades de los integrantes de un grupo familiar, no existe compensación para quien lo ejerce, es decir remuneración de ningún tipo. Se puede realizar dentro o fuera de la esfera doméstica. Véase Aguirre, R. (2007), La necesaria redefinición de la noción de trabajo. Consideraciones conceptuales y metodológicas. Pág 9. V Congreso Latinoamericano de Sociología del Trabajo 18 al 20 de abril 2007, Montevideo. En línea: www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/25/02.pdf

[114] Iinstituto Nacional de las Mujeres Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica / Instituto Nacional de las Mujeres. – 1 ed. – San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2019. (Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica; n. 11), Capítulo IV. Derechos Económicos y laborales de las mujeres: el nudo crítico de la discriminación.

[115] Promedio de horas dedicadas a la actividad por parte de las personas que reportaron realizarla (INEC, 2017).

Las actividades que más realizan las mujeres sobresalen la limpieza y mantenimiento de la vivienda, preparación y servicio de alimentos y bebidas, limpieza, cuidados y confecciones de ropa y calzado; tareas que son por excelencia para la satisfacción de necesidades básicas del hogar y la familia. Con relación al cuidado de niños y niñas menores de 12 años el tiempo fue de 12:43 horas, cuidado de personas integrantes del hogar totalmente dependientes un total de 9:26 horas y, limpieza y mantenimiento de la vivienda, 8:36 horas.

Por su parte, los hombres, participan mayormente en limpieza y mantenimiento de la vivienda, preparación y servicio de alimentos y bebidas, y compras del hogar. Aunque coinciden con las mujeres en las primeras dos actividades, la tasa de participación no iguala la de las mujeres en ninguno de los casos, pues la mayor cantidad de tiempo la invierten en cuidado de niños y niñas menores de 12 años con 7:38 horas, cuidado de personas integrantes del hogar totalmente dependientes, 6:04 horas y, preparación y servicio de alimentos y bebidas, 5:21 horas.

El Informe del INAMU, concluye que del 2013 al 2017, en promedio por cada 100 mujeres inactivas en el trabajo remunerado, por tener que atender obligaciones familiares o personales, se registran 2,2 hombres presentaron la misma condición. Este indicador da cuenta que las obligaciones familiares resultan ser una condicionante para la participación laboral de las mujeres, más no así para los hombres, además que las mujeres ven condicionada su inserción laboral por la presencia de niños, niñas, y personas adultas mayores en los hogares, esto nos lleva a concluir que el trabajo de cuidados es una rama altamente feminizada con costos a una parte de la sociedad, que dedica su tiempo y sus fuerzas para la reproducción y mantenimiento de las personas menores, teniendo para sí un costo, como lo es no autonomía financiera, no aseguramiento ni beneficios como pensión por vejez, o seguro por riesgos, entre otros.

La Economía del Cuidado es la base teórica que explica la relación entre el cuidado y la economía. Dicho concepto pretende referir a aquel espacio indefinido donde coexisten bienes, servicios, actividades, relaciones y valores necesarios para realizar las necesidades más básicas que permiten la preservación de la vida y del complejo entretejido humano. Las labores del cuidado tienen entre sus principales objetivos nutrir a las personas de los elementos físicos, psicológicos, afectivos, emocionales y simbólicos imprescindibles para vivir en sociedad[116]. Desde el punto de vista económico, si las personas se encuentran en condiciones óptimas de bienestar, podrán tener un desempeño favorable para realizar las labores de trabajo productivo en el mundo público.

[116] Para mayor abundamiento véase Rodríguez Enríquez, Corina. Economía del cuidado, equidad de género y nuevo orden económico internacional. P 3. En línea http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/giron_correa/22RodriguezE.pdf

En el tanto la delegación del trabajo doméstico y de cuidados a las mujeres sea culturalmente normalizada, probablemente lo sea también la gestión de un proceso alimentario[117], implicando la inversión de tiempo al proceso, a la defensa pública, incluso otros costos que dependen de cada caso en particular. Estas delegaciones implican una exclusión del trabajo remunerado, que podría implicar también una subordinación a un proceso alimentario y sus resultados. Debe recordarse que existe una relación muy cercana entre la deuda alimentaria con la reproducción social cuando median personas menores de edad al estar en desarrollo, al ser la sustitución poblacional que, sin el acceso a la educación, alimentación, sustento psicológico, etc.; se convertirán en otros costos sociales que deberán ser absorbidos por la sociedad mediante otras formas.

Un tercer aspecto para considerar dentro de la dimensión económica, es a la **persona obligada alimentaria.** El Código de Familia establece que un límite para la deuda alimentaria, son los bienes y el trabajo de quien deba de satisfacerlos, esto es importante en el tanto quien deba dar los alimentos, no puede quedarse sin los medios para seguir produciendo y, por consiguiente, seguir cumpliendo la obligación alimentaria mientras esta exista. El acceso al derecho de alimentos implica que los costos financieros personales o familiares asociados con el cumplimiento de la obligación alimentaria, deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y, por ende, de la satisfacción de otras necesidades básicas. La accesibilidad económica se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición, por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada.

El bienestar dentro de las familias (y en general de la sociedad) se sustenta tanto por el aporte del trabajo remunerado y el trabajo no remunerado. La calidad de vida es un concepto amplio que va más allá de aquellos beneficios obtenidos del mundo extra doméstico, ya que, para obtenerla, entran a contar aspectos fuera del orden material. Los recursos son únicamente medios que se transforman en bienestar de formas distintas según la persona, así según sean sus capacidades y habilidades en ámbitos valiosos de la vida –por ejemplo, dentro del seno familiar- puede estarse mejor, incluso con menos recursos económicos. Muchos de los recursos importantes para el correcto desarrollo integral no tienen mercado, no pueden ser medibles con las reglas de oferta y demanda, por lo que no todo "precio" se forma bajo las reglas de la puja y que la mayoría de las determinantes del bienestar humano son resultados de la vida de las personas, que no pueden ser descritas como recursos cuantificables.

[117] Ver estadísticas del Observatorio de violencia de género contra las mujeres y acceso a la justicia https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWQyNTg5ZTMtZTcxZS00ZGE5LTllNTgtNDI0ODgxMmI1ZDcyIiwidCI6IjM5NDQ0YzM3LTE4N2UtNDkwNC1hMTNkLWNkZWViMDM2MDBjNyIsImMiOjR9

II.- El nuevo proceso alimentario, ¿un proceso eficiente?

¿Pueden las normas jurídicas ser eficientes?, ¿cómo se incorpora el concepto de valor[118] en la relación alimentaria?, ¿es posible aplicar algún criterio económico a las nuevas normas procesales alimentarias? Tomaremos el valor en su sentido económico, como lo que alguien está dispuesto a pagar, o si ya lo tiene lo que está dispuesto a recibir para privarse de ello. No siempre el valor económico de las cosas es el mismo, también pueden varias según la época y la circunstancias; y la eficiencia, como aquello que sirve para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor[119].

Se dijo anteriormente que el proceso alimentario tiene como objetivo también, aumentar el bienestar de las personas, mediante el reconocimiento de un derecho alimentario, a favor de alguien que ha demostrado cumplir los presupuestos establecidos en la ley. También podría decirse que busca un equilibrio cuando se da un cambio de las circunstancias iniciales y se busca una modificación del monto establecido. La nueva norma procesal, instituye principios muy relacionados con los conceptos económicos o bien, conceptos que se pueden (y deben) interpretar con perspectiva económica. Por ejemplo, el **principio de economía procesal** que implica el ahorro dentro del proceso sea en recursos, tiempo, etc., para conseguir una rápida solución. Este ahorro, llevará indudablemente a la satisfacción entre las partes, pues tendrán su conflicto resuelto en el menor tiempo posible. Otro ejemplo muy ligado al anterior es del principio de **celeridad procesal** que comprende una administración de los tiempos del proceso de manera eficiente, en cumplimiento a las etapas y al proceso en general, ambos principios se encuentran expresamente en el artículo 5 del Código Procesal de Familia.

Un ejemplo del principio que se debe leer con perspectiva económica es el de **tutela de la realidad[120]**. La tutela de la realidad nos lleva a la búsqueda de la **verdad real**, es un principio amplio que trata de decidir conforme a las reales circunstancias. El nuevo Código Procesal de Familia indica que cuando alguna de las partes pretenda la ejecución de una sentencia, acuerdo o resolución que trate sobre el cuido personal de una persona en condición de vulnerabilidad, de un sistema de interrelación familiar o de la administración de bienes, y haya transcurrido un tiempo prologando sin que se hubiera ejecutado, la autoridad judicial se abstendrá de ejecutarla en aquellos casos en que la realidad haga evidente que se ha consolidado una situación diferente de la que se pretende ejecutar y esta beneficia a la persona en la referida condición, por lo que deberá la autoridad judicial remitir a las partes a la vía de modificación de fallo y sin perjuicio del disfrute del monto de pensión alimentaria vigente. Esto conlleva a la búsqueda de equilibrio entre las partes y por consiguiente, al equilibrio

[118] Se hace la salvedad metodológica que, al ser Análisis Económico del Derecho, la metodología utilizada, se relaciona valor con valor económico.

[119] Posner, Richard, pág 36

[120] Artículo 316 del CPF

familiar, las condiciones económicas son un factor que deben tomarse en cuenta sin duda, en el tanto pueden determinar las condiciones de vida y de producción de los recursos que servirán para dar cumplimiento a la obligación de alimentos.

El **principio de gratuidad y el de costo mínimo**[121] tienen como fin evitar costos económicos innecesarios para las partes. Sabemos que en el proceso alimentario se buscan los medios para alcanzar el bienestar, proceso que se explicó en el acápite anterior, y estos medios son un monto alimentario o en casos excepcionales, un bien. No se incluyen dentro de la obligación alimentaria aspectos incuantificables, como la compañía, el soporte emocional, ocio, la seguridad, el cariño, la alimentación, la trasmisión de valores etc. Los aumentos automáticos que deben aplicarse al monto alimentario y que se reconocen en el artículo 279 del Código Procesal de Familia, implican una clara aplicación (y conocimiento general) de elementos económicos tales como el costo de la vida, diferencia entre persona no asalariada y asalariada, el porcentaje de variación del salario establecido en la Ley 7337 "Ley de denominación del salario base" y los aumentos decretados por el Estado para el sector público y privado.

Entonces tenemos que, la nueva legislación procesal en materia de alimentos es un procedimiento especial derivado de las relaciones familiares que tiende a la imposición de la cuota de pensión alimentaria[122]. La norma demarca de manera fácil que su ámbito de aplicación es en torno al establecimiento de un monto determinado de alimentos, debiendo tomarse en cuenta el interés de la persona beneficiaria, sus necesidades debidamente demostradas y con posibilidad de cuantificación, labor encomendada a la persona juzgadora mediante las herramientas (jurídicas) dadas por el ordenamiento, siempre bajo la interpretación de principios que buscan la eficiencia procesal como lo son la celeridad, la informalidad, sencillez, oficiosidad y sumariedad[123].

La prueba es otro factor que se relaciona con la economía. Al ser el vehículo mediante el cual se demuestran las posibilidades y las necesidades, busca minimizar el error judicial. Mediante la oposición a los ingresos y las formas indicadas por la parte acreedora, se delega la responsabilidad en el aporte, a quien tenga mejores elementos para entregarla al despacho[124]. El **principio de facilidad probatoria**[125] toma en cuenta la disposición y el alcance que cada una de las partes e intervinientes tiene para hacerla llegar al proceso, existe un deber de las partes de cooperar, bajo la posibilidad de tener por demostrado el hecho de la contraria que se pretende acreditar con la prueba.

[121] Artículo 11 del CPF
[122] Artículo 257 del CPF
[123] Artículo 258 del CPF
[124] Artículo 259 del CPF
[125] Artículo 152 del CPF

La prueba debe acreditar aspectos económicos altamente relevantes para la decisión, entre mayor sea la precisión y exactitud de la prueba respecto a los extremos económicos de las personas que están involucradas en el proceso, se tendrán mejores elementos para la toma de decisiones. De ahí que la dinamicidad de la prueba busca facilitar la búsqueda de la verdad real del caso, siendo uno el aspecto económico, y para ello no limita en la persona a la que le interesa probar, la responsabilidad de probar; de tal forma que, incluso contra sus propios intereses, una parte puede estar obligada a aportar una prueba que finalmente le perjudica. Por ejemplo: probar sus verdaderos ingresos, aunque le perjudique por la alta cuantía de estos.

Cuando existen obligaciones alimentarias establecidas en procesos previos para su ejecución, ya fuera por acuerdo conciliatorio o por decisión judicial, se deben enviar las piezas necesarias para su debida ejecución al despacho competente del territorio que corresponda[126] , se incluyen los acuerdos conciliatorios ante el Patronado Nacional de la Infancia (PANI), los montos pactados o establecidos mediante los mecanismos de la Ley 7727, Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que no requieren homologación del despacho judicial, en los supuestos donde exista duda sobre el contenido o la validez del acuerdo, se resolverá mediante el proceso resolutivo familiar por parte de la autoridad de la materia alimentaria, esto no suspenderá la ejecución del monto pactado.

El Código Procesal de Familia hace alusión a varios procedimientos contenidos dentro del Proceso Alimentario: el procedimiento principal de fijación de cuota alimentaria, el procedimiento de extinción o modificación de la cuota fijada de alimentos, el procedimiento de cobro de gastos extraordinarios no pactados, el procedimiento para el cobro de sumas derivadas de la restitución de cuotas alimentarias y procedimiento para el cobro de gastos extraordinarios que sí fueron pactados.

El Procedimiento Principal de fijación de cuota alimentaria

Es el procedimiento inicial en donde se demuestra tener o no tener la legitimidad para solicitar alimentos y la fijación de una cuota alimentaria no establecida anteriormente. Inicia con el escrito de demanda que deberá incluir los requisitos establecidos en el Código Procesal de Familia[127] con el monto específico que se solicita imponer para cada persona solicitantes (si hubiese más de una), solicitando una orden de retención salarial si procediere y sin perjuicio de poder pedirla en el futuro. Es posible el rechazo de plano por ser improponible la demanda[128], si resulta evidente la inexistencia del derecho o cuando exista otro proceso que discute la misma pretensión[129].

Si la demanda es admisible, se convocará dentro de los siguientes diez

[126] Artículo 260 del CPF

[127] Artículo 215 del CPF

[128] Artículo 217, incisos 3 y 4 y el artículo 268 del CPF

[129] Artículo 268 del CPF

días hábiles a una audiencia previa de conciliación a fin de convenir a un arreglo no contencioso, este plazo empieza a correr desde la presentación de la demanda o de su corrección. La autoridad judicial podrá consultar, información de planillas reportadas ante la Caja Costarricense de Seguro Social o ante cualquier otro sistema que permita conseguir estos datos[130], si esta audiencia no prosperara o no se llevara a cabo, se procederá al dictado de una resolución con carácter de sentencia anticipada, que contendrá, entre otros aspectos, razones fundadas de la existencia del derecho alimentario, el monto razonado de la cuota alimentaria mensual, la obligación del aguinaldo y de salario escolar o gasto de inicio de lecciones, apercibimiento de la existencia de apremio corporal, el apercibimiento a la persona demandada para la oposición de la sentencia anticipada[131]. Esta sentencia deberá dictarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo de los diez días.

Si existiese oposición a la sentencia anticipada las partes pueden oponerse de manera fundamentada, en el plazo de cinco días, esta oposición no suspende los efectos de la resolución dictada[132]. Una vez planteada la oposición, se convocará a una audiencia a realizarse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la oposición o del vencimiento del plazo, (si solo una de las partes se opone), con la advertencia de presentar las pruebas respectivas el día de la audiencia. En ese acto se verificará si las partes desean llegar a un acuerdo conciliatorio, si no fuera posible, de inmediato se practicará la prueba de carácter interlocutoria y se resolverá cualquier cuestión procesal interlocutoria que haya sido planteada antes o en la misma audiencia, se practicará las pruebas admitidas, se dará audiencia para la emisión de conclusiones y de seguido se procederá al dictado de la parte dispositiva de la sentencia, debiendo ser notificada la sentencia integral, dentro del plazo de tres días[133].

Cuando deba incluirse una persona beneficiaria en un proceso ya instaurado contra el mismo deudor alimentario del principal, la autoridad judicial deberá llevar el mismo procedimiento de fijación de cuota alimentaria, debiéndolo ajustar al caso concreto[134].

La ejecución del proceso puede suspenderse por acuerdo de las partes, o a solicitud de la parte actora podrá reanudarse hasta con la manifestación expresa de esta. En cuyo caso deberá notificarse personalmente o en la casa de habitación a la persona obligada[135].

Uno de los grandes problemas que deben dar soluciones las normas procesales es también la dilación de los procesos. Se abordaron principios que

[130] Artículo 269 del CPF
[131] Artículo 270 del CPF
[132] Artículo 271 del CPF
[133] Artículo 273 del CPF
[134] Artículo 274 del CPF
[135] Artículo 276 del CPF

buscan aminorar los tiempos de duración, no obstante, el proceso es un todo que se encuentra también circunscrito en otras realidades como el número de casos que tenga la persona juzgadora a su cargo, el dominio de esta sobre el proceso, carácter conciliatorio, e incluso la disposición de resolver de manera expedita.

Procedimientos de extinción o modificación de la cuota fijada de alimentos y cobro de gastos extraordinarios no pactados

Es posible modificar el monto impuesto en el proceso principal, así como la exoneración de la cuota alimentaria y el cobro de gastos extraordinarios. Estos procesos se llevarán en legajos separados y una vez en firme su resolución, se agregarán al expediente principal. La solicitud se hará mediante escrito o de forma verbal exponiendo los motivos en que se basa y su pretensión concreta, además de aportar las pruebas respectivas, pudiendo ser inadmisible si se encontrara incompleta o rechazada de plano si fuera infundada[136]. Si la petición cumple con los parámetros establecidos, se convocará a una única audiencia a las partes, la parte accionada deberá ser notificada de manera personal y en donde se hace de conocimiento los hechos. En la audiencia se explicarán de manera clara los hechos y deberes de los participantes, se impulsará una conciliación, si no prosperara, se dará audiencia a la parte contraria sobre los hechos, posteriormente se practicará la prueba interlocutoria y resolución de cualquier cuestión procesal pendiente, luego se admitirán las pruebas ofrecidas u ordenadas de oficio, para luego dar lugar a las conclusiones de forma breve, se procederá luego al dictado de la parte dispositiva y tres días después, el dictado integral y la notificación.[137]

La Ejecución de la deuda alimentaria

La cuota alimentaria establecida en un acuerdo previo de conciliación o en la sentencia anticipada será posible ejecutarla después del tercer día de su notificación[138]. La retención salarial[139] y el apremio corporal[140] son forma coercitivas para su cumplimiento, o mediante entrega de la cuota a la persona beneficiaria o su representante de forma directa o por depósito bancario a la parte gestionante o a la cuenta del Poder judicial[141]. También podrá acudirse a otra forma de coercitiva de cumplimiento, mediante un proceso ejecutorio, con el cual se ordena el embargo de bienes en cantidad suficiente para la suma adeudada, intereses legales y costos de ejecución para su posterior remate, los montos de las cuotas alimentarias ordinarias, aguinaldos, salarios escolares, gastos derivados de inicio de lecciones y gastos extraordinarios debidos por la

[136] Artículo 277 del CPF, 174 CF
[137] Artículo 278 del CPF
[138] Artículo 280 del CPF
[139] Artículo 282 del CPF
[140] Artículo 283 del CPF
[141] Artículo 281 del CPF

persona deudora[142].

El procedimiento para el cobro de sumas derivadas de la restitución de cuotas alimentarias[143]

Para el cobro de las sumas adeudadas por la restitución de cuotas alimentarias que establece el artículo 168 de la Ley N.° 5476, Código de Familia, quien tenga legitimación deberá llevar a cabo la respectiva petición, de lo que se dará audiencia por tres días a la otra parte y, posterior a ello, se resolverá decidiendo el monto debido, cuyo cobro se hará en el mismo proceso, según las normas relativas a los cobros judiciales de los títulos ejecutorios.

El cobro de gastos extraordinarios que sí fueron pactados[144]

Cuando se trate de liquidar los gastos extraordinarios, se solicitará al despacho su cuantificación. Se parte nuevamente de un ejercicio económico para el cálculo del monto, aportando la prueba pertinente y sin perjuicio de aquellos gastos de fijación prudencial. Se establece una audiencia a la otra parte por tres días y posterior a ello la autoridad judicial resolverá. Puede verse otro ejemplo de un proceso que busca la eficiencia, al ser sencillo y corto para la fijación de estos gastos.

Si bien la persona humana es el centro del proceso alimentario, las condiciones y circunstancias de las partes, son inherentes al aspecto económico. Los medios que reconoce la norma para satisfacer las necesidades de la parte beneficiaria son los medios económicos, que solo se pueden determinar luego de una revisión y análisis de las particularidades de las posibilidades económicas (que incluye la posibilidad de producción de estos medios) de la persona obligada alimentaria. Este análisis se hace al fijar la cuota, y esto es además de un análisis jurídico, un análisis económico.

Del repaso a los procedimientos que componen el proceso alimentario se llegan a las siguientes consideraciones:

El nuevo Código Procesal de Familia, busca que el proceso especial de alimentos sea sencillo y accesible para las partes. Busca un proceso corto en tiempos y fácil en formas, pues los alimentos están relacionados directamente con la preservación de la vida y con la determinación del futuro de una persona, para potenciar sus capacidades. Estos conceptos pueden relacionarse también con los conceptos de valor y de eficiencia, que implican un proceso (de preferencia sin contención) de fácil litigiosidad para satisfacer una pretensión. Además, como se ha demostrado anteriormente, el proceso de alimentos es un proceso muy relacionado con la economía, por lo que, un análisis económico resulta no menos oportuno para seguir desarrollando esta disciplina.

III.- Conclusiones

El derecho alimentario tiene tres dimensiones **una social** en el tanto se solventan necesidades de primera mano de las personas beneficiarias para

[142] Artículo 285 del CPF

[143] Artículo 275 del CPF

[144] Art CPF 288

preservar la vida, **una jurídica**, al estar reconocido en los instrumentos internacionales y nacionales y por consiguiente, poder se exigido en la vía judicial y **una económica**, ya que, como bien se explicó, muchos de los preceptos para aplicar e interpretar el derecho de alimentos son económicos y pueden determinar la vida de las personas beneficiarias, que en el largo plazo, nos debe importar, pues bajo la creación de mayor o menor bienestar, se formarán las personas que a futuro conformarán el capital social.

El aporte de todas las formas de trabajo es importante para dimensionar los efectos de un proceso alimentario. Para la creación de bienestar que es el fin último de los alimentos, es necesaria la intervención humana. Las Encuestas de Uso del Tiempo realizadas por el INEC, miden la inversión de tiempo de las personas en distintas actividades y han evidenciado grandes desigualdades entre el tiempo que utilizan las mujeres y los hombres en trabajo doméstico no remunerado, que incluye en su mayoría aquellas labores de cuido de personas dependientes dentro de los hogares, el trabajo doméstico y el trabajo remunerado. Se considera entonces que, para hablar de trabajo, es necesario considerar las formas de trabajo **remunerado** y **no remunerado**. Esto es una replanteamiento conceptual, que debe ser tomado en cuenta en la obligación alimentaria en el tanto, la transformación del dinero y/o la utilización de bienes para producir bienestar, requiere tiempo, energía, disposición y destrezas que se llevan a cabo dentro de los hogares y son labores impuestas generalmente a las mujeres, como un mandato natural de la sociedad, situación que conlleva a una deuda a futuro producto de la gestión del proceso y la administración del dinero de la cuota alimentaria de la persona beneficiaria.

El proceso alimentario puede ser analizado mediante parámetros económicos como la eficiencia y el valor, pues desde los mismos presupuestos procesales del proceso familiar y de alimentos, se busca la satisfacción rápida y sin obstáculos de la pretensión, además constantemente se utilizan métodos económicos para valorar la prueba y resolver la fijación de una justa cuota alimentaria. Además, la eficiencia del nuevo proceso alimentario nos debe importar a todas y todos, en el tanto son normas de orden social que afectan a muchas familias que, a futuro, pueden determinar su buena vida o mala vida.

Bibliografía

Derecho Alimentario, Revolución Histórica y Panorama Actual. Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio – 1era.ed.- San José, Cr. Editorial Jurídica Faro, Julio 2020.

Derecho y Economía/ Cooter, Robert D y Ullen, Thomas. Fondo de Cultura Económica, 2016, México D.F.

Determinantes de la Matrícula Universitaria: Una Aplicación de la Teoría del Capital Humano al Caso Argentino, Albano, J, 2005, Véase en línea http://www.depeco.econo.unlp.edu.ar/doctrab/doc58.pdf Pág 6.
Economía del cuidado, equidad de género y nuevo orden económico internacional. Rodríguez Enríquez, Corina. P 3. En línea *http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/sursur/giron_correa/22RodriguezE.pdf*
El análisis económico del derecho/Richard A. Posner; 2 ed-México: FCE, 2007.
El capital psíquico. Aportes de la Psicología Positiva. Casullo, M (2005). Véase en línea http://www.palermo.edu/cienciassociales/publicaciones/pdf/Psico6/6Psico%2005.pdf
Human Capital, Becker, G. véase en línea en http://www.econlib.org/library/Enc/HumanCapital.html
La necesaria redefinición de la noción de trabajo. Consideraciones conceptuales y metodológicas. Véase Aguirre, R. (2007), V Congreso Latinoamericano de Sociología del Trabajo 18 al 20 de abril 2007, Montevideo. En línea: www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/25/02.pdf Pág 9.
Los presupuestos de la responsabilidad civil/ Tavano. María Josefina -1ª ed- Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
Reforma procesal familiar práctica/ Víquez Vargas, Shirley y Picado Vargas, Carlos---primera edición—San José, Costa Rica: IJSA, junio del 2020.
Tableros del Observatorio de Violencia de género contra las mujeres y acceso a la justicia para el mes de octubre del 2020
Tercer Estado de los Derechos Humanos de las Mujeres en Costa Rica / Instituto Nacional de las Mujeres. – 1 ed. – San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2019. (Colección Estado de los Derechos de las Mujeres en Costa Rica; n. 11).
Tratado de Derecho y Economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico/ Sola, Juan Vicente coordinador. -1ª ed- Buenos Aires: La Ley, 2013 Tomos I, II y III.

TEMAS ACTUALES DE LA CASACIÓN PENAL

Andrés A. Pérez González

I. A MANERA DE INTROITO

El abordaje de los temas actuales de la casación penal, impone – desde el inicio – realizar una delimitación, no sólo temática, sino además temporal, por la multiplicidad de aristas que nos presenta. A lo mejor, hubiese optado por realizar un recuento de los temas que han generado mayor discusión en el foro nacional, con lo cual quedaríamos envueltos en una suerte de pandemonium temático, sin alcanzar el objetivo de actualizar. En su lugar, hemos preferido concentrarnos en esta oportunidad en un tema que, a pesar de esfuerzos realizados en algunos seminarios, sigue generando controversia y opiniones divergentes: la admisibilidad del recurso de casación.

Delimitado el tema concreto, debemos indicar que, para cumplir con la condición de actualidad, hemos circunscrito el análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley No. 9021, denominada, "Reformas ley N° 7594 Código Procesal Penal, ley N° 7576 Ley de Justicia Penal Juvenil, ley N° 8460 ley de Ejecución de Sentencias Penales Juveniles, ley N° 7333 Ley Orgánica del Poder Judicial y adición al Código Procesal Penal ", la cual fue publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 18 del 25 de enero de 2012 y entró a regir a partir de su publicación.

Pero, además, confluye una especial circunstancia, por todos conocida y es que la integración de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha sufrido importantes modificaciones y no es sino hasta el diez de diciembre del año dos mil nueve, que se ha conformado por Magistraturas titulares, de modo que, ello podría tener influencia en los criterios de admisibilidad del recurso de casación en la materia penal.

II. EL CARÁCTER EXTRAORDINARIO DEL RECURSO DE CASACIÓN, SU CARÁCTER FORMAL, ADEMÁS DE RIGUROSO Y EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El análisis estadístico de los asuntos resueltos por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, según los datos que fueron presentados en los informes de rendición de cuentas de ese Órgano en los últimos años, indican que un elevado porcentaje de los recursos formulados, fueron declarados inadmisibles. Así, en el período 2018, del total de 832 asuntos resueltos, lo cierto del caso es que un 70 % fueron declarados inadmisibles, disminuyendo un 5% respecto del 2017. Ello ha generado la percepción, entre distintos operadores del derecho, que los criterios utilizados para valorar la

admisibilidad del recurso, resultarían ser contrarios al principio de raigambre constitucional, de la tutela judicial efectiva o acceso a la justicia.

Cuando se justifica, desde la óptica de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por qué el recurso es extraordinario y formal, la respuesta que se brinda es que se encuentra en la estructura propia del sistema de administración de justicia penal y la función que cada instancia está llamada a cumplir y de ahí que, en cada instancia, cambien los motivos y requerimientos propios. Se trata de una respuesta en la que se alude a la filosofía y a las características sistémicas, con roles claramente definidos para cada instancia del proceso penal.

Se ha señalado, en consecuencia, que le corresponde al tribunal de juicio recibir, incorporar y valorar la prueba que ha sido judicializada para el dictado de la sentencia. En el caso del recurso de apelación de la sentencia penal, su función es la revisión integral del juicio y de la sentencia que en él se emita, sin que se limiten sus atribuciones a los motivos de los recursos interpuestos, pues el Tribunal de Apelación de Sentencia puede, de oficio, en el análisis exhaustivo y amplio que le está encomendado, identificar vicios que causen agravio y que están obligados a declarar.

Ahora bien, cuando se justifica la existencia y razón de ser del recurso de casación, se apunta jurisprudencialmente que cumple tres funciones esenciales: (i) control de cumplimiento del derecho objetivo (función nomofiláctica); (ii) la uniformadora de la jurisprudencia (función uniformadora), y por último (iii) también la justicia del caso concreto (función dikelógica). En consecuencia, el recurso de casación, no es una tercera instancia prevista por el legislador, sino que, en esencia, su función es la creación de criterios homogéneos en la interpretación de la ley, con lo cual se descarta que la casación admita un re-examen de los hechos, ni de la prueba evacuada, porque tal potestad le corresponde, en el actual sistema, al Tribunal de Apelación de Sentencia. Así lo ha reconocido expresamente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en los votos 405-2017, 0828 – 2017, 0283-2018, 00536 – 2015 y 1816-2013.

Sin embargo, las consecuencias derivadas de definir la casación como un recurso extraordinario, ha sido abordado tanto por la Sala Constitucional como por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Con el carácter vinculante de sus resoluciones, salvo para sí misma, el Órgano Constitucional, ha señalado que: "El argumento (…) en el sentido que la jurisprudencia de la Sala Tercera que considera el recurso de casación como un recurso extraordinario y formal lesiona los derechos fundamentales no es de recibo. Este Tribunal ha señalado en forma reiterada que el legislador está legitimado para diseñar la política criminal y procesal que estime conveniente. En este sentido, las características que el legislador quiso darle al recurso de casación, la forma en que decidió que operara, constituyen una cuestión de política legislativa. (Sala Constitucional; Voto N° 2016-004677, de las 10:30 horas, del 8

de abril de 2016 y en el mismo sentido se puede consultar el voto 2017-2017). A partir de este pronunciamiento de la Sala Constitucional, ha quedado claramente definido el carácter extraordinario, formal y riguroso, del recurso de casación en materia penal y que la estructura sistémica adoptada por el legislador, no resulta ser contrario al principio de la tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia.

Corolario de lo que viene expuesto, es que el carácter extraordinario, formal y riguroso del recurso de casación, veda la posibilidad del saneamiento previsto por el artículo 15 del Código Procesal Penal, pues el tenor literal de la norma alude expresamente a cualquier "…gestión o recurso ordinario …", con lo que queda totalmente descarta la posibilidad de la aplicación de esa norma por parte de la Sala de Casación Penal. (Voto No. 2017-453 y 2015-264).

III. MOTIVOS EN QUE PUEDE SER FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN

Enlista el legislador en el artículo 468 del Código Procesal Penal, los tres motivos por los cuales resulta viable interponer el recurso de casación: a) la existencia de precedentes contradictorios, b) inobservancia o errónea aplicación de preceptos procesales y c) inobservancia o errónea aplicación de preceptos sustantivos.

a) Existencia de precedentes contradictorios.

Esta causal, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, pretende dar efectividad a la función uniformadora y cumplir los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, de modo que, ante situaciones similares, el sistema de Administración de Justicia Penal, responda de igual forma.

Conforme al planteamiento jurisprudencial, se requiere cumplir los siguientes requisitos: a) Semejanza en los supuestos fácticos de los casos abordados; b) Oposición en la forma de resolución, pero en los aspectos esenciales del fallo. Con ello, se requiere realizar la argumentación con mayor rigor científico, porque, no basta con hacer cita de las resoluciones que se estiman contradictorias, sino que es necesario acreditar, de modo fehaciente que, en aspectos esenciales, que las autoridades han dado a situaciones jurídicas similares, soluciones distintas y de esa forma se ha causado un agravio a alguna de las partes. (Voto 2020-685)

La propia Sala se ha encargado de establecer cuatro requisitos básicos, que deben cumplirse al alegar la existencia de precedentes contradictorios: (a) las resoluciones mencionadas como contradictorias deben efectivamente existir, (b) deben contener los asertos o postulados que se esgrimen, (c) esos asertos deben ser contradictorios en cuanto a las reglas generales que de ellos se derivan, (d) el tema ha de ser relevante para la resolución de la causa. (Voto N° 2018-00129 y 2020-674)

En suma, se impone identificar en qué consiste el núcleo sustancial o ratio decidendi que fue abordado de manera contradictoria, y por qué la forma

cómo se resuelve riñe con la lógica que impera en los precedentes señalados, cuya aplicación se estima correcta.

La Sala ha precisado que: "…No puede (…) invocarse como precedente, un aspecto marginal de la resolución citada. Tampoco pueden señalarse como contradictorias, resoluciones que no comparten la necesaria similitud entre las situaciones fácticas y jurídicas. Adicionalmente, en apego a los requisitos del artículo 469 del Código Procesal Penal, resulta esencial para la admisibilidad del recurso, que en su exposición queden perfectamente claros e individualizados, los nódulos específicos de cada resolución que se estimen contradictorios; siendo insuficientes las citas extensas de los fallos…" (Voto 1064-2012).

b.-) Inobservancia o errónea aplicación de preceptos procesales.

Bajo la inteligencia que el pronunciamiento que sirve de sustento al examen de la casación penal es la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal y no la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la inobservancia de un precepto procesal puede producirse en tres supuestos (i) ausencia absoluta de fundamentación, (ii) puntos impugnados no resueltos o (iii) razonamientos con errores en su construcción lógica. (Voto 89-2018, 326-2018, 746-2013)

Se ha admitido la posibilidad de recurrir en casación cuando se detecten vicios graves de fundamentación del fallo de apelación, pero no por meras discrepancias con lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Sentencia (Voto 143-2016). Pero, particularmente interesante, resulta que se ha admitido para el estudio, el recurso fundado en la preterición de prueba esencial cuando ello provoque un yerro de razonamiento, ya que la Sala ha precisa que "… dispensar, sin fundamento normativo, de la prueba más importante en un proceso, podría constituir un grave defecto de razonamiento, por volverlo deficitario en sus componentes capitales." (437-2014).

c.-) Inobservancia o errónea aplicación de preceptos sustanciales.

Uno de los principios cardinales del recurso de casación por inobservancia o errónea aplicación de los preceptos sustanciales, es la denominada intangibilidad de los hechos probados, limitación que deriva del artículo 471 del Código Procesal Penal, que literalmente señala: "La Sala de Casación declarará inadmisible el recurso cuando no se cumplan los requisitos legales para su interposición, según lo establece el artículo 469 anterior; además, cuando la resolución no sea recurrible, la parte no tenga el derecho de recurrir, cuando el recurso tenga como finalidad modificar los hechos probados o cuando el recurso sea absolutamente infundado, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen. Si el recurso es admisible, se asignará a un magistrado instructor; la Sala lo sustanciará y se pronunciará sobre los motivos planteados. Si el recurso es admisible y no se considera necesario convocar a una audiencia oral, la Sala dictará sentencia."

Señala la Sala de Casación Penal, que una de las reglas para impugnar una sentencia por defectos de fondo, consiste en reconocer o aceptar como ciertos y válidos los hechos demostrados, pues estos constituyen el antecedente lógico necesario para verificar o no, si la subsunción se adecúa a los hechos (principio de intangibilidad).

A propósito de este principio, el Diccionario del español jurídico lo define como la: "Imposibilidad de alterar el contenido de los hechos probados de la sentencia cuando esta se recurre discrepando de la interpretación de las normas legales efectuada por el órgano judicial" (https://dej.rea.es/lema/intangibilidad-de-los-hechos-probados). (Resolución No. 509-2020

En virtud del principio de intangibilidad de los hechos probados: "El debate, como expresión emblemática del proceso penal, conlleva al esclarecimiento, al menos temporalmente, de la hipótesis acusatoria contenida en los hechos presentados por el órgano fiscal, y que es sometida a verificación o descarte, mediante la evacuación de la prueba aportada por las partes. El recurso de apelación, previsto en los artículos 458 y siguientes del Código Procesal Penal, implica una oportunidad recursiva de índole singular, en la que las partes pueden intentar la revisión de los hallazgos fácticos obtenidos en la fase del contradictorio, bajo apercibimiento que tal impugnación, no es repetible en la siguiente escala del proceso por la firmeza sobreviviente de los hechos acreditados. Esta consolidación de los sucesos, resulta incompatible con las pretensiones para una nueva revisión de las conclusiones obtenidas, en el tanto el diseño procesal de impugnación vigente, no contempla una tercera etapa en la que tal gestión sea posible". (Resolución Nº 2015-00062).

En este tipo de reclamados se debe invocar la norma sustantiva que se estima mal aplicada o equívocamente interpretada, pero más importante aún, es que es preciso explicar la razón de la inobservancia o de la errónea aplicación de la ley sustantiva. De seguido, de manera sucinta, se pasa a explicar lo que ha señalado la jurisprudencia en torno a este tema.

(i) En el caso de que se alegue la falta de aplicación de una norma sustantiva, deben exponerse las razones por las cuales se estima que la norma se dejó de aplicar en el caso concreto.

(ii) Si se aplicó indebidamente un precepto legal que no correspondía al caso concreto, se debe alegar y fundamentar, la razón por la cual se estima incorrectamente aplicado indebidamente la norma aplicada por el Tribunal. El proceso de argumentación comprende varios momentos: a) describir el error individualizado, b) detallar la norma incorrectamente aplicada y su relevancia; c) invocar la norma que se tenía que haber aplicado y su fundamentación con exposición del agrario.

(iii) Finalmente, si se reclama una errónea interpretación de una norma, el recurrente ha aceptado que la norma aplicada por el Tribunal es correcta, pero lo que no acepta es los alcances que se le ha brindado o la forma

y de ahí que se impone razonar los motivos del reclamo. (Para todos los efectos, pueden consultarse los votos 310-2017, 349-2016).

Corolario de lo que viene expuesto, es que la Sala de Casación no puede concluir en su propia plataforma fáctica y a partir de ahí debe emitir el pronunciamiento en torno a si la norma sustantiva fue adecuadamente aplicada en el caso concreto o debidamente interpretada.

IV. ADMISIBILIDAD E INADMISIBLIDAD: EL GRAN HITO

Atribuye el artículo 471 del Código Procesal Penal, la competencia funcional para pronunciarse acerca de la admisibilidad a la Sala de Casación, como órgano colegiado y le concede la facultad de rechazar el recurso, en los siguientes supuestos: (i) incumplimiento de los requisitos previstos por el ordinal 469 ibídem; (ii) cuando la resolución no sea recurrible, (iii) cuando la parte no tenga el derecho de recurrir; (iv) cuando el recurso tenga por finalidad modificar los hechos probados; (v) cuando el recurso sea absolutamente infundado.

De seguido, para mayor claridad en la exposición, abordaremos por separado cada uno de los supuestos previstos por el legislador, según el abordaje jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

(i) El incumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 469 del Código Procesal Penal.

a) Órgano ante el cual se debe presentar el recurso.

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal respectivo, sea el que dictó la resolución que es objeto del recurso. Si el recurso es presentado erróneamente ante otro Órgano, éste lo remite ante el Tribunal competente, pero el plazo debe contarse a partir del momento en que llega ante éste último y no la fecha de su presentación. (Voto 586-2016).

b) Plazo de interposición.

Aunque no de manera pacífica, la Sala de Casación ha señalado que, para contabilizar el plazo para la interposición del recurso de casación, corresponde aplicar las reglas de Ley de Notificaciones Judiciales, y que por ello no resulta aplicable lo establecido en la legislación procesal penal, porque resulta el propósito del legislador era "…uniformar el sistema de notificaciones, no de cualquier dependencia, sino de los despachos judiciales independientemente de la materia objeto del proceso, eliminando -en la medida de lo posible- la aplicación de regulaciones particulares y casi siempre distintas, en materia de notificaciones; dejando la opción de regímenes específicos o distintos únicamente para supuestos no previstos o regulados en esa normativa especial." (Resolución 2019 -112)

Se ha sostenido que en un interpretación congruente con el bloque constitucional, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, no es posible realizar una interpretación literal del artículo 147 del Código Procesal Penal, por lo que debe entenderse que en los casos en que se interpone una solicitud

de adición y aclaración, el plazo para recurrir inicia a partir del momento en que se resuelve la solicitud y que a partir del momento en que se notifica ese pronunciamiento, corre íntegramente el plazo para recurrir. (Voto 1258-2016 y 390-2017)

En cuanto a la forma de contar los plazos para recurrir, se ha señalado que es individual, en virtud de que es esta la interpretación que garantiza de mejor forma el principio de igualdad entre las partes. La jurisprudencia de la Sala, sobre las reglas aplicables y la forma correcta de efectuar el cómputo del plazo para recurrir incluso fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue declarada sin lugar. (Voto 2013-1554) (Sala Constitucional Voto 2013-1554)

En el Voto 1486-2019, la Sala Tercera, unificó los precedentes, en el sentido de que en los supuestos en los cuales las partes presentan sus escritos por medios electrónicos, el plazo dispuesto para la presentación del recurso se extiende hasta la finalización del último día que comprende el plazo, independientemente de la hora en cual el despacho concluya su jornada.

En lo concerniente a la reposición del plazo, la Sala ha señalado que la solicitud de debe formularse durante el transcurso del mismo, apenas surja el impedimento y este pueda ser comunicado al despacho involucrado. (Resolución No. 334-2012)

En tratándose del procedimiento expedito de flagrancia, resulta interesante señalar que la Sala de Casación Penal, sostuvo que eran hábiles, todos aquellos días en los cuales el Tribunal ante quien se presentaba la impugnación, se encontraba laborando. Sin embargo, con la creación de otros Tribunales de Flagrancia en diferentes partes del país, la interpretación fue modificada y se unificaron los precedentes en el sentido de que la única interpretación del artículo 460 del Código Procesal Penal debe ser igual para todos los despachos judiciales del país, en cuanto a considerar como días hábiles para la interposición de las impugnaciones, los comprendidos entre lunes y viernes inclusive, excluyéndose los sábados, domingos, feriados, asuetos y cierres colectivos. (Resolución 1564-2013).

Finalmente, en cuanto a la suspensión de los plazos por las medidas adoptada por la Corte con ocasión de la Pandemia de Covid, ha señalado la Sala "(…) Ahora bien, en razón de las medidas adoptadas por la declaratoria de emergencia nacional, generada por la pandemia por el COVID-19, Corte Plena dispuso la suspensión de todos los plazos procesales – incluido el plazo para interposición del recurso de casación – entre el 23 de marzo y el 2 de abril de 2020 (ver incisos a) y g) del acuerdo de Corte Plena correspondiente al artículo único de la sesión N° 15-2020 de 20 de marzo de 2020). La medida de suspensión de todos los plazos procesales, fue dejada sin efecto mediante acuerdo de Corte Plena, consignado en el artículo único de la sesión extraordinaria N° 18-2020 de 2 de abril de 2020, en atención a las medidas

tomadas para garantizar la continuidad de todos los servicios." (Resolución 693-2020).

c.-) Fundamentación del recurso y cita de los preceptos legales que se consideran inobservados o erróneamente aplicados o la mención de los precedentes contradictorios.

Una de las razones más frecuentes de inadmisibilidad del recurso de casación, se produce cuando se mezclan los motivos, lo cual estima la Sala es razón suficiente para declarar inadmisibles los reproches, porque los artículos 469 y 471, obligan a fundamentar el recurso e indicar por separado los motivos en que se basa, valga decir, exponer, tanto la fundamentación fáctica como jurídica, la descripción del agravio y finalmente de la pretensión que se formula. (Voto 2015-0053) "Es insuficiente que el recurrente indique los motivos genéricos contenidos en el artículo 468 del Código Procesal Penal, pues debe además cumplir –para el caso- con la cita de las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas, indicando cuál es el agravio y la pretensión" (Resolución 848-2016).-

Ahora bien, en el tema de los precedentes contradictorios, ha aclarado la Sala, lo siguiente: "…precedente es una resolución judicial previa (de un Tribunal de Apelación o de la propia Sala Tercera), en la que se aplicó como aspecto central del fallo, el tema jurídico que se estima resuelto de forma contraria por el Tribunal de Apelación en la sentencia impugnada. No puede entonces invocarse como precedente, un aspecto marginal de la resolución citada. Tampoco pueden señalarse como contradictorias, resoluciones que no comparten la necesaria similitud entre las situaciones fácticas y jurídicas…" Resolución No. 1064 - 2012.

Así las cosas, para que el reclamo sea admisible, por precedentes contradictorios, las sentencias invocadas deben referirse a situaciones fácticas y jurídicas similares, que sean centrales en el fallo, con lo cual queda descartada cualquier tema marginal o secundario. (Resolución 481-2018)

Quizá, en este apartado, lo más importante, sea el tema del interés procesal en la impugnación. Se ha precisado que es la medida del recurso, constituyéndose en un límite para el impugnante, de suerte que sólo lo que le ha ocasionado un gravamen puede ser objeto de reclamo. Al respecto, la jurisprudencia señala que el concepto de interés procesal se encuentra íntimamente relacionado con el agravio, pues este último es el contenido concreto y objetivo del perjuicio que la resolución ocasionó al recurrente. (Resolución 225-2017).

Es necesario advertir que el agravio debe revestir especiales condiciones para ser atendible: debe ser esencial, efectivo, personal y directo, pero además debe concretarse en cada uno de los motivos que justifican el recuso. Ello, se rechazan aquellos recursos que resulten ser una simple inconformidad con lo resuelto. (Resoluciones 1491-2013; 310-2017) Interesa, aquí destacar, que la Sala en el Voto 562-2016, ha señalado: "Nótese que el

mandato de la norma, conforme a la forma verbal y la sintaxis empleados, contempla de forma imperativa la insoslayable individualización del daño que el actuar jurisdiccional ha provocado, por parte de quien reclama el vicio. No se trata de mencionar cualquier agravio, sino, con exactitud, de cuál se trata, es decir, cuál es la incidencia que el erróneo proceder de los operadores jurídicos ostenta sobre el dispositivo y la forma en que el resultado final pudo haber sido distinto de haber procedido correctamente."

(ii) Cuando la resolución no sea recurrible: impugnabilidad objetiva.

En este tema, que podría resultar muy extenso, ha de partirse de una definición inicial, contenida en la resolución 2013-28, que estableció con absoluta claridad, que el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal, de modo que, frente a las sentencias dictadas por los órganos de primera instancia, la Sala carece de competencia.

Conviene sí destacar que la Sala reiteradamente ha definido, con absoluta claridad, que el recurso es inadmisible si se atacan los argumentos que fueron sustentados por el Tribunal de Juicio. (Resoluciones 384-2015, 414-2017, 762-2019). Más aún, ha conocido la Sala, recursos de casación en los que se producen los mismos argumentos que fueron planteados ante el Tribunal de Apelación de Sentencia y, con ello, ha declarado su inadmisibilidad precisamente por falta de impugnabilidad objetiva. (Resolución 866- 2017, voto 767-2015).

Es interesante subrayar, que, aunque en tesis de principio, no es admisible el recurso de casación cuando se ordena el juicio de reenvío, la Sala ha admitido el recurso de casación, en aquellos casos en que se consolida una situación jurídica que produzca agravio. (Resolución 0042-2013).

(iii) Cuando la parte no tenga el derecho de recurrir: Impugnabilidad subjetiva.

De la relación de los ordinales 437 y 439 del Código Procesal Penal, deriva que sólo puede recurrir las partes que hayan sufrido un agravio con la resolución impugnada. En este tema, nos interesa en particular, dos temas esenciales: (a) el ofendido que no se ha constituido en parte y (b) la impugnación del defensor público distinto al apersonado en autos.

Ha señalado la Sala que el ofendido, cuando no se ha constituido como querellante o como actor civil, no está legitimado para recurrir en casación, toda vez que, por disposición legal, la facultad de recurrir en esta vía, se concede a ciertas personas (impugnabilidad subjetiva) y sobre ciertas resoluciones (impugnabilidad objetiva). Las normas generales sobre recursos, aplicables al de casación, establecen que el derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente concedida la facultad de recurrir. Y agrega, que la ley no distingue entre las diversas partes, toda vez que el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas y la ley no le concede

expresamente al ofendido la posibilidad de recurrir en casación, sin que esa interpretación signifique que se le esté vedando a la víctima el acceso a la justicia y el control sobre las decisiones que le afectan, pues bien podía constituirse como querellante o actor civil en la etapa preparatoria. (Resoluciones 914-2002, 1225-2015 y 628-2016).

De igual forma, en tratándose de la Defensa Pública, la Sala ha señalado que sólo puede actuar en representación del imputado, el Defensor Público que ha sido previamente asignado, o bien, quien le sustituya bajo la condición de que se explique el motivo. Es decir, es deber de la Defensa Pública, acreditar la razón por la cual otro Defensor comparece en nombre del imputado en la interposición del recurso de casación, pues se estima que se trata de un recurso de naturaleza extraordinaria, por lo que la Sala se encuentra imposibilitada prevenir el saneamiento de cualquier omisión en ese sentido. (Voto 152-2014).

(iv) El recurso se presenta con la finalidad de modificar los hechos probados.

Sobre este tema en particular, ya hemos señalado que el recurso de casación, por su función sistémica y por la forma en que la Sala estima está regulado en la actualidad, tiene bases fundamentales sobre las cuales ha sido estructurado, una de las cuales es la intangibilidad de los hechos probados. Se trata de un límite al conocimiento de los asuntos de la Sala y que obedece, precisamente, a conceptualizar el recurso de casación como un recurso extraordinario y formalista, delegando la revisión probatoria al recurso de casación, aspecto que fue abordado supra.

(v) El recurso es absolutamente infundado.

El tema del rechazo del recurso por ser absolutamente infundado, resulta ser totalmente casuístico. Es aquí, donde a lo mejor surjan las mayores dudas, quizá porque la norma ha sido interpretada extensivamente generando la impresión de que existe un quebranto al principio de acceso a la justicia, o hipotéticamente se podría plantear que ha faltado una explicación extensa sobre este tema en particular.

Hemos encontrado que la Sala se ha ocupado del tema al explicar una expresión semejante, pero relacionada la revisión. Al respecto, en el voto 462-2014, se expresó lo siguiente: "Esta cualidad de ser evidentemente "infundada", refiere a la ausencia cierta de cualquier elemento de justificación de la demanda, de modo que el juicio sobre el defecto que se aduce, aunque formalmente cumpliere con los requisitos de admisión en cuanto a la enunciación de la norma que la autoriza o la innovación del alegato incoado, es inadmisible por ausencia absoluta de sustento y agravio en el reclamo formulado."

Queda la duda, sobre cuáles son los parámetros legales para determinar una ausencia de sustento, aunque sí se pueda entender la ausencia de agravio en el reclamo. Por ahora, en nuestra opinión muy personal, un tema sobre el cual la discusión está y probablemente continuará abierta.

EPÍLOGO

A lo mejor existan otros temas actuales de la casación penal que mayor interés hubiesen podido ser abordados y claro está, con más profundidad y mayor propiedad. Con sencillez, hemos procurado realizar un aporte, tratando de abordar esquemáticamente un tema que reviste no sólo complejidad y que, a la sazón, podría generar criterios encontrados y muy atendibles, con lo que ha venido resolviendo la Sala de Casación Penal: nuestro objetivo, dada la cantidad de información existente, sin duda alguna, resultaba bastante pretencioso y de ahí que debemos reconocer, con humildad, que quedan tareas pendientes para otra oportunidad. -

PERSUASIÓN Y PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PSICOLOGÍA Y LA EPISTEMOLOGÍA

Jeffry José Mora Sánchez[145]

[145] Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España; Máster en Razonamiento Probatorio por la Universitat de Girona, España, y la Università degli Studi di Genova, Italia. Postgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción por la Universidad Nacional del Litoral, Argentina; Especialista en Derecho Penal por la Escuela Judicial de Costa Rica; Especialista en Justicia Constitucional por la Università di Pisa, Italia; Especialista en Crímenes Transnacionales y Corrupción por la Universidad de Salamanca, España; Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Latina de Costa Rica; Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Asociación Pensamiento Penal de Argentina. Además, ha sido miembro de las comisiones de Derecho Penal, Abogados Recién Incorporados y Derecho a la Salud del Colegio de Abogados de Costa Rica y forma parte del Consejo Editorial de la Revista El Foro de Costa Rica. Conferencista internacional, profesor de los cursos de Derecho Penal Especial y Derecho Penal General en la Universidad Autónoma de Centro América, docente invitado por el Departamento del Interior de los Estados Unidos de América, ROAVIS y la American Bar Association Rule of Law Iniciative, profesor de posgrado en la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, México, y docente del Colegio de Abogados de Costa Rica. Entre sus publicaciones destacan: "El delito de legitimación de capitales" (2013), "Prisión preventiva y control de convencionalidad" (2015), "Mecanismos electrónicos de seguimiento. ¿Entre el panóptico y la prisión electrónica?" (2017), La prueba. Razonamiento probatorio y justificación de las decisiones judiciales y administrativas (coord. 2019), Prisión preventiva y control de la convencionalidad (Nées Idées-México-2020), así como múltiples artículos en diarios, revistas y obras colectivas en Latinoamérica y Europa. Actualmente ejerce como Juez Penal de la República de Costa Rica.

Resumen: En los últimos años se ha desatado cierta polarización entre los adláteres de los modelos procesales adversariales de inspiración estadounidense, que reconocen en las técnicas de litigación la llave maestra para la gestión exitosa de conflictos judiciales, frente a quienes, desde la lógica de la teoría racional de la prueba y la afirmación de la búsqueda de la verdad como norte inmanente a la administración de justicia, observan en el *cross-examination* una formula defectuosa para alcanzar tal fin. En el presente ensayo se pretende conciliar algunos aspectos de ambas concepciones, específicamente en lo que a la prueba testimonial se refiere.

Palabras clave: persuasión; teoría racional de la prueba; psicología del testimonio; proceso adversarial; *storytelling*.

Abstract: In recent years, a certain polarization has been unleashed between the followers of adversarial procedural models of American inspiration, who recognize litigation techniques as the master key for the successful management of judicial disputes, against whom, from the logic of the rational theory of the proof and the affirmation of the search for truth as an immanent north to the administration of justice, observe in the cross-examination a defective formula to reach that goal. In this essay, it is intended to reconcile some aspects of both conceptions, specifically as regards testimonial evidence.

Keywords: persuasion; rational theory of proof; testimony psychology; adversarial process; storytelling

Sumario: 1. Introducción. 2. Tensiones entre la teoría racional de la prueba y el *storytelling*. 3. ¿Qué puede aportar el *storytelling* a un sistema de valoración probatoria de sana crítica racional? 3.1. Dimensión epistémica de las técnicas de litigación. 3.1.1. Desarrollo de la teoría del caso. 3.1.2. Preparación del testigo. 3.1.3. Técnicas de comunicación. 3.1.4. Técnicas de interrogatorio. 4. Un nuevo diseño procesal: La propuesta de Vitor de Paula. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

"*El hecho de una retórica que se interpone es desgraciadamente frecuente. La retórica debería ser un puente, un camino; a veces es una muralla, un obstáculo*".
Siete Noches, Jorge Luis BORGES

1. Introducción

La transición de un sistema procesal penal mixto moderno, también llamado inquisitivo reformado (CRUZ CASTRO, 1994, p. 47), al actual diseño procesal costarricense, de estructura predominantemente acusatoria (LLOBET RODRÍGUEZ, 2017, p. 512), tuvo una evidente influencia del proceso acusatorio de partes de corte anglosajón[146]. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con los códigos acusatorios de segunda generación[147], nuestro Código Procesal Penal[148] actual no adoptó una de las características más vistosas del sistema adversarial *puro*, y que es tocante a la práctica en juicio de la prueba testimonial, precisamente la posibilidad de realizar preguntas sugestivas en el contraexamen; se trata de esa fórmula, tan explotada por los *thrillers* legales hollywoodenses, en donde los astutos abogados consiguen destrozar al testigo mendaz, mediante una veloz secuencia de preguntas.

La polarización entre el elegante profesional y el mentiroso declarante resulta poderosamente persuasiva, ya desde el aspecto visual: firmeza y seguridad de un lado, nerviosismo e inestabilidad por el otro. Así se constituye

---

[146] Esta cercanía se nota, por ejemplo, en la regulación de institutos como la suspensión del proceso a prueba y el procedimiento especial abreviado, cuya similitud con el plea bargaining ha sido resaltada por la doctrina, principalmente en lo tocante a sus disfuncionalidades. Cfr. LLOBET, 2003, p. 33.

[147] De acuerdo con Gonzalo RUA la primera generación de las reformas procesales penales latinoamericanas se ubica temporalmente a finales del siglo pasado y se concentró en aspectos como la división funcional del juzgador y el órgano acusador y el fortalecimiento de la oralidad, principalmente. Mientras que la segunda generación de codificaciones, aprobadas ya en este siglo, estarían marcadas por el "rol protagónico de las partes en el sistema de audiencias y el nuevo rol que debe desempeñar el juez, apartándose de la producción probatoria" (RUA, 2014, p. 33).

[148] En adelante CPP.

el escenario ideal para el reconocimiento de la verdad, que parece fluir en esa especie de danza sin pareja que integra ese teatro judicial[149].

Pero nuestro proceso penal, aunque sin herramientas tan sofisticadas de dramatismo, también se ha permeado, de la mano de la instauración de la oralidad, a la lógica de la persuasión como una especie de mecanismo cognitivo, esto a través de la llamada *concepción mística de la inmediación*[150], que atribuye al contacto de las partes con las fuentes de prueba la posibilidad de obtener un *plus* de información relevante para la determinación de la verdad o falsedad de lo testificado.

No es difícil entender que el supuesto rendimiento de la inmediación como instrumento de aprehensión cognitiva es un incentivo suficiente para que las partes intenten alcanzar las fibras emotivas de los decisores mediante técnicas de litigación altamente persuasivas que, en ocasiones, podrían incluso rozar los límites éticos en el ejercicio de la abogacía, por ejemplo, al "montar" declaraciones o intentar imprimir en éstas rasgos histriónicos que no se condicen con la realidad.

¿El planteamiento hasta acá expuesto implica un roce insalvable entre la búsqueda de la verdad, con una base epistémica sólida, y las técnicas de litigación propias de los modelos adversariales anglosajones? Creo que no. Por el contrario, la conjunción de ambas visiones permitiría, a mi juicio, solventar algunos de los rescoldos más significativos que tienen los jueces a la hora de dictar un fallo; se trata no de otra cosa que de respaldar la mancuerna de la teoría y la práctica, bajo una perspectiva equilibrada, como la mejor vía para el abordaje de las controversias en sede judicial, descartando de antemano la satanización que desde la doctrina se propugna por las técnicas de litigación y la lógica del *storytelling*, pero también rechazando el desmedro con que la teoría derivada de la dogmática jurídica, la epistemología y la ciencia suele ser vista por los abogados postulantes.

En las líneas que siguen, se pretende fundamentar esta postura, trazando algunas líneas generales sobre ciertos elementos estructurales de la teoría racional de la prueba y de la teoría del *storytelling*, al tiempo que se

[149] Lo que me hace recordar a Billy Flynn, interpretado por Richard Gere, y su memorable alegato en favor de Roxie Hart, en el filme Chicago, de 2002. Cfr. TARUFFO, 2010, p. 183, quien resalta la ineficacia del cross-examination para descubrir la verdad, en la medida en que se crea "una representación teatral en la que el Buen Abogado descubre y destruye al Testigo Falso y el Buen Testigo sale indemne de las insidias tendidas por el Abogado Malvado".

[150] Para IBÁÑEZ resulta inaceptable entender la inmediación de modo que "el juez o el tribunal en el contacto directo con las fuentes personales de prueba (merced a los 'visto y oído') perciben discursos y también actitudes, maneras de estar: lenguaje verbal y lenguaje corporal. Pues bien, en virtud de no se sabe qué habilitación, gozarían, supuestamente, de la capacidad de interpretar lo recibido en ambas claves, de leer incluso en la expresión del rostro y, en general, en la gestualidad y hacerlo, obviamente, con la seguridad exigida por la trascendencia de las decisiones" (IBÁÑEZ, 2015, pp. 272–273). Cfr. FERRER BELTRÁN, 2017, 2019.

sugerirá al lector una propuesta de *lege ferenda*, basada en el pensamiento de Vítor DE PAULA RAMOS, en cuanto a la creación de un diseño procesal penal con cimientos forjados en la psicología y la epistemología.

2. Tensiones entre la teoría racional de la prueba y el *storytelling*

El punto central que explica las tensiones presentes entre la teoría racional de la prueba y la teoría del *storytelling*[151] propia del sistema adversarial anglosajón es la finalidad institucional que se le asigna a la prueba, la busqueda de la verdad[152] en la primera y la convicción judicial en la segunda.

En los modelos procesales que incorporan sistemas de valoración probatoria basados en la intima convicción del juzgador o el jurado, tiene sentido la representación teatral del proceso, pues las partes tratarán de convencer, por todos los medios posibles, al órgano decisor para que la resolución, que será inescrutable en cuanto a sus motivos, les favorezca. Esa futilidad decisional se transfiere de alguna manera a la litigación como tal, que también verá concentrada su operación en las formas, siendo el acercamiento a la verdad un aspecto absolutamente accidental[153] y no una condición necesaria.

Precisamente muchos abogados postulantes de experiencia aducen que los teóricos del derecho, la epistemología y la filosofía, desatienden la realidad de los juzgados, el campo árido del litigio, enfrascados en seudodisputas conceptuales estériles, señalando que la obligación de ganar los procesos que representan conlleva la utilización de las armas que corresponden a esa *guerra*[154], la cual se libra, parafraseando a TARUFFO, sobre la piel del testigo (2010, p. 180).

Sin embargo, aunque quizá existe algo de razón en la percepción de lejanía de la dogmática y la fría doctrina con respecto al ejercicio real del derecho, creo que en ningún caso resulta prudente la gratuita satanización de

[151] Sobre las características de la teoría del storytelling vid. REYNA, 2018, pp. 31–42; RUA, 2014, pp. 41–53, 2015, pp. 59–64; RUIZ JIMÉNEZ, 2019, pp. 40–44. Cfr. TARUFFO, 2010, pp. 45–88, quien se muestra completamente crítico del modelo adversarial anglosajón, enfatizando que la visión holística y persuasiva de los hechos desde el storytelling, nada tiene que ver con la verdad de lo narrado, por lo que "narrative thought, although necessary, is inherently flawed" (el pensamiento narrativo, aunque necesario, es inherentemente defectuoso; traducción libre del autor).

[152] Se parte de una concepción correspondentista de la verdad, de acuerdo con la cual "la realidad externa existe y constituye el baremo de medida, el criterio de referencia que determina la verdad o la falsedad de los enunciados que se ocupan de ella" (TARUFFO, 2010, p. 95).

[153] Con acierto refiere TARUFFO que "[l]a búsqueda de la verdad no tiene nada que ver con la función ritual del proceso y puede incluso ser contraproducente desde el punto de vista de la función de resolución de las controversias" (2010, p. 125), de donde se colige un aspecto más que confrontaría los modelos acá analizados. Sobre la vinculación entre el adversarial legalism y el esquema económico capitalista, véase: TARUFFO, 2010, pp. 125–131.

[154] Sobre las similitudes del sistema procesal penal adversarial y la guerra véase: REYNA, 2018, pp. 20–31.

cualquiera de los modelos analizados, por el contrario, es preciso observar si es posible su compatibilidad, al menos en ciertos aspectos.

3. ¿Qué puede aportar el *storytelling* a un sistema de valoración probatoria de sana crítica racional?

Si partimos de que el diseño proceso penal costarricense adopta un modelo de valoración racional de la prueba, que implica la correcta motivación de las decisiones, es preciso considerar en cuáles rubros las técnicas de litigación correlativas al *storytelling* pueden tener un rendimiento epistémico que les imprima cierta utilidad en la labor de averiguación de la verdad dentro del proceso judicial.

Aunque me parece evidente que, tal y como se ha referido líneas atrás, la teoría del *storytelling* no tiene como condición necesaria la búsqueda de la verdad, e incluso puede resultar fuertemente contraindicada para ese fin (TARUFFO, 2010, p. 129), esa cualidad en nada obstruye que existan ciertas características que, bien entendidas, puedan ser realmente eficaces en términos de transmisión de la información. Y es que de nada sirve contar con elementos probatorios que avalen un determinado enunciado sobre algún hecho, si la comunicación de esos datos al juzgador resulta inadecuada.

3.1. Dimensión epistémica de las técnicas de litigación

La regulación del interrogatorio en el CPP se adecua a muchas de las advertencias que hoy se efectúan desde la epistemología y la psicología, a fin de no contaminar la memoria del testigo y procurar una declaración más fiable, partiendo de una pregunta abierta por parte del Tribunal[155], con la prohibición expresa de preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes[156], y con resguardo de la dignidad del interrogado[157].

---

[155] MAZZONI afirma que la exactitud del relato dependerá, en último término, de la espontaneidad de este y de que sea "estimulado sólo con preguntas abiertas" (2010, p. 18). En el mismo sentido, véase: DE PAULA RAMOS, 2019, p. 175.

[156] Preguntas capciosas son las que se formulan de manera engañosa, a fin de que el declarante afirme algo de manera indirecta; las preguntas sugestivas son aquellas que insinúan la respuesta (LLOBET RODRÍGUEZ, 2017, p. 281).

[157] "**Artículo 135**. Interrogatorio. Las personas que sean interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas ni documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello, en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos. En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y después, si es necesario, se le interrogará. Las preguntas que se le formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas" (el destacado es propio).

"**Artículo 352**. Interrogatorio. Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interrogue de último. El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación. Luego, los miembros del

Las limitaciones imbuidas en el CPP costarricense para la ejecución del interrogatorio y contraeinterrogatorio de un testigo, cuyo tratamiento es indiferenciado, confronta la estructura más básica de lo que tendría a bien llamarse un sistema adversarial *puro* y, por ende, en donde la doctrina del *storytelling* encaja perfectamente. Este tipo de sistemas, en el contrainterrogatorio, tienen como piedra angular las preguntas sugestivas, el protagonismo del abogado y un ritmo frenético en las preguntas, de forma que se asemeje *más a un regaeton que a una balada* (RUA, 2014, p. 105), con el objetivo de no permitir que el testigo pueda pensar o explicar su respuesta[158].

Sobre este punto se coincide con TARUFFO en el sentido de que el proceso adversarial puede ser estructuralmente inadecuado para la búsqueda de la verdad[159], con lo que se descartaría la frase de WIGMORE en donde señala que la "*cross-examination is the greatest legal engine ever invented for the search of truth*"[160].

Uno de los grandes escollos que se manifiesta en el manejo de la prueba testimonial en sede judicial, como bien lo ha dicho DIGES, es que se suele concentrar la atención en la dualidad verdad/mentira del testimonio, pero no en la fiabilidad del mismo (2016, p. 22)[161]. Con ello, en la práctica de los Tribunales se sigue prestando atención a la conducta del testigo en su

tribunal podrán interrogar al perito o al testigo. Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento" (el destacado es propio).

En cuanto al imputado, el artículo 96 del CPP refiere que "Las preguntas serán claras y precisas; no estarán permitidas las capciosas o sugestivas y las respuestas no serán instadas perentoriamente".

[158] "La primer regla está centrada en mantener un absoluto control y dominio del testigo y de su testimonio. No hay mejor manera para ello que realizar un contra plagado de preguntas sugestivas de un solo punto que solo buscan del receptor dos respuestas posibles: por si o por no" (RUA, 2014, p. 38).

[159] Especialmente lúcida resulta la reflexión del autor al señalar que "la disputa entre dos científicos o entre dos historiadores puede ser una forma interesante de establecer quién de los dos resulta dialécticamente más hábil, pero no parece una técnica adecuada para garantizar la determinación de la verdad científica o histórica. En muchos contextos una investigación neutral e imparcial podría parecer un método claramente preferible" (TARUFFO, 2010, p. 128).

[160] Citado por: TARUFFO, 2010, p. 179.

[161] "En términos generales y, por tanto, exagerados, los juristas ven amenazada esa correspondencia por la intención que pueda tener el testigo de ajustarse o no a la verdad. La psicología del testimonio, en cambio, sitúa el foco sobre lo difícil de la tarea de recordar y la fragilidad de la memoria" (DIGES, 2016, p. 22). Sobre la indebida contraposición entre verdad y mentira vid. DE PAULA RAMOS, 2019, p. 85.

declaración, incluso por encima del contenido de su testimonio[162]; los interrogatorios a las partes siguen, de forma casi exclusiva, la intuición o la tradición.

La tendencia del conductismo (reacciones de los testigos a través del aprendizaje y la conducta) en los 70's, motivó el auge del estudio de la memoria y las técnicas de interrogatorio que perviven hasta el día de hoy. Desde la psicología del testimonio se ha desmitificado la suficiencia de elementos conductuales externos para determinar la fiabilidad de un testimonio[163], sin embargo, la propensión judicial a hacer recaer los juicios valorativos en el mero comportamiento del deponente se encuentra hondamente arraigada y sigue siendo un lugar común en las sentencias[164].

Adicionalmente, la continua mención de frases *cajoneras* y vacías, como forma de eludir la explicitación de argumentos arbitrarios, encubriendo prejuicios e imposibilitando el control intersubjetivo de los mismos, sin duda alguna socava todas las garantías que pretende ofrecer el proceso, en tanto, de nada sirve resguardar el derecho de defensa y otros principios a través de un proceso debido, si finalmente la resolución pudiera recaer en el inasequible parecer subjetivo del órgano decisor.

Tal y como lo ha destacado NIEVA, citando a MANZANERO, la psicología del testimonio ha puesto en evidencia la necesidad de valorar la credibilidad del testimonio y no del testigo, aún cuando, como ya se ha indicado, en la actualidad siguen teniendo un enorme peso las impresiones que los jueces tienen de la conducta del testigo, provocando sentencias fundadas en mera

[162] Sobre este tema ya me ocupé in extenso en: MORA SÁNCHEZ, 2019, p. 542.

[163] DIGES afirma, con respecto a quienes piensan que las intenciones de un testigo se reflejan en signos externos observables, que "ni la cara (ruborizarse, palidecer, mirar a los ojos o no, mirar a la izquierda o derecha, como erróneamente afirma la programación neurolingüística), ni los gestos de manos, pies o la postura del cuerpo en general; ni, desde luego, los datos fisiológicos que proporciona el polígrafo, son indicadores fiables para distinguir más allá del 50% (el nivel de azar) entre verdad y mentira. Solo el análisis del contenido de la declaración añade un poco más de precisión en la discriminación" (2016, p. 22).

[164] Sin mayor abundamiento, en el ámbito costarricense, las referencias, por ejemplo, a la "sencillez y honestidad" en el discurso de la agraviada (Sentencia 794-2017, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), "la observación del lenguaje paralingüistico (timbre, tono de voz, reacciones emocionales, silencios o pausas) y/o corporal de las personas que rinden su declaración y son interrogadas en juicio" (Sentencias 328-2018 y 434-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), o el "estado de ánimo del deponente, su lenguaje verbal como corporal, su facilidad de expresión, entre otros factores, los cuales por lo general sí pueden ser apreciados por los juzgadores, en la etapa plenaria, gracias a las virtudes del principio de inmediación" (Sentencia 336-2018, del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón), son extremadamente usuales. Como afirma IBÁÑEZ, "¿la gestualidad vale, pero qué papel tiene? Relevante para realizar el interrogatorio de las partes pero no para el juez" (2015, p. 277; 2018).

intuición, impulsados por la tendencia a sobrevalorar la propia capacidad de detectar las mentiras (2010, pp. 220–222)[165].

Precisamente, quizá uno de los aspectos básicos que deben destacarse, como piedra angular, ligada a la persuasión, a la hora de evaluar la prueba testimonial, pese a estar sólidamente arraigada en nuestra cultura jurídica, es la intuición[166] y su necesaria exclusión. Asimismo, no es inusual emplear las llamadas *máximas de la experiencia* como sucedáneas de las pruebas o como elementos propicios para llenar lagunas. Esto puede resultar eficaz en la vida cotidiana, pero debe desterrarse de la valoración de la prueba.

Estas nociones suelen citarse de forma genérica, "como una especie de cláusula de estilo que obvia cualquier razonamiento (...) en ocasiones llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico" (NIEVA FENOLL, 2010, p. 211). Si se utilizan, debe hacerse un esfuerzo por dar contenido a tales máximas.

No pocas veces los razonamientos meramente intuitivos son cubiertos "por un manto de presunciones mal construidas que intentan dar una apariencia de motivación a la resolución. Es algo parecido a lo que ocurre cuando, motivando la parte más jurídica de la sentencia, citan y reproducen literal e inmotivadamente jurisprudencia, sentencia tras sentencia" (NIEVA FENOLL, 2010, p. 208). Debe recordarse, siguiendo a NIEVA, que lo que no se puede motivar no existe.

Es por ello por lo que, dada la complejidad que entraña la prueba testimonial y las dificultades correlativas a su valoración, resulta imprescindible que el derecho se abra al conocimiento científico, rescatando los insumos provenientes de otras áreas del pensamiento humano, con lo que se viabiliza dejar atrás viejas estructuras de *análisis* como las expuestas[167].

---

[165] De hecho, es frecuente que en nuestra vida cotidiana nos preciemos de reconocer cuando nos quieren engañar o nos mienten, sacando a relucir nuestra experiencia como andamiaje del "a mi no me dan gato por liebre". Esta forma de tomar decisiones, mediante modelos mentales y los llamados heurísticos, siguiendo a NIEVA, puede ser de mucha utilidad en las relaciones cotidianas, pero tienen una gran posibilidad de conducir a error (2010, pp. 114–129).

[166] NIEVA define la intuición como "la capacidad de lograr un conocimiento directo, una percepción inmediata sin la observación o la razón" (2010, p. 206).

[167] Sobre la memoria, la ciencia aporta interesantes aspectos a tomar en cuenta, por ejemplo (a continuación se sigue, en rasgos generales, los planeamientos de NIEVA FENOLL, 2010, pp. 206–230 y DIGES, 2016): La capacidad para recordar estímulos auditivos es superior a la de los estímulos visuales; se recuerda mejor los primeros y últimos datos de una lista; en cuanto a la memoria a largo plazo, se distinguen dos tipos: la episódica (autobiográfica) y la semántica (conocimientos para la interpretación del mundo, que permite valorar los datos de la memoria episódica); con respecto a la memoria episódica se distinguen 3 procesos: la codificación (toma información percibida, la selecciona, la interpreta -dotándola de significado- y la integra a estructuras preexistentes, formando la llamada "huella de la memoria"), retención (en esta fase las huellas de la memoria se deterioran con el paso del tiempo y la información se recodifica, se

En España, por ejemplo, se han establecido jurisprudencialmente, como indicadores de valoración de prueba testimonial, la verosimilitud, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación. Sin embargo, estos lineamientos suelen asumirse con cierto automatismo[168], como si se tratase de un listado taxativo cuya verificación acarrea la veracidad del testimonio, es decir, equiparándolos a un estándar de prueba[169].

producen falsos recuerdos y solapamientos) y la recuperación (búsqueda en la memoria del recuerdo; este es el aspecto más interesante a efectos procesales); las personas perciben normalmente solamente lo que les interesa; la confianza que exprese un individuo en su memoria al declarar (sensación de saber) no tiene absolutamente nada que ver con la exactitud de sus recuerdos; el contexto en que se generó la huella de la memoria es importante para recordarla; el llamado "contexto cognitivo" puede resultar relevante (el testigo debe recordar detalles físicos del lugar, secuencia de hechos, sus propias reacciones, etc.); los hechos desagradables se olvidan antes que los agradables, los relevantes y los que tienen implicaciones emocionales; la memoria no graba la realidad, sino que la interpreta y reconstruye; el estrés generado por la violencia (memorias traumáticas) perjudica la calidad del recuerdo; para valorar la credibilidad de la declaración de una persona se han planteado métodos poco éticos y que además no funcionan (polígrafos, sueros de verdad, etc.), así como aspectos relacionados con las emociones del declarante que es mejor no tomar en cuenta, si se quiere un examen objetivo (se confunde la confianza o firmeza que expresa el declarante con la exactitud de su declaración); por ello, en muchos jueces, tiene relevancia el llamado heurístico de la representatividad; uno de los problemas más visibles, como ya se apuntó, en la valoración de la credibilidad, es que las personas sobrevaloran su propia capacidad de detectar las mentiras.

[168] Por ejemplo, en la sentencia 417/2012, la Sala Penal del Tribunal Supremo de España construye lo que podría denominarse una teoría de los elementos negativos de la prueba testifical, según la cuál la ausencia de algunos de los elementos señalados, sea que la declaración del testigo se considere inverosímil, contradictoria o basada en intenciones diversas a las de propiciar la averiguación de la verdad, implicaría su eliminación a limine. Esta solución pareciera excesivamente tajante si se toma en cuenta que, partiendo de las mismas razones que invoca la Sala, un testimonio con ciertas contradicciones o que apareje alguna conflictividad que pudiera razonablemente sugerir, ab initio, un "móvil espurio", podría resultar veraz. Por ejemplo, NIEVA destaca, en cuanto a la coherencia en el relato del testigo-víctima, que no es una invariable señal de verosimilitud, pues incluso podría ser un indicador de todo lo contrario, en la medida que los testimonios falsos suelen presentarse de una manera continuamente estructurada y generalmente cronológica (2010, pp. 224; 248-249), por lo que, en sentido inverso, la fragilidad de la memoria podría propiciar relatos con ciertos vacíos y discordancias que, no obstante, resulten fidedignos.

A pesar de ello, se observa gran sensatez por parte de la Sala, al considerar el cumplimiento de los citados factores (verosimilitud, etc.) simplemente como la superación de una barrera de atendibilidad del medio de prueba, siendo esta condición necesaria más no suficiente para afirmar su fidelidad, manteniéndose incólume el requerimiento de que tales medios se confronten con otros de distinta procedencia, para así corroborar la información que brinden. De esta forma se lograría evitar el mencionado automatismo argumental.

[169] La coherencia del relato equivale, de acuerdo con la jurisprudencia española, a la exigencia de "persistencia en la incriminación" o ausencia de contradicciones; ligado al requerimiento de verosimilitud, se encuentra la contextualización del relato, que implica que la persona declarante

Otro de los problemas que atañen directamente a la valoración de la prueba testimonial es el de la llamada *concepción mística de la inmediación* (IBÁÑEZ, 2015, pp. 272–277), privilegiando el contacto directo que en la producción de la prueba tiene el órgano decisor. En muchos delitos, especialmente aquellos de particular repercusión mediática, se pueden observar rasgos de la denominada *concepción persuasiva de la prueba*, especialmente la presencia de una noción intensa de la inmediación (FERRER BELTRÁN, 2017, p. 3), que propicia se ponga el acento de la valoración en el comportamiento del testigo[170].

Volviendo al *storytelling*, me parece que esta teoría puede desgranarse en dos vertientes. La primera, que podríamos denominar *contraepistémica*, se limita a la mera persuasión del juez, mediante una narración holística del caso, con límites difusos -más que aquellos que imponen las normas deontológicas en el ejercicio de la abogacía- y compatible con las disfuncionalidades anotadas en cuanto al abordaje de la prueba testimonial. En este rubro estimo que las técnicas de litigación hacen un flaco favor a la finalidad de sostener las resoluciones judiciales sobre una base epistémica sólida, luego de una valoración racional de la prueba.

Pero la teoría del *storytelling* también es susceptible de ser analizada desde una dimensión epistémica, en la medida en que su norte sea el adecuado manejo de la información relevante para el proceso y su efectiva transmisión al órgano decisor, por ejemplo, con la definición de la teoría del caso, la preparación del testigo y el mejoramiento de las técnicas de comunicación dentro del escenario judicial.

Estos aspectos me parecen han sido dejados de lado en la práctica tribunalicia, admitiéndose acá que este efecto pueda corresponder a cierto desincentivo para que las partes preparen las audiencias de manera adecuada, producto de un diseño procesal marcadamente acusatorio como el

aporte información espacio-temporal del ambiente vital en que se desarrollaron los hechos percibidos; las corroboraciones periféricas estriban en la presencia de datos adicionales (a partir de otras declaraciones, documentos, pericias, etc.) y también tienen importancia para valorar la verosimilitud del relato; y, finalmente, la apreciación de detalles oportunistas, que consiste en que el declarante haga referencia a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar a una de las opciones que se están debatiendo en el proceso, o incluso al propio declarante (NIEVA FENOLL, 2010, pp. 222–230).

[170] Para IBÁÑEZ, esta forma de entender el principio de inmediación resulta inaceptable, pues no se trata de una cuestión de racionalidad crítica sino función de poder, de un poder misterioso cuyo concreto ejercicio no es susceptible de justificación y que así no tendrá nada de jurisdiccional, ya que desplaza a su titular a un terreno que es más bien el propio del oráculo o de la pitonisa (2015, pp. 272–274). También FERRER BELTRÁN defiende una versión débil o limitada del principio de inmediación, como característica de la concepción racionalista de la prueba, circunscribiendo la relevancia de este principio a la disminución de errores, por eliminación de intermediarios en la transmisión de información al juez y, también con relevancia epistémica, al potenciar el principio de contradicción (2017).

costarricense, en donde la preminencia de la oralidad[171] no se ha visto acompañada de las características de los sistemas adversariales *puros* que los hace altamente eficientes[172].

3.1.1. Desarrollo de la teoría del caso

La teoría del caso, que ha sido definida como "el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral" (MORENO HOLMAN, 2012, pp. 28–29), también es susceptible de una lectura con rendimiento epistémico.

Un abordadaje estructurado del caso es imprescindible para su adecuada comprensión, principalmente si se trata de un asunto complejo, con multiplicidad de partes, con la posible configuración de diversos tipos penales y una masiva cantidad de prueba. El esquema tradicional de la teoría del caso, establece la correlación entre lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio (MORENO HOLMAN, 2012, pp. 41–43); este simple ejercicio ya representa un enorme salto cualitativo en la gestión de la información durante el proceso, habida cuenta de las limitaciones temporales existentes y la necesidad de sacar el mayor provecho a la prueba que se produzca.

Por ello, ciertas cualidades que la doctrina atribuye a una teoría del caso bien formulada[173], así como la relevancia de los alegatos de apertura y clausura, la definición de temas, fijación de etiquetas o lemas, entre otros aspectos frecuentemente invocados por la literatura especializada, pueden servir como una forma de crear *highlights* para efectos de que el órgano decisor se concentre en aquellos puntos especialmente relevantes de cara a la resolución del caso.

Incluso, como se ha podido ver, desde la psicología del testimonio se ha sostenido la importancia de reconocer cómo funcionan y de qué manera pueden verse afectados los niveles atencionales de un sujeto[174], por lo que son aspectos de gran interés para que las partes intervinientes desarrollen sus intervenciones de cara a que el órgano decisor no omita insumos trascendentales para la averiguación de la verdad de lo ocurrido, afectados por

---

[171] Sobre la implementación de la oralidad en el proceso penal costarricense vid. QUIRÓS, 2006.

[172] Con esto no se quiere decir que los modelos adversariales puros sean deseables, únicamente que son altamente eficientes, aunque, siguiendo a Susan HAAK, epistemológicamente criticables. Cfr. TARUFFO, 2010, p. 158.

[173] MORENO HOLMAN señala como elementos imprescindibles de la teoría del caso: su realización en todos los casos, que se oriente al juicio oral, revisión permanente, carácter único, autosuficiencia, coherencia, simpleza y claridad, verosimilitud, brevedad, flexibilidad, posibilidad de que sobre esta se adopten decisiones de cara al juicio, se realice un análisis estratégico de las evidencias, se ordenen estas y, finalmente, que posea suficiencia jurídica (2012, pp. 31–38).

[174] Vid. pie de página 22.

la monotonía de la audiencia y el cansancio correlativo a pesadas cargas laborales.

3.1.2. Preparación del testigo

Aunque en ocasiones pueda observarse con cierta malicia el contacto previo entre los abogados, sean defensores o representantes del Ministerio Público, y los testigos, las entrevistas previas son fundamentales para poder sacar el mayor provecho, en cuanto a la extracción de información relevante en el juicio. Esto permite que los abogados puedan adecuar sus respectivas estrategias de litigio, posibilitando preparar las líneas de interrogatorio y no *salir de pesca*[175] durante el juicio, ya que con ello se corre el riesgo de ingresar información insustancial que no solamente atrase el proceso sino que lo enturbie[176]. Está de más decir que esta entrevista previa debe ser realizada a partir de una pregunta narrativa, en donde el testigo pueda libremente contar lo que sabe[177], procurando no transferir ningún tipo de información y grabar la intervención, en caso de que se cuestione la existe de algún sesgo cognitivo en el futuro.

Asimismo, hay que tener claro que la mayoría de los testigos no se encuentran familiarizados con el escenario judicial, por lo que este puede resultar muy intimidante[178]. Este factor puede ser determinante para que el testigo omita o deforme información relevante, o puede ser observado erróneamente por el Tribunal como un rasgo de mendacidad en la declaración, por lo que conviene que, con la debida antelación, los abogados preparen a los testigos, informándoles sobre la dinámica del juicio y, de ser posible, mostrándoles la sala de audiencias.

3.1.3. Técnicas de comunicación

Tanto los emisores (abogados postulantes) como los receptores (jueces) del proceso comunicacional que se despliega en el ámbito judicial requieren que la información se transmita de manera fluida y efectiva; es decir, en ese escenario nadie quiere perderse algún dato relevante para la resolución del caso.

Si bien este aspecto puede analizarse desde una perspectiva meramente persuasiva[179], lo cierto es que hay un evidente atributo epistémico de por medio. Desde esta visión, algunas de las recomendaciones que nos brindan

---

[175] La expresión se toma de RUA, 2014, p. 186. El autor hace referencia a la práctica de realizar preguntas sin saber cuál es la respuesta.

[176] El cansancio de las partes es un factor importantísimo para la adecuada recepción de la información, máxime cuando contamos con cargas de trabajo excesivas.

[177] Aunque como se verá, lo ideal sería realizar el menor número de intervenciones al testigo y que la declaración se de en el menor tiempo posible, a fin de evitar la contaminación de su memoria.

[178] Incluso para quienes sí se encuentran familiarizados con ese entorno, la simple posición de testigo ya es una condición que genera naturalmente nerviosismo.

[179] Vid. REYNA, 2018; RUIZ JIMÉNEZ, 2019.

quienes se ocupan de las técnicas de litigación pueden resultar verdaderamente útiles, ya no para persuadir, sino para establecer un canal de comunicación adecuado entre las partes y el juez.

Por ejemplo, el mantenimiento de la atención del órgano decisor mediante una correcta pronunciación e impostación de la voz (REYNA, 2018, p. 72), el trato respetuoso para con el testigo, la utilización de los llamados *temas* o *etiquetas* (RUA, 2015, p. 193) para estructurar adecuadamente el interrogatorio y los alegatos, la utilización de apoyo gráfico, principalmente cuando se trate de asuntos complejos, son prácticas que, a mi entender, de seguro el juez agradecerá. Por supuesto, debe reiterarse que la idea final es que lo accidental sea la persuasión y no la búsqueda de la verdad[180] y no a la inversa, como suele plantearse tradicionalmente bajo la doctrina del *storytelling*.

3.1.4. Técnicas de interrogatorio

Desde la psicología del testimonio se ha conseguido desmitificar que el sometimiento a estrés del testigo, mediante un bombardeo de preguntas sugestivas, propio de los modelos adversariales *puros*, práctica que en cualquier caso está proscrita en nuestra legislación, sea conducente para propiciar la extracción de información veraz del declarante; por el contrario, se recomienda la toma de la declaración empleando el nombre del testigo e intentar tranquilizarlo, en tanto "si su nivel de estrés o activación sobrepasa su nivel óptimo el rendimiento de memoria se verá empobrecido" (PÉREZ-MATA & DIGES, 2017, p. 58).

También se destaca la conveniencia de utilizar preguntas cerradas solamente para clarificar un detalle concreto al que el testigo haya hecho referencia con anterioridad, pues la regla debería ser la utilización de preguntas abiertas, recuperando en estas los mismos términos empleados por el declarante (PÉREZ-MATA & DIGES, 2017, p. 58). Otro de los puntos en donde las técnicas de litigación propias del *storytelling* aconsejan un método contraepistémico es en cuanto a la recomendación de realizar preguntas temáticas y no cronológicas en el contrainterrogatorio[181], con el objetivo de provocar un traspié en el testigo, mientras que desde la psicología del testimonio se observa en el interrogatorio en orden cronológico un efecto que beneficia el recuerdo en general, pues torna más sencillo recuperar la información original con exactitud y permite de mejor manera el rechazo de información adicional sugerida (PÉREZ-MATA & DIGES, 2017, p. 60).

---

[180] Es preciso señalar que la convicción, como categoría subjetiva, y, por ende, la persuasión, como fórmula para impactar la primera, no son incompatibles con la verdad ni los elementos epistémicos fiables, simplemente se trata de cuestiones diversas. En este sentido, de acuerdo con FERRER BELTRÁN, "es perfectamente posible (y no tiene nada de extraño) que una proposición verdadera acerca de un hecho h esté probada de acuerdo con los elementos de juicio disponibles en el proceso judicial, que no esté probada e incluso que resulte probada su negación" (2005, p. 38) y, añadiría, sin importar si el juez cree o no en la verdad de la proposición.

[181] Cfr. RUA, 2014, pp. 88–91.

Desde la teoría del *storytelling* sí resulta de aplicación las sugerencias relativas a la no lectura de preguntas, no solamente porque la pérdida de contacto visual no genera empatía con el testigo, y eso puede resultar en mayor estrés para este, sino porque una estructura de interrogatorio rígida impide adecuarse a las particularidades del relato en el juicio. Lo ideal es, a partir del conocimiento profuso del expediente, recordar temas con respecto a los cuales se tiene interés de obtener información del declarante.

4. Un nuevo diseño procesal: La propuesta de Vítor de Paula

Hasta este punto es notorio que nuestro actual diseño procesal se ve permeado por prácticas que no se ajustan al modelo de valoración racional de la prueba en el que se incrusta, esto a partir de la vigencia de técnicas contraepistémicas propias de modelos adversariales *puros*, admitidas gracias a la influencia notoria de los sistemas jurídicos del *common law* en su concreción y alimentadas por añejos esquemas de evaluación de pruebas, lejanos de los resultados de otras ciencias, en particular de la psicología del testimonio, y fundados en la experiencia y la intuición. Frente a este panorama, asumiendo con rigor los postulados básicos de la teoría racional de la prueba, el académico brasileño Vítor DE PAULA RAMOS (2019) plantea una tesis que me parece es preciso tomar en consideración, de cara a una eventual reforma a nuestro diseño procesal penal, por lo que la síntesis de su propuesta que sigue fungirá a su vez como exhortación de *lege ferenda*.

El autor parte de dos sistemas de valoración probatoria posibles, a saber: el *modelo subjetivo*, en el que el juez funge como el propio estándar de corrección y lo coloca en una posición de infalibilidad, en ese sentido, la persuasión de este será el centro de la actividad probatoria (2019, p. 28-29)[182]; y el *modelo objetivo*, en donde el convencimiento del juez se ve desplazado por la noción de *aceptabilidad*, debido esta última a razones epistémicas[183], con lo que resulta perfectamente compatible que alguna cuestión que rebase el estándar de prueba fijado y, por ende se repute como probado en el proceso, pueda ser, pese a eso, falso (DE PAULA RAMOS, 2019, p. 31; FERRER BELTRÁN, 2005, p. 36).

Y es que, en efecto, reconocer la falibilidad de las decisiones fácticas es fundamental para poder siquiera intentar mejorar un sistema probatorio concreto (DE PAULA RAMOS, 2019, p. 34). A partir de asumir el modelo objetivo, DE PAULA hace un recorrido sobre el tratamiento judicial de la prueba

[182] El punto central de este modelo es, de acuerdo con el autor, el carácter involuntario o accidental de las creencias y la convicción. Cfr. FERRER BELTRÁN, 2005, p.85, quien, con cita de copiosa doctrina refiere que "[e]sto no excluye que las creencias acerca de la ocurrencia de un hecho puedan estar fundadas en elementos de juicio, pero ese fundamento es simplemente causal", no algo que se pueda decidir.

[183] Cfr. FERRER BELTRÁN, 2005, p. 96, aclara que la "aceptabilidad no se vincula con el hecho de que el juez crea que hay elementos de juicio suficientes y que esa creencia esté justificada, sino con la justificación de la creencia de que hay esos elementos de juicio, con independencia de si el juez lo cree o no".

testimonial, su relevancia práctica, su carácter de acto, los diferentes sesgos que pueden alterar el relato, las estériles formas para garantizar la veracidad de la declaración[184], la intrascendencia de la inmediación para la valoración de la prueba testimonial, entre otras cuestiones, hasta arribar al análisis desde las epistemologías del testimonio y la psicología experimental.

En el primer rubro, el autor asevera que con el testimonio jurídico se presume la existencia de confianza, salvo prueba en contrario, lo que redunda en que las personas *bajen la guardia epistémica* ante otros en quienes confian (2019, p. 83), al tiempo que afirma el necesario componente cognoscitivo que entraña la noción de mentira con respecto a quién afirme algo falso, es decir, el testimonio puede ser falso mediante mentiras o a través de errores sinceros (2019, p. 85), lo que acredita el escaso rendimiento que pueden tener los tradicionales mecanismos para extraer la verdad que pregonan los abanderados de la teoria del *storytelling*.

Por su parte, a partir del análisis de tres concepciones de la epistemología del testimonio -el presuntivismo, el no presuntivismo y el dualismo-, el autor justifica la adopción de una *versión objetiva*, centrada en el mensaje del testimonio y no en el testigo, así como la imposibilidad, con las técnicas actuales, de detectar mentiras con la seguridad y respaldo científico que requeriría un proceso judicial (2019, p. 114).

Sin embargo, pese a que desde la psicología sí se han respaldado algunos errores sinceros y los factores que pueden influir en estos[185], lo cierto es que la confianza que demuestre el declarante y su forma de exposición, como se ha visto, siguen siendo factores que influyen en la percepción de credibilidad (DE PAULA RAMOS, 2019, pp. 114–116), a pesar de que son aspectos que ninguna relación tienen con la fiabilidad de lo declarado.

Por esta razón, De Paula arriba a ciertas conclusiones que me parecen deben tomarse muy en serio, pues mantienen un sólido aval científico, a pesar de lo disruptivas que puedan ser en nuestro entorno. A continuación se refieren, a mi juicio, algunas de las recomendaciones más relevantes:

- ◊ Dada la baja fiabilidad que ostenta, por sí misma, la prueba testimonial, así como el impacto del paso del tiempo en la memoria, deben incorporarse formas para tomar el testimonio

[184] Por ejemplo, el juramento, la presencia del juez o la práctica del careo (2019, pp. 56–58).

[185] Además de la copiosa bibliografía señalada por DE PAULA (2019, pp. 116–139), vid. DIGES, 2016; DIGES & PÉREZ-MATA, 2014; MANZANERO & MUÑOZ, 2011; MAZZONI, 2010; PÉREZ-MATA & DIGES, 2017. En el caso del tratamiento de testimonios de menores de edad resulta paradigmático el "Protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolecentes en Cámara de Gesell", dictaminado mediante resolución administrativa Nº 277-2019-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú, el cuál, aunque perfectible, acoge muchos de los criterios provenientes de la psicología del testimonio a fin de evitar sesgos en el declarante que puedan distorsionar su memoria. Dicho protocolo también se aplica a "mujeres e integrantes del grupo familiar, víctimas de cualquier forma de violencia, en cuanto sea pertinente".

de manera inmediata, con técnicas correctas y desarrolladas por expertos en la materia[186].

- ◊ Debe establecerse una obligación para que las partes ni sus representantes legales tengan contacto con los testigos sin la presencia de la contraparte o sin videograbación.
- ◊ Durante la práctica de la prueba testimonial las preguntas deberán ser filtradas por un experto en psicología del testimonio[187] (o bien, si no es posible, por el juez, debidamente formado en la materia), mediante la utilización de una Cámara de Gesell[188], a fin de provocar las menores afectaciones en la memoria del testigo.
- ◊ Solamente serán admisibles las preguntas narrativas (al inicio) y preguntas abiertas.
- ◊ Debe establecerse la prohibición expresa de que los jueces funden sus decisiones en impresiones personales de los testigos.
- ◊ La evaluación individual de la prueba testimonial solamente podrá incluir criterios negativos (v.gr. capacidad de discernimiento sobre los hechos, ausencia de factores que

[186] De acuerdo con el autor, entre los problemas que justifican se tomen estas cautelas con la práctica de la prueba testimonial, hasta ahora olvidadas en nuestros diseños procesales, están: 1. El testimonio puede verse afectado por problemas de percepción (distinta a la realidad) o problemas en la narración (diversa a la percepción); 2. El derecho ha considerado, erróneamente, la dualidad mentira/verdad, cuanto lo correcto es mentira/sinceridad y falsedad/verdad; 3. El testimonio es susceptible de mentiras pero también de errores sinceros; 4. En el proceso lo único que es relevante es saber si los hechos narrados son verdaderos o falsos, no si el testigo es sincero o no; 5. En el ámbito jurídico se ha adoptado una concepción presuntivista del testimonio, cuando se debería partir de una postura no presuntivista, es decir, que requiera corroboración para alcanzar un grado alto de fiabilidad; 6. La no consideración de los errores sinceros ha provocado la desatención de los criterios provenientes de la ciencia y la psicología experimental, lo que es muy relevante, habida cuenta de la fragilidad de la memoria, los posibles errores en la percepción o en la recuperación de un recuerdo y la inexistencia de mecanismos que garanticen la veracidad del testimonio (DE PAULA RAMOS, 2019, pp. 173–174). Es preciso observar que, si bien el CPP incorpora la regulación del anticipo jurisdiccional de prueba (artículos 293 y 327), este se da de forma excepcional, en supuestos y con condiciones muy limitadas, aunado a que se incorpora una cláusula que permite su reproducción en juicio cuando sea posible (artículo 334), lo que parece resultar acorde con una concepción persuasiva de la inmediación, que ha sido ampliamente criticada.

[187] Muy clarificante resulta la referencia de MAZZONI en cuanto a las competencias de los profesionales en psicología que intervengan en la toma de declaraciones, especialmente en niños, señalando que dejar esa labor en manos de psicólogos clínicos resulta similar a encargar una pericia sobre la resistencia de un puente a un ingeniero informático, solo por el hecho de ser ingeniero (2020).

[188] DE PAULA no hace referencia expresa a la Cámara de Gesell pero la descripción del recinto que realiza coincide, en líneas generales, con ésta.

dificulten la percepción o distorsionen la memoria, etc.) y, en caso de que no se den estos, se requerirá necesariamente corroboración por otros medios probatorios.

5. Conclusiones

A lo largo de este breve ensayo se ha pretendido buscar alguna fórmula de coexistencia de dos posturas que suelen observarse como antagónicas. No se quiere con ello desatender el hecho evidente de que en los procesos penales cada una de las partes intenta narrar una historia que no necesariamente coincide con la búsqueda de la verdad; pensar lo contrario sería muestra de tremenda ingenuidad.

Tampoco se inobserva que la narración de una buena historia y un alegato emotivo, que pueden valerse de ciertas técnicas a la hora de abordar los testigos, incidan *realmente* en la resolución que tomen los jueces, con independencia de la verdad de los enunciados, más aún cuando, según considero, el sistema de valoración de prueba de sana crítica racional se ha visto pervertido de cierta manera, con la integración, si se quiere de *facto*, de rasgos de un sistema de íntima convicción[189].

No obstante, en un sistema que funciona, al menos formalmente, bajo los preceptos de la teoría racional de la prueba, es preciso poner énfasis en los aspectos epistémicos que se produzcan en el seno del proceso, por sobre la superficialidad y la teatralidad que también se apareja al ámbito judicial. En el momento en que renunciemos a esa pretensión, la estructura misma de un sistema penal liberal se verá sensiblemente sacudida.

Como se ha podido ver, desde la teoría del *storytelling* pueden rescatarse algunos recursos con virtualidad epistémica, frecuentemente olvidados en nuestro entorno y que, aunque mantienen cierta tendencia a la persuasión, deben ser leídos como instrumentos para buscar la verdad, aunque accidentalmente puedan persuadir, y nunca a la inversa.

Finalmente, aferrarse a modelos procesales anquilosados que, conforme con los vertiginosos avances de la ciencia, han mostrado sus limitaciones y peligros, resulta en una empresa suicida, si se pretende mantener cauces procesales respetuosos de los principios informadores de un Estado de Derecho. Por ello, aunque quizá medianamente subversiva, la propuesta de Vitor DE PAULA resulta acorde con la pretensión antedicha y, desde esa perspectiva, tendría que ser evaluada con la seriedad que merece, aunque ello conmueva las bases de nuestro *statu quo*.

6. Bibliografía

Cruz Castro, F. (1994). Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica. *Revista de Ciencias Penales de La*

[189] Por ejemplo, con la integración de (seudo) estándares probatorios mediante la utilización de categorías subjetivas, como la certeza de la decisión, equiparable al beyond any reasonable doubt anglosajón.

Universidad de Costa Rica, *5*(8), 40–50.

De Paula Ramos, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Madrid: Marcial Pons.

Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid: Editorial Trotta.

Diges, M., & Pérez-Mata, N. (2014). La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. In *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento. Un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*. Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª edición). Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2017). *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias*. (33), 107–126. https://doi.org/10.4000/revus.4016

Ferrer Beltrán, J. (2019). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: Inmediación e inferencias probatorias. *Revista El Foro*, (18), 9–32.

Ibáñez, P. A. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.

Ibáñez, P. A. (2018). Garantismo y garantías procesales. *Máster En Razonamiento Probatorio*. Universitat de Girona.

Llobet, J. (2003). *Proceso penal comentado (Código procesal penal comentado)*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Llobet Rodríguez, J. (2017). *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal comentado)*. Editorial Jurídica Continental.

Manzanero, A., & Muñoz, J. M. (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: reflexiones psico-legales*. (January 2015), 1–13. https://doi.org/10.13140/2.1.3978.2729

Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (J. M. Revuelta, trans.). Madrid: Editorial Trotta.

Mazzoni, G. (2020). Testimonianza, incidente probatorio e invalità della prova. *Conferencia*. Retrieved from https://www.youtube.com/watch?v=7Oh3Scjt07g&feature=youtu.be&fbclid=IwAR0MRN5G8k537fg0Kwcb45QB4JxhdPUwL86YBjDrCMDc57GZQk3__dT3zCo

Mora Sánchez, J. J. (2019). Fiabilidad de la prueba testimonial, los reconocimientos oculares y los peritajes de credibilidad. In *Memorias IX Congreso Internacional de Derecho Procesal* (pp. 535–582). San José: Editorial Jurídica Faro.

Moreno Holman, L. (2012). *Teoría del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez-Mata, N., & Diges, M. (2017). *La prueba testimonial*. México: Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C.

Quirós, J. (2006). *Manual de oralidad para jueces y juezas durante las fases previas al debate*. San José: CONAMAJ.

Reyna, L. M. (2018). *Persuasión y storytelling aplicada a la defensa penal*. México: Editorial CEJI.

Rua, G. (2014). *Contraexamen de testigos*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Rua, G. (2015). *Examen directo de testigos*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Ruiz Jiménez, K. (2019). Storytelling para abogados. In *Memorias IX Congreso Internacional de Derecho Procesal* (pp. 39–60). San José: Editorial Jurídica Faro.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad* (D. Accatino Scagliotti, trans.). Madrid: Marcial Pons.

EL INTERROGATORIO EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Erick Gatgens Gómez

A. Aspectos generales sobre el interrogatorio y el contrainterrogatorio en el proceso penal costarricense

En términos generales, el concepto "interrogatorio" es definido por la Real Academia Española como *"Serie de preguntas, comúnmente formuladas por escrito / Acto de dirigir una serie de preguntas a quien las ha de contestar"*[190]. Mientras tanto, el contrainterrogatorio hace referencia al *"procedimiento que consiste en volver a interrogar a los testigos, a fin de confrontar su credibilidad"*[191].

Tal y como puede observarse, el común denominador entre ambos términos consiste precisamente en un sujeto principal, el cual se denomina "testigo" y juega un papel fundamental para la búsqueda de la "verdad" en el proceso penal, sea cual sea el concepto de "verdad" que se tenga al respecto.

La doctrina precisa al testigo como aquélla persona que *"(...) sin ser imputado, expresa el conocimiento que tiene con respecto a los hechos sobre los que gira el proceso, conocimiento adquirido por cualquiera de sus sentidos".*[192] Sobre este sujeto en particular, se enfoca el interrogatorio y el contrainterrogatorio o contraexamen -como también se le conoce-, tal y como se desarrollará en los párrafos siguientes.

El Código Procesal Penal costarricense (en adelante CPP) contiene una serie de reglas al respecto:

En primer lugar, los interrogatorios que se lleven a cabo ante los tribunales penales, inician con el apercibimiento a los testigos acerca de los derechos y obligaciones que les asisten, y, especialmente, se debe agregar un énfasis en los deberes en el testimonio y las sanciones a imponer en caso de incumplimiento.

> ***Artículo 211. Forma de la declaración***
> *Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades por su incumplimiento, prestará juramento*[193] *y será interrogado sobre su*

---

[190] Consultar en https://dle.rae.es/interrogatorio

[191] Consultar en https://dpej.rae.es/lema/contrainterrogatorio

[192] Llobet Rodríguez, Javier, Proceso Penal Comentado, 6ª. Edición, San José, Editorial Continental, 2017, pág. 349.

[193] El artículo 134 del Código Procesal Penal dispone: "Cuando se requiera la prestación del juramento, se recibirá por las creencias de quien jura, después de instruirlo sobre las penas con que la ley reprime el falso testimonio. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte. Si el deponente se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias del párrafo anterior."

> *nombre, apellido, estado civil, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes,* ***y sobre cualquier otra circunstancia útil para apreciar su veracidad****…" (Nota: negrita suplida).*

El mismo cuerpo normativo agrega, en el primer párrafo del numeral 352, lo siguiente:

> "*Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración,* ***quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo*** *(...)".* (Nota: negrita suplida).

La norma citada contiene una diferencia importante que, en la práctica es comúnmente ignorada. En relación con el declaración del testigo o del perito, la doctrina distingue entre el **informe (también conocido como narración o relato) y el interrogatorio**. Se requiere de ambos para una buena declaración. Se estima que el informe o el relato espontáneo que hace el testigo o el perito sobre el hecho propuesto como objeto de prueba, constituye el medio de conocimiento central para la determinación de los hechos. El informe consiste en que la persona que da la declaración narre en un relato libre lo que experimentó o conoce sobre el *thema probandum*. El informe se introduce normalmente, con la pregunta de filtro; si ello no fuera posible, mediante preguntas abiertas, a las que haremos referencia más adelante. Por su parte, el interrogatorio debe aportar los detalles de contenido que se echen de menos y sirve para cerrar los vacíos. Debe tomarse en cuenta finalmente que, el interrogatorio contiene más fantasía, por lo que pese a que el informe puede contener más huecos o vacíos tiene menos de fantasía[194]

Un elemento esencial para asegurar la no contaminación de un interrogatorio, es la prohibición expresa de que los testigos, previo a su declaración, se comuniquen entre sí o que se impongan sobre lo que está sucediendo en la audiencia, tal y como lo señala el artículo 351 del CPP. Esta circunstancia debe ser prevista y garantizada por el Tribunal, sin embargo, de incumplirse la misma, ello no impedirá recibir al testigo, pero ello deberá ser valorado por el Tribunal al momento de ponderar esa prueba.

La jurisprudencia nacional ha señalado que, el incumplimiento de las formalidades en la recepción de los testimonios no necesariamente acarrea su

[194] Así: Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H.Beck, p. 221; quienes además citan a Bingham quien descubrió que **los errores se quintuplican cuando se inicia con el interrogatorio y se omite el informe**; p.p. 221-227; Dahs, Hans (1972). Taschenbuch des Strafverteidigers. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, p. 148.

nulidad o eficacia probatoria, a saber; en ausencia de juramentación o declaración sin estar incomunicado.

> *(...) Continuando con esta misma vertiente de pensamientos debe manifestarse, guardando siempre relación con el tratamiento de la prueba testimonial, que* ***el incumplimiento de algunas otras formalidades en su recepción, expresamente se ha señalado que no acarrea la declaratoria de su ilegalidad.*** *(...) Puede apreciarse con claridad que en estos supuestos en que no se ha logrado aislar a un testigo determinado de lo que se ha producido en el debate, no se ha descalificado automáticamente su declaración, por el contrario, se ha afirmado que en estos casos, el órgano jurisdiccional debe incluir esta irregularidad a la hora de ponderar este relato. En pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha desarrollado esta idea al establecerse: "6- En segundo lugar,* ***de conformidad con el art. 351 del Código Procesal Penal la declaración de un testigo que no ha estado incomunicado no afecta su recepción en el juicio, aunque el tribunal debe valorar esa circunstancia" (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia número 01157-2003 de las 10:25:00 del 19 de diciembre de 2003).*** *Jurisprudencialmente esta posición ha sido desarrollada en múltiples oportunidades, una de ellas se presenta cuando una persona ha presenciado parcialmente el juicio y luego es llamada para rendir declaración, reconociendo que, con las advertencias indicadas, su narración no resulta ilegítima (...) El enfoque del punto específico de impugnación, a saber,* ***el reclamo por ausencia de juramentación de un testigo como causal de ilegitimidad de su declaración igualmente ha sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial, manteniéndose la misma corriente de pensamiento contemplada en las anteriores resoluciones*** *(...)"*[195] (El resaltado no es del original)

Ahora bien, ya realizadas las advertencias y apercibimientos, el testigo será interrogado en la forma y orden contemplados por el Código Procesal Penal.

> ***Artículo 135. Interrogatorio.***
> *Las personas que sean interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas ni documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello, en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.* ***En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y después, si es necesario, se le interrogará****. Las preguntas que se le*

[195] Sentencia No. 317-2012 de las 11:00 horas del 02 de mayo de 2011, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sección Segunda). En el mismo sentido: Sentencia No. 872-2012 de las 17:00 horas del 07 de mayo de 2012 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas. (Nota: negrita suplida).

Del numeral transcrito anteriormente es posible señalar, lo siguiente:

Una vez identificado y juramentado el testigo, el Tribunal le solicitará que manifieste todo aquéllo que conoce sobre el objeto del proceso – **a lo que antes definimos como informe, narración o relato -** y no es sino hasta después de este momento procesal, por lo menos según el tenor de lo establecido en la norma citada que, inicia el interrogatorio y contrainterrogatorio por las partes. No obstante, en la práctica forense se ha impuesto la costumbre de que una vez que el testigo ha sido identificado y juramentado, el Tribunal le concede la palabra a la parte que ofreció al testigo para que inicie con su interrogatorio, restándole importancia comúnmente al informe o narración que, como vimos supra, constituye una parte esencial de la declaración del testigo.

Como segundo punto, se encuentra la prohibición para que el testigo consulte notas o documentos. La razón de dicha prohibición radica en evitar la manipulación del testigo, ya que éste podría declarar sobre hechos que no le constan pero los consulta en la documentación. Ahora bien, en aquéllos supuestos en los que resulte necesario el reconocimiento de documentos, la parte interesada deberá realizar la gestión oportunamente para mostrar el documento al testigo.

> *"(...) En otras palabras, salvo que existan condiciones particulares del deponente o que la complejidad de los hechos requiera de algún apoyo para el testigo, la utilización de documentos para recibir una declaración, se encuentra expresamente prohibida en nuestro sistema procesal penal. (...)"*[196].

Esta prohibición tiene una excepción, y es precisamente, en cuanto a los peritos. Estos sujetos procesales diferentes al testigo que, en la mayoría de los casos requieren consultar datos muy exactos, sea de sus informes o de referencias bibliográficas que apoyan sus conclusiones respecto al tema interrogado.

En torno a las **proposiciones fácticas** afirmadas[197], también se deben identificar las evidencias relevantes a utilizar durante la ejecución del

[196] Sentencia No. 80-2002 de las 10:13 horas del 07 de febrero de 2020 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (Sección Primera).

[197] Por **proposiciones fácticas** entendemos, siguiendo a Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p. 23: "…aquella afirmación de hecho que satisface un elemento legal. Es decir, una proposición fáctica es un elemento reformulado en un lenguaje frente al cual un testigo puede declarar." Asimismo, sobre el particular, señala Moreno, Holman, Leonardo, (2014), "Teoría del caso (primera edición)", Argentina: Didot, p. 90, que las proposiciones fácticas son: "… afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a través del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica. Las proposiciones fácticas son

interrogatorio. Tal y como fue expuesto supra, el testigo no debe comparecer a rendir declaración apoyándose en documentos, salvo ciertas excepciones, pero ello no obsta a mostrar documentos que pretendan someterse a reconocimiento por determinados testigos durante el interrogatorio o contraexamen.

En cuanto al interrogatorio, será llevado a cabo por la parte proponente del testigo o perito y estarán totalmente prohibidas las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Por otro lado, el contraexamen será realizado por la parte que no ofreció dicho testigo.

Respecto a los principios procesales que rigen el interrogatorio, la jurisprudencia nacional ha hecho hincapié en lo siguiente:

> *"Así, el artículo 352 del Código Procesal Penal que regula el interrogatorio de los testigos en fase de juicio, dispone, en el párrafo cuarto: "Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo", por lo que no corresponde que los miembros del Tribunal se mantengan en silencio, por el contrario, pueden interrogar. Evidentemente, no se trata de una facultad irrestricta, sino que debe ser ejercida en concordancia con los principios procesales, entre ellos el de imparcialidad, además, no pueden hacerse preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y las partes puede objetar cualquier interrogante que se haga.* ***Para valorar el respeto de los principios procesales en esta fase, en la que las personas juzgadoras plantean cuestionamientos a las declarantes, no es correcto utilizar un criterio cuantitativo, como el que propone el recurrente al reprochar que uno de los cojueces de juicio hizo "decenas" de preguntas, pues con una sola pregunta podría vulnerarse algún principio o con muchas preguntas podría no existir violación alguna****, quedando además al arbitrio de quien valora, cuántas podrían ser consideradas "muchas preguntas". Por ello, lo que corresponde es determinar, en cada proceso, si algún cuestionamiento fue violatorio de algún derecho, de forma que produzca la nulidad del fallo (...)"*[198] (El resaltado no es del original).

Por último, el artículo 352 citado establece en su párrafo final: "*Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento*." Esto es lo que en doctrina se conoce como "**la razón del dicho**", y hace referencia a que el testigo y el perito deben indicar la forma o modo como obtuvieron conocimiento de los hechos o circunstancias sobre los cuales

concretas, no abstractas, tienen que guardar relación con el relato de los hechos, la teoría jurídica y deben ser posibles de reproducción por una fuente de prueba en el curso del juicio; si ello no es posible, carecen de todo valor." Sobre las proposiciones fácticas, su relevancia y utilidad en el contexto de la teoría del caso cf. Gatgens, Erick (2015), "Teoría del caso: método, argumentación y estrategia en el proceso penal acusatorio", en: Memoria del primer congreso panameño de derecho procesal penal acusatorio, Panamá: Editorial Portobelo, p.p. 261-290.

[198] Sentencia No. 130-2019 de las 11:17 horas del 09 de abril de 2019 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (Sección Segunda).

versará su declaración, es decir, la fuente de su conocimiento, aspecto que debe incluir, por ejemplo, si el conocimiento lo obtuvo de manera directa, de oídas, etc.

B. Tipos de interrogatorio

Es un grave error en materia de litigio, sostener que los interrogatorios, sólo deben versar sobre el *thema probandum,* por cuanto, normalmente resulta conveniente y hasta necesario obtener otros datos, no sólo para indagar lo ocurrido sino también para valorar la credibilidad y veracidad del testigo y de su testimonio.[199]

> *(...) Sin embargo, las reglas de la sana crítica imponen a las partes la necesidad de explorar sobre las motivaciones del testigo, la naturaleza de su percepción, las condiciones que la rodearon, incluso el estado actual del deponente cuando declara, todo que permita bastantear la credibilidad que les merece y extraer lo que se conoce como "la razón de su dicho". (...)*[200]

Todos los sujetos del proceso, atendiendo al principio de comunidad de la prueba, tienen la posibilidad de plantear preguntas de conformidad con el orden establecido por el mismo Tribunal pero siempre procurando que la Defensa de la parte imputada sea quien interrogue de último, salvo cuando se trate de testigos ofrecidos por esa parte.

Así las cosas, puede señalarse que, en términos generales, puede hacerse una clasificación general de diferentes tipos de interrogatorios, a saber: interrogatorio central o sobre el tema central; interrogatorio periférico, que puede versar sobre un tema común o particular e interrogatorio por parte del tribunal.

El interrogatorio central, versa precisamente sobre el hecho histórico -*thema probandum*-; mientras que, el interrogatorio periférico se enfoca en temas accesorios que permitan acreditar o desacreditar los medios de prueba.

> *(i) «… Todo acontecimiento de la vida tiene un tema central y un tema periférico, uno es el principal y el otro es el que rodea la situación. Así p.e., en un caso de homicidio el tema central es la muerte de la víctima a manos de su ofensor, que la cortó en el cuerpo con un cuchillo en lugar y hora determinados; pero el tema periférico puede referir la ropa del agresor, la concurrencia de cuántos y cuáles testigos, la causa de su presencia y cómo llegó cada uno allí, etc. En términos generales la congruencia de los relatos en lo central y en lo periférico, da crédito a los declarantes individualmente considerados y permite reconstruir la especie bajo investigación judicial; pero en particular,* ***la coherencia en el tema central permite establecer el hecho histórico, en tanto la consistencia en los aspectos***

[199] Sobre la diferencia entre la credibilidad y la veracidad cf. Gatgens, Erick (2010), "Sobre la credibilidad y veracidad del testimonio", en: Libro Homenaje al Doctor Enrique Castillo (Primera Edición), Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p.p. 619-628.

[200] Sentencia No. 1370-2004 de las 08:55 horas del 26 de noviembre de 2004 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

> ***periféricos prueba la confiabilidad del testigo***. *Esto último con alguna dificultad, porque el tema periférico puede ser común a todos los declarantes, particular de cada uno o combinado. El examen del testigo supone un interrogatorio central (sobre el tema central) y un interrogatorio periférico (acerca del tema periférico común o particular), con la finalidad de establecer la credibilidad del declarante y a partir de allí obtener elementos probatorios para determinar el hecho investigado. Por ello constituye un vicio de algunos tribunales, impedir a las partes el interrogatorio periférico y limitar sus preguntas al tema central; con esa forma de actuar se omite el examen sobre la confiabilidad del testigo…»*
> *Este criterio se reiteró, y con ello se convirtió en jurisprudencia, al resolverse en materia penal juvenil mediante la sentencia N° 2000-770, de 06/10/2.000 (ponente: JUEZ DALL'ANESE). Esto es, en la técnica del interrogatorio el objeto de examen es doble: sobre el tema central que tiende a acreditar el hecho histórico (delito, causa de justificación, exculpante, etc.), y sobre el tema periférico para establecer la credibilidad del testigo. De este modo, la descalificación pretendida por la recurrente, al llamar secundario e intrascendente al interrogatorio periférico practicado por la defensa, está fuera de lugar. (...)*[201] (El resaltado no es del original).

Así las cosas, el interrogatorio central busca probar el hecho histórico, mientras que el periférico, establecer la credibilidad de quién declara y la veracidad de su testimonio y, a partir de esto, obtener los elementos probatorios para determinar el hecho o *thema probandum.*

Asimismo, tal y como pudo apreciarse, el numeral 351 del cuerpo normativo citado, permite -como excepción- que el Tribunal formule preguntas posterior a la intervención de las partes y respetando las mismas reglas de interrogatorio. Dichas preguntas se aconseja que sean excepcionales y, en principio, solamente respecto de temas periféricos que requieran ser esclarecidos. Lo anterior es así ya que, el interrogatorio del Tribunal debe ser de carácter residual y, por tanto, debe hacerse con estricto apego a los principios de imparcialidad y objetividad, so pena de convertirse en un Tribunal inquisidor. Por este motivo, la parte litigante podría objetar una o varias preguntas realizadas por los jueces.

> *(...) De modo que* ***es inaceptable que los jueces pregunten antes de que lo hagan las partes, y mucho más que agoten las posibles preguntas, pues esa es función encomendada a los abogados de la acusación y la defensa, y la acción civil si la hubiere. Además, conforme a la lealtad y la imparcialidad, cuando el Tribunal pregunta debe sujetarse a las mismas restricciones que se imponen a las partes: Esto significa que una pregunta del Tribunal debe ser útil y pertinente. De modo que una pregunta incorrectamente***

[201] Sentencia No. 722-2003 de las 14:45 horas del 24 de julio de 2003, Tribunal de Casación Penal de San José.

> ***formulada (por ejemplo: sugestiva, capciosa, reiterativa, argumentativa o impertinente), pueden ser combatidas por la parte afectada ante quien preside y en caso de no prosperar ante el Tribunal en pleno.*** *Entonces, debe quedar claro que las preguntas que formula el Tribunal deben ser excepcionales (limitadas a esclarecer aspectos medulares para determinar la verdad real de los hechos), y pueden ser controladas por las partes mediante la técnica de objeciones o bien a través de un recurso de revocatoria, tanto en la dirección del debate, como en la motivación de la sentencia, no puede sustentarse la idea de que el juez es soberano, porque en realidad está sometido a una serie de controles acerca de la legalidad de su actuar.*[202] (El resaltado es propio)

C. Técnicas para realizar el interrogatorio

Todo interrogatorio ha de llevar una planificación pormenorizada de su estructura, que lo relacione con la teoría del caso sostenida por el litigante o el sujeto procesal que se trate. Por esa razón, la estructura del interrogatorio, el tipo de preguntas que se harán, o incluso el orden en que deberán comparecer los testigos no debe ser algo dejado al azar, sino que debe ser producto de una decisión estratégica. En otro orden de ideas, el interrogatorio es un arte, que supone la obtención de conocimietos teóricos sobre la técnica, pero también resulta fundamental la práctica que se vaya desarrollando con el paso del tiempo. Un buen interrogatorio debe siempre ser precedido por una buena preparación, en donde deben considerarse dos facetas: la faceta del interrogado y la faceta del interrogador.

La finalidad del interrogatorio es dar sustento a las proposiciones fácticas afirmadas por el respectivo sujeto procesal.

Dentro de la planificación del interrogatorio, también ha de establecerse, como lo indicamos al inicio de este apartado, el orden del interrogatorio. En el caso del interrogatorio lo recomendable es preguntar cronológicamente sobre los hechos, aunque también podría ser recomendable utilizar otras técnicas[203]; mientras que el contraexamen no consiste en que el testigo narre una historia, sino en refutar la versión suministrada, por lo que las preguntas tienden a estar ordenadas por temas, así es posible dar énfasis a los aspectos que se busca aclarar o refutar.

---

[202] Sentencia No. 850-2003 de las 11:55 horas del 16 de setiembre de 2003, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

[203] Sobre el particular cf. Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p. 76 ss.; Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H.Beck, p. 201.

En relación con el interrogatorio se menciona como técnica el "estrechamiento progresivo", es decir, ir de lo más vasto a lo más concreto[204]; asimismo, no siempre es conveniente formular la "pregunta central o decisiva" desde el puro inicio, por lo que se recomienda comenzar primero con preguntas aparentemente relacionadas con aspectos incidentales o accesorios con el fin de "tantear" el conocimiento del testigo y, en el momento indicado, preguntar los temas importantes.[205]

En el contraexamen, se deberá buscar la desacreditación del testigo y de su testimonio. El testigo se desacredita al generar duda de la veracidad de lo declarado por éste, mientras el testimonio se desacredita por aspectos internos del testimonio, que podrían alterar su percepción de los hechos controvertidos u otros aspectos externos, como podrían serlo las condiciones climáticas, por ejemplo.

El contraexamen también busca desacreditar prueba documental sobre la cual se sustenta la contraparte para sostener su teoría del caso, de ahí que también sea posible que los litigantes le presenten documentos a los testigos para su respectivo reconocimiento.

En este punto, resulta evidente que el interrogatorio en sentido amplio constituye una gran parte del contradictorio y podríamos incluso decir que, la más relevante y decisivia, por lo que las partes también asumirán posiciones contrarias; mientras una parte formula sus preguntas, la otra deberá prestar atención en caso que deba oponerse a las mismas; acto que se conoce en la práctica como "*objeción"*.

Las objeciones pueden darse con respecto a las pruebas o con respecto a los tipos de preguntas, por ejemplo, cuando las mismas son impertinentes, sugestivas o capciosas.

> *"…el mecanismo de las objeciones es la forma que tienen las partes en juicio de manifestar su disconformidad con cualquier actividad de la contraparte que pueda afectar sus derechos o poner en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral."*[206]

Para que las objeciones sean efectivas, deben ser oportunas, específicas y correctamente fundamentadas ante el Tribunal. Se permite el uso de la objeción continua, referida como aquella en donde lo objetado sigue

---

[204] Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H.Beck, p. 232.

[205] Dahs, Hans (1972). Taschenbuch des Strafverteidigers. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, p. 152.

[206] Baytelman A., Andrés y Duce J. Mauricio (2007). Litigación penal, Juicio Oral y Prueba. Colombia: Editorial Ibañez, p. 124.

ocurriendo, motivo por el cual se deja en evidencia que se objeta *"(...) toda la línea del interrogatorio similar a la ya objetada (...)"*[207]

D. Tipos de preguntas

Lo primero que debemos cuestionarnos en este apartado es ¿cuáles son las cualidades de una buena pregunta? Sobre el particular se señala que una buena pregunta debe: ser entendida por todos los sujetos procesales; toca un solo punto del objeto procesal; persigue un determinado objetivo; exige una determinada respuesta; y evita consejos y ambigüedades.[208]

Los distintos tipos de preguntas se distinguen entre sí, sobre todo, mediante el grado de intensidad de su influencia sobre el testigo. Por ello, en términos generales, es recomendable utilizarlas en el interrogatorio en la secuencia que aquí se expone, sin embargo, pueden darse excepciones en las cuales sea aconsejable seguir otro orden.

En un primer momento, se tienen las **preguntas filtro**. Estas sirven a la búsqueda de la causa sobre la cual se fundamenta el conocimiento del testigo: ¿Tuvo el testigo percepciones propias o solo escuchó al respecto?; ¿Cuánto tiempo estuvo ahí? O ¿A qué distancia observó? En estas preguntas, se busca fundamentalmente, medir la aptitud declaratoria del testigo.

Posteriormente, el propio interrogatorio comienza regularmente con **preguntas abiertas**. Ellas no contienen, sobre todo cuando son cortas, ningún contenido predeterminado ni sugestión. El testigo puede libremente decidir sobre la forma y el contenido de su respuesta.[209]

> *"Las preguntas narrativas … imponen poca estructura a las respuestas, e invitan a los testigos a describir con sus propias palabras los hechos. Tanto las preguntas narrativas como las preguntas abiertas permiten que los testigos respondan con sus propias palabras. La principal diferencia entre ellas es que una pregunta narrativa en su forma típica pide al testigo que describa una serie de hechos que se desarollaron en el curso del tiempo, y*

[207] Quiñones Vargas, Héctor (2003), "Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño (Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa)", El Salvador, p. 181.

[208] Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H. Beck, p. 232. Vid. asimismo: Dahs, Hans (1972). Taschenbuch des Strafverteidigers. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, p. 183.

[209] Sobre ambos tipos de preguntas vid. Rua, Gonzalo S. (2015), Examen directo de testigos. Argentina: Didot, p 87; Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H. Beck, p. 232, Dahs, Hans (1972). Taschenbuch des Strafverteidigers. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, p. 238; Oronich Segura, Andrés (1998). El imputado y el testigo ante el juez. Psicología del Interrogatorio. Barcelona: Cedecs Editorial s.l.

> *en cambio una pregunta abierta generalmente limita al testigo a la descripción de un solo hecho … Las preguntas narrativas a menudo elevan la credibilidad del testigo, porque …están en libertad de describir los hechos con sus propias palabras … Las preguntas abiertas son esencialmente preguntas narrativas cuyo alcance en cierto modo está limitado. Una limitación típica tiene carácter temporal; la pregunta abierta generalmente pide al testigo que describa un solo hecho, más que una serie de hechos. Asimismo, mientras las preguntas narrativas pueden adoptar un fraseo amplio ("Por favor, describa lo que sucedió"), las preguntas abiertas suelen llamar la atención del testigo sobre el hecho específico que uno desea que aquél describa."*[210]

Además, para formular las preguntas abiertas se usan las así denominadas por la doctrina alemana "W-Fragen" o "Preguntas-W". Se caracterizan por empezar con una "W": wer (quién), was (qué), wie (cómo), wo (dónde), wann (cuándo), etc. Dentro de las preguntas abiertas se encuentran las siguientes modalidades: a) la pregunta vacía, por ejemplo: "¿Qué sucedió luego?". Con ella se pretenden impulsar los procesos de recuerdo de la persona que está siendo interrogada; b) la pregunta estímulo, mediante la cual se trae a colación una palabra clave, con el fin de posibilitar la continuación del interrogatorio ;c) la pregunta de elección (Multiple-Choice-Frage), en las cuales se le brinda la posibilidad al testigo de elegir entre dos o máximo tres posibles respuestas además de una alternativa adicional abierta, por ejemplo, ¿Quién tuvo la idea de irrumpir, Usted, el señor X, o quién?[211]

En contraposición a los dos tipos de preguntas descritas, se encuentran las **preguntas cerradas** *"(...) direccionadas a la búsqueda de determinadas proposiciones fácticas (...) pero que no llegan a sugerir la respuesta al testigo (...)"*[212]. Las preguntas sugestivas son prohibidas en el interrogatorio.

Dentro de las preguntas cerradas, podemos encontrar las siguientes variedades: **a. Pregunta alternativa.** En este caso se le dan al testigo únicamente dos posibilidades de respuesta. **b. Pregunta Si/No.** Se trata de una variante de la pregunta alternativa. Son las preguntas más cerradas, pues ellas sólo permiten dos respuestas extremadamente cortas. **c. Pregunta sugestiva. d. Pregunta de suposición.** Por ejemplo, ¿traía el abrigo abierto o cerrado?, donde la pregunta presupone que la persona vestía con un abrigo. **e. Pregunta de**

---

[210] Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p.p. 81, 82, 88.

[211] Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H. Beck, p. 232

[212] Rua, Gonzalo S. (2015), Examen directo de testigos, Argentina: Didot, p. 92. Sobre las preguntas cerradas afirma Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p. 90, que estas son importantes para un interrogatorio directo persuasivo ya que una pregunta de esta naturaleza puede atraer la atención del testigo sobre determinado detalle que uno quiere obtener.

imposibilidad. En este caso, mediante esta pregunta se "simula" que uno estima la descripción de un hecho como algo imposible con el fin de provocar protesta. **f. Pregunta de sondeo.** Con esta pregunta se pretende eliminar vaguedades o confusiones en la declaración del testigo o aclarar aparentes contradicciones.[213]

Por su parte, la finalidad del contraexamen es *"(...) refutar en todo o en parte el testimonio entregado en el examen directo. (...)"*[214] por lo que, a la vez que se procura dicho fin, también se debe evitar, que el testigo no aclare sobre temas ya declarados que podrían perjudicar la teoría del caso propuesta por quién en ese momento realiza el contrainterrogatorio, de manera que, por lo general, las preguntas narrativas o abiertas tienden a ser contraproducentes.

> *(…) parte de la doctrina sostiene enfáticamente que nunca deben emplearse preguntas abiertas en el contraexamen. La razón de ello obedece a que, cuando formulamos una pregunta abierta, perdemos el dominio y el control del testigo, por lo que este podrá contestar sobre planos que no queríamos ingresar y podría también profundizar algunos puntos del examen directo al que preferiríamos no regresar.*[215]

Algunas de las metas que se preteden conseguir mediante el contrainterrogatorio, son las siguientes: i) atacar la credibilidad personal de un testigo, por ejemplo, mediante un testimonio que sugiere que el testigo es una persona prejuiciosa, tiene cierto interés financiero en el resultado, o ha sido condenado por otro delito; ii) atacar la credibilidad de partes de la historia del testigo; iii) obtener un testimonio que apoya nuestras proposiciones fácticas; iv) obtener el testimonio de un testigo contrario que entra en conflicto con la declaración aportada por otro testigo contrario; v) obtener el testimonio fundacional de la evidencia.[216]

A diferencia del interrogatorio, en el contrainterrogatorio lo recomendable es abordar al testigo por temas, ya que se desea aclarar "puntos" específicos.[217]

En algunas pocas ocasiones, las preguntas abiertas en el caso del contrainterrogatorio podrían ser deseables o necesarias.[218]

Por otro lado, en el contrainterrogatorio se recurre a una variedad de preguntas, siendo algunas de ellas las sugestivas, en las cuales se afirman

---

[213] Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H. Beck, p. 240 ss.

[214] Benavente Chorres, Hesbert (2017), Litigación, Argumentación y Teoría del Caso (Primera Edición). Argentina: ARA Editores E.I.R.L. y Ediciones Olejnik.

[215] Rua, Gonzalo S. (2014), Contraexamen de testigos (Primera Edición), Argentina: Didot, p. 92.

[216] Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p.p. 133-134.

[217] Así: Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p. 138.

[218] Así: Bergman, Paul (1995), "La defensa en juicio", Argentina: Abeledo-Perrot, p. 143.

hechos para que el sujeto interrogado los corrobore. Pese a que anteriormente indicamos que las preguntas sugestivas están prohíbidas, es común su utilización en el ámbito forense. Entre ellas se tienen:

1. Las *preguntas sugestivas introductorias*, las cuales suelen versar sobre hechos no controvertidos, pero se admiten como preliminares a fin de seguir el hilo pretendido por el interrogador.[219]
2. Las *preguntas sugestivas de transición*, utilizadas para cambiar el tema del interrogatorio o contraexamen.[220]
3. Las *preguntas sugestivas por la negativa*, en donde la afirmación presentada en la pregunta perjudica a la parte que realiza la pregunta, y lo que se busca es obtener una respuesta para negar la información.[221]
4. Las *preguntas sugestivas secuenciales*, que van de lo más general a lo específico, pero debe guardarse el cuidado de no convertir en predecible el interrogatorio, para que el testigo no anticipe la pregunta y por ende, la respuesta que dará también.[222]

Las dos primeras, son aceptadas como excepción en el interrogatorio. La tercera, puesto que no deja de ser una pregunta sugestiva y, aunque puede ser utilizada en el contraexamen, resulta controvertida en el interrogatorio propiamente. Finalmente, la cuarta clasificación se encuentra principalmente reservada al contrainterrogatorio.

Aunado a ello, tanto en el interrogatorio como en el contraexamen se prohíben las preguntas capciosas, impertinentes o inútiles. Las preguntas capciosas son *"(...) aquellas que debido a la forma de su estructura interrogativa inducen a error o buscan engañar al examinado, es por ello que están prohibidas en todas las etapas del interrogatorio. (…) La prohibición de realizar preguntas capciosas es absoluta en cualquier actuación y etapa procesal."*[223]

También, por confusas, están prohibidas las preguntas compuestas, que son aquellas que, debiendo realizarse en dos o más interrogantes, se realizan en una sola pregunta.

E. Aspectos prácticos sobre el interrogatorio y el contrainterrogatorio en el proceso penal costarricense

Un elemento fundamental consiste en la preparación del interrogatorio y el contrainterrogatorio. Como parte esencial de esa preparación se deben mencionar el estudio completo y exhaustivo del expediente, así como el análisis de todos sus detalles.[224]

---

[219] Rua, Gonzalo S. (2015), Examen directo de testigos, Argentina: Didot, p. 98.

[220] Ibíd., p. 99.

[221] Ibíd, p. 105.

[222] Rua, Gonzalo S. (2014), Contraexamen de testigos (Primera Edición), Argentina: Didot, p. 84.

[223] Quiroz Salazar, William Fernando (2013), El Interrogatorio Cruzado (en el modelo procesal acusatorio). Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, p. 227.

[224] Sobre el particular vid. Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a.

En relación con la persona que interroga, se señalan ocho reglas: 1. La búsqueda de contacto con el testigo o perito. El que interroga debe también estar activo y debe poner atención a cómo realiza el interrogatorio; debe también adaptarse al testigo o al perito, por ejemplo, a su cultura, educación, etc. 2. Cordialidad. Ser considerado resulta un aspecto importante a tomar en cuenta. 3. Tener y mostrar interés. 4. Elogio. Cuando la oportunidad lo permita, se recomienda reconocer expresamente el comportamiento de la persona que brinda la información. 5. Apertura. 6. Paciencia. 7. Inteligibilidad. Esto implica usar frases cortas, evitar en lo posible el lenguaje jurídico; usar palabras que no sean complejas, que sean claras; evitar usar conceptos abstractos. 8. Capacidad. La capacidad técnica del abogado y su personalidad ayudan en este contexto. Ser prudente pero decidido, tener auto control, no dejarse provocar, asimismo, así como controlar el tono de la voz y la forma de hablar son también aspectos importantes para tomar en consideración.[225]

Durante la declaración, debe prestarse atención a que el contacto con la persona que brinda la información se mantenga sin excepción. En lo posible, no se recomienda interrumpir el contacto visual durante la declaración. Eso produce ciertas dificultades, debido a que a menudo debemos tomar notas o hacer algún resumen de lo declarado por el testigo. Por ello, es importante estar retomando el contacto visual.

La persona que interroga no debe reclinarse y escuchar, todo lo contrario, debe siempre preocuparse de fomentar el fluido de comunicación. Eso puede suceder en forma verbal o también mediante contacto visual, lenguaje corporal, gestos, etc.

Aquí es importante fijarse en que la persona que interroga, aun en forma inconsciente, puede intervenir conduciendo la declaración del testigo. Los testigos tienen un "olfato" muy fino para presentir expectativas reales o presuntas. En forma inconsciente, ellos quieren cumplir esas expectativas.

Quien interroga debe tener paciencia, de lo contrario causa presión e inseguridad en el declarante y puede llevar a que este deje por fuera partes que sean absolutamente importantes para la teoría del caso.

Todo lo expuesto, esfuerzo por el contacto, amabilidad, interés, elogio, etc., fomenta la seguridad del declarante. Y eso es deseable, pues la inseguridad puede llevar a declaraciones inseguras.

No debe darse ninguna inversión de roles. Pese a todas los esfuerzos por los intereses del declarante, debe conservarse una clara distribución de los roles. Por ejemplo, el que interroga no debe nunca dejar que el declarante "tome el mando". La mejor garantía para ello es la soberanía de quien

Edición), Múnich: C.H.Beck., p. 199; Geerds, Friedrich (1976), Vernehmungstechnik, Hamburgo: Verlag für polizeiliches Fachschrifttum, p. 80 ss.

[225] Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H.Beck., p.p. 202-215.

interroga. Si se cometiese un error, es mejor enfrentarlo de inmediato, en vez de intentar a duras penas ocultar la propia debilidad.

Si bien se precisaron pautas generales para la realización del interrogatorio y que también resultan aplicables al contrainterrogatorio, lo cierto del caso es que no todos los interrogatorios -ni siquiera los testigos-, son exactamente iguales.

A manera de ejemplo, el artículo 351 en su párrafo tercero, refiere el interrogatorio de personas menores de edad[226], el cual debe complementarse con el numeral 212 del Código de rito, es importante agregar que no todo menor de edad ha de ser interrogado de la misma manera, sino que ello dependerá de una gran cantidad de variables.

> *(...) no existe una única manera de preguntar ni se puede establecer a priori determinadas preguntas que se pueden o no formular al menor, pues va a depender del comportamiento mismo del menor en la audiencia, que muchas veces puede ser un comportamiento esquivo o evasivo asociado a sentimientos de vergüenza. En esta dirección, no violenta las reglas del interrogatorio, constitutivas a su vez del debido proceso, que el Tribunal haya recurrido (...) a formular preguntas simples adaptadas al desarrollo de las características verbales y anímicas del ofendido. Lo importante, en estos casos, más que las preguntas son las respuestas (...)*[227]

Asimismo, se debe tener especial cautela al interrogar al testigo cuando se trata de un *testigo sospechoso;* sujeto que si bien funge un rol de testigo y no de imputado, podría estar involucrado en los hechos que se debaten. Sin embargo, al tratarse de un testigo, éste sí es juramentado y además, dada su calidad de *sospechoso,* debe ser prevenido de su derecho constitucional de abstenerse a declarar, aspecto que no pocas veces suele dejarse de lado.

> *(...)* ***Basta que durante la investigación se tenga alguna evidencia o alguna creencia de que una persona pueda estar involucrada en un hecho delictivo, para que exista el deber de la policía y del Ministerio Público de asignarle la categoría de «indiciada»****, con todas sus implicaciones, conforme a los artículos 13, 81 y 82 del Código Procesal Penal. Las normas constitucionales y legales son claras al señalar el derecho al silencio del cual goza el imputado, según se infiere de los*

[226] El artículo 351 del Código Procesal Penal, en su párrafo tercero estipula: "Para la recepción del testimonio de personas menores de edad, el tribunal tomará las medidas necesarias en atención a su interés superior y en aras de evitar o reducir la revictimización. Podrá auxiliarse de peritos o de expertos en el tema, que acompañen al menor en su relato o lo auxilien en caso necesario. Para garantizar los derechos del menor, el tribunal podrá disponer que se reciba su testimonio en una sala especial, o con el uso de cámaras especiales o de los medios tecnológicos disponibles, que faciliten a la persona menor de edad el relato, sin el contacto con las partes, cuando ello sea recomendado."

[227] Sentencia No. 897-2007 de las 15:10 horas del 30 de agosto de 2007 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

> *artículos 36 de la Constitución Política, y 82 inciso e) del Código Procesal Penal, (...). Estos derechos los goza la persona aún cuando con posterioridad se llegue a descartar su posible participación en el hecho delictivo, pues lo que interesa para que pueda disponer de esos derechos es que en determinado momento fuere sospechosa de haber cometido delito. Incluso, aún en el supuesto de que se tratara efectivamente de un testigo, debe resaltarse lo que señala el párrafo segundo del artículo 204, al disponer que «el testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que le puedan deparar responsabilidad penal», menos aún si recibe el calificativo de «sospechoso», obviamente porque de lo contrario se lesionarían sus derechos básicos antes citados. (...)*[228]

Para tales efectos, el testigo puede decidir acompañarse por un patrocinio letrado al rendir su testimonio y también tiene la facultad de omitir dar respuesta a ciertas preguntas que puedan comprometer su situación jurídica en el proceso penal en cuestión.

> *(...) solo cuando la persona resulte sospechosa de un hecho ilícito, deberá hacerse asistir de su defensor, por las consecuencias procesales a las que se enfrentará desde entonces. No obstante, si un persona que comparece como testigo, se ve involucrada -por sus mismas manifestaciones o por las de terceros- en un hecho penal, sea el que se investigue en la causa en la que fue citado, o no, en ese momento, adquiere la condición de sospechosa de cometer un delito y deberá proveérsele la misma asistencia. En el caso que nos ocupa, ello no ocurrió por la oportuna intervención del juzgador, en aplicación directa de la norma de cita, artículo 204, según el cual: "...El testigo no estará en la obligación de declarar sobre hechos que puedan depararle responsabilidad penal...". Entender lo contrario, implicaría admitir que quiénes participan o son acusados en delitos, por ese solo hecho, no podrían denunciar o referirse a otros hechos también delictivos cometidos en su contra, sino, solo asistido siempre de un defensor que oriente su declaración, lo que significaría fomentar la discriminación estructural que existe frente a este tipo de población en conflicto con la ley penal. (...)*[229] (El resaltado es propio).

Ni el Código Procesal Penal ni la Ley de Justicia Penal Juvenil refieren a la figura del testigo sospechoso. Empero, la figura ha sido desarrollada

[228] Sentencia No. 473-2009 de las 16:35 horas del 31 de marzo de 2009 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias No. 767-2018 de las 08:20 horas del 19 de octubre de 2018 y No. 826-2000 de las 10:05 horas del 21 de julio de 2000, ambas de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y la Sentencia No. 656-2016 de las 15:58 horas del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

[229] Sentencia No. 656-2016 de las 15:58 horas del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

jurisprudencial y doctrinalmente[230], de manera que el litigante debe prepararse también para enfrentar su teoría del caso haciendo uso de otros elementos probatorios si considera posible que, al momento del juicio, dicho testigo debe ser tratado como *sospechoso,* teniendo el derecho de abstenerse a declarar.

Además, resulta de suma importancia tomar en consideración que una persona que declara como testigo en determinado proceso penal, también podría ostentar la calidad de imputada en otro proceso distinto, con base en hechos totalmente diferentes, lo cual claramente no lo haría un testigo sospechoso en la causa penal en la cual declara en condición de testigo.

> *(...) la figura de "testigo sospechoso", en realidad, no existe en nuestro medio. La legislación no prevé la ostentación de una condición simultánea de los intervinientes en el proceso. En ese sentido, dichas normas disponen que se denominará imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación y del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él y tendrá derecho a ser asistido por un defensor de su confianza, desde el primer momento.* ***Por su parte, de conformidad con el mismo artículo 204 citado por el recurrente, el testigo es quien declarará sobre todo lo que sepa, conozca y le sea preguntado, que no implique hechos que puedan repararle responsabilidad penal.*** *(...)*[231] (El resaltado es propio)

Asimismo, es posible que un testigo no pueda ser entrevistado directamente, sino que por medio de un intérprete. En este punto, es de gran relevancia la confianza que se deposita en la capacidad del intérprete para formular las preguntas con la mayor semejanza posible al planteamiento realizado por el litigante. Veáse el caso en que se tenga una excelente teoría del caso, pero el testigo esencial solo habla inglés, y el intérprete no era realmente ágil en el idioma. Esto podría poner en serios problemas al litigante que requiere del intérprete para hacerse entender por el testigo.

A modo de conclusión

Se ha pretendido en este artículo llevar a cabo una reflexión general – limitada por la extensión solicitada del aporte – acerca del interrogatorio y contra interrogatorio en el proceso penal costarricense que, no permitió entrar a ver temas específicos como se hubiera deseado.

Con el presente artículo se pretende generar una discusión en el ámbito foro académico pero especialmente en el forense sobre los temas planteados.

Como se pudo observar, en muchos de los temas tratados no existen reglas rígidas, sino recomendaciones generales, que deben adaptarse y ajustarse a cada caso concreto; esto es parte de la flexibilidad y capacidad de

[230] En este sentido se puede ver la Sentencia No. 93-2020 de las 10:45 horas del 16 de marzo de 2020 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil.

[231] Sentencia No. 656-2016 de las 15:58 horas del 10 de noviembre de 2016 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago.

adaptación que se requiere desarrollar a la hora de dedicarse al litigio en materia procesal penal.

Al sujeto procesal que ofrece un testigo o perito como medio de prueba, le interesa que el juez crea en su declaración, por lo que a la parte le corresponde demostrar que ese testigo o perito es creíble y que su declaración es veraz y eso solo se logra mediante una técnica adecuada de interrogatorio.

Por su parte, el contrainterrogatorio no busca producir un testimonio sino impugnarlo, por ejemplo, mediante la desacreditación del testigo como persona, respecto de los hechos que declara, el interés que pueda tener en el caso o una concesión favorable. La concesión favorable consiste en que, por ejemplo, admita que algo de lo que declaró no es tan contundente como lo dijo, que dude o que realice una sútil variación de lo que afirmó durante el interrogatorio. Un riesgo que debe evitar cuando se realiza el contrainterrogatorio es evitar la pregunta de más; asimsimo, resulta fundamental saber en qué momento detenerse. De igual manera, resulta necesaerio contra interrogar únicamente cuando la declaración del testigo le ha hecho un daño a mi teoría del caso, de lo contrario, no es necesario hacerlo.

Tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio el ritmo es fundamental, no solo para mantener la fluidez del declarante sino también – y en mayor media- la atención del Tribunal.

F. Bibliografía

Almanza, Frank (2017). Técnicas de Litigación Oral y Argumentación en Juicio, Argentina: ARA Editores E.I.R.L. y Ediciones Olejnik.

Baytelman A., Andrés y Duce J. Mauricio (2007). Litigación penal, Juicio Oral y Prueba, Colombia: Editorial Ibañez.

Benavente Chorres, Hesbert (2011). La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio, España: BOSCH Editor.

Dahs, Hans (1972). Taschenbuch des Strafverteidigers. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG.

Gatgens, Erick (2010), Sobre la credibilidad y veracidad del testimonio", en: Libro Homenaje al Doctor Enrique Castillo (Primera Edición), Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Gatgens, Erick (2015), Teoría del caso: método, argumentación y estrategia en el proceso penal acusatorio, en: Memoria del primer congreso panameño de derecho procesal penal acusatorio, Panamá: Editorial Portobelo.

Geerds, Friedrich (1976), Vernehmungstechnik, Hamburgo: Verlag für polizeiliches Fachschrifttum.

Häcker, Robert / Schwarz, Volker / Treuer, Wolf-Dieter (2014), Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre Vernehemungslehre (4a. Edición), Múnich: C.H.Beck.

Higa Silva, César (2017). Litigación, Argumentación y Teoría del Caso (Primera Edición). Argentina: ARA Editores E.I.R.L. y Ediciones Olejnik.

Moreno Holman, Leonardo (2014). Teoría del caso (Primera Edición). Argentina: Didot.
Oronich Segura, Andrés (1998). El imputado y el testigo ante el juez. Psicología del Interrogatorio. Barcelona: Cedecs Editorial s.l.
Quiñones Vargas, Héctor (2003). Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño (Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa). El Salvador.
Quiroz Salazar, William Fernando (2013). El Interrogatorio Cruzado (en el modelo procesal acusatorio). Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
Roxin, Claus (2000). Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L. Traducción de la 25a edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier.
Römermann, Volker / Paulus, Christoph (2003). Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf. Ein Lehrbuch, Múnich: Editorial C.H.Beck.
Rua, Gonzalo S (2014). Contraexamen de testigos (Primera Edición). Argentina: Didot.
Rua, Gonzalo S (2015). Examen directo de testigos. Argentina: Didot.
Solórzano Sánchez, Rodolfo. El interrogatorio y contrainterrogatorio en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas No. 124 (139-168) enero-abril 2011. Extraído de
https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13335/12607/.

EL DETRIMENTO DE LA INMEDIACIÓN PENAL EN FUNCIÓN DE LA VIRTUALIDAD (en tiempos de pandemia)

J. Federico Campos Calderón[232]

1.- Introducción:

El pasado mes de mayo de 2020 el pleno de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aprobó un protocolo que regula la realización de juicios virtuales como parte de los servicios de justicia a la ciudadanía en el entorno de la pandemia. Lo anterior dio origen a un interesante e inusual debate en uno de los medios periodísticos de mayor difusión en el ámbito nacional[233], explicitándose por los intervinientes diversas razones para refutar o justificar la legitimación de la promulgación del mencionado protocolo.

No obstante, sin afán de continuar con la anterior discusión, a pesar de que es un tema inagotable, haré aquí un breviario de algunas ideas y preocupaciones en relación con el tema de los juicios virtuales que, desde mi punto de vista, su solo planteamiento significa una afrenta contra la esencia del modelo procesal mixto acusatorio que rige en nuestro país, y en muchos países latinoamericanos, al menoscabarse con ello el ideal de proceso penal garantista propio de un Estado de Derecho.

2.- La oralidad en el proceso penal costarricense:

Durante las últimas dos décadas en Costa Rica, al igual que en el resto de casi toda Latinoamérica, se suscitó un cambio de paradigma del modelo procesal penal que se materializó a partir del año 1998 -hasta la fecha- y que significó la migración de un proceso mixto inquisitivo a un proceso mixto acusatorio, para dejar así rezagado de una vez por todas el modelo inquisitivo contenido en varias codificaciones previas. Sin embargo, nuestro país se caracterizó por ser uno de los primeros en implementar la oralidad en la fase plenaria o de juicio con el modelo mixto inquisitivo que rigió durante 22 años (1975 a 1997), ya que dicho proceso penal era una copia casi literal del Código

---

[232] Abogado litigante. Magíster en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Máster en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

[233] Artículos del periódico La Nación, sección de opinión "Foro": 1) "La injusticia de los juicios virtuales" por Gerardo Huertas Angulo del día 28/05/20;2) "Evidente equivocación" por Jairo Arias Montoya del día 08/06/20; 3) "El equivocado es otro" por J. Federico Campos Calderón del día 10/06/20; 4) "Videconferencias en materia penal" por Patricia Solano Castro (y otro) del día 14/06/20; 5) "Respuesta a medias" por Gerardo Huertas Angulo del día 29/06/20.

de Procedimientos Penales de la provincia de Córdoba (Argentina) que fue el primero en incorporar el juicio oral y público.

Lo anterior, no solo le permitió al sistema judicial penal costarricense ser uno de los países pioneros a nivel regional en el tema de la oralidad, sino en darle preponderancia a la defensa de las garantías del proceso en el debate, ya que a pesar de ser un modelo mixto inquisitivo la incorporación del juicio oral y público vino a paliar en buena medida las falencias y debilidades de dicho modelo en la fase de instrucción que se caracterizaba por ser meramente escrita. Con la práctica del litigio oral se fue depurando la mencionada fase de juicio, desarrollándose los alcances de los principios que le informaban por medio de la jurisprudencia penal y constitucional. En ese contexto se promulgó una de las resoluciones más importantes y que marcaron un hito en relación con el Debido Proceso, que emanó de la Sala Constitucional (Sentencia No.1739-92) donde se desarrollaron con amplitud las garantías constitucionales del proceso penal.

Posteriormente, una vez vigente el modelo mixto acusatorio a partir del año 1998, que lo caracterizaba la implementación de audiencias orales en todas las fases procesales, y ya no solo en el juicio, vino a desarrollar con mayor plenitud la oralidad a lo largo del proceso. En nuestro país, y en muchos otros países de Latinoamérica, se intensificó una importante capacitación a muchos funcionarios judiciales[234] para concientizar sobre la importancia de las audiencias orales y el aprendizaje de destrezas para el alegato de los argumentos que deben ser reproducidos por iniciativa de las mismas partes en un sistema que es de naturaleza adversarial, con el propósito de que los jueces cuenten con información de calidad y relevante para el dictado de las resoluciones en las diferentes etapas del proceso; entre otras, además del mismo juicio oral, se implementaron audiencias orales para discutir sobre la imposición o no de medidas cautelares, audiencias orales para el sometimiento de medidas alternativas al proceso, etcétera.

3.- La oralidad e inmediación como métodos (y garantías) en el ejercicio de la actividad probatoria:

Reiteramos, en Costa Rica de 1975 a 1997 la fase de instrucción fue escrita y, como ya señalamos, el juicio sí era oral; pero en la mayoría del resto de países de la región el proceso penal era completamente escrito hasta la entrada en vigencia del modelo mixto acusatorio que vino a implementar las audiencias orales. La oralidad es un principio del proceso penal y una herramienta que permite practicar de formal oral (no escrita) los argumentos y la actividad probatoria en todas las instancias o fases del proceso (preparatoria,

[234] Desde los inicios del nuevo milenio algunos funcionarios judiciales (latinoamericanos) de aquella época fuimos becados para viajar a Chile -por algunos meses- con el propósito de recibir una intensa capacitación sobre esta nueva idea de implementación de la Oralidad en el proceso penal por medio del CEJA (Centro de Estudios de Justicia para las Américas), entidad que pertenece a la OEA.

intermedia, juicio, impugnación y revisión). La inmediación, como derivación de la oralidad, es una forma o método de recepción probatoria que atañe a todas las partes[235], y no solo al juez, por lo que es un derecho o garantía que se reciba la prueba de forma inmediata, directa y simultánea[236].

El proceso penal acusatorio (adversarial) ha sido pensado y diseñado para que los intervinientes se confronten presencialmente durante el planteamiento de sus alegatos y en la recepción de los testimonios de forma directa, inmediata y simultánea, por lo que podemos afirmar que la "presencia" a la que hace referencia el legislador en el numeral 328 del Código Procesal Penal debe ser física -cara a cara- y no virtual para que esa confrontación sea eficaz. Si a lo anterior sumamos que el *derecho de defensa* da la posibilidad al imputado de intervenir directamente en todos los actos que incorporen elementos de prueba con el propósito de que este pueda llevar a cabo una adecuada confrontación[237], resultaría además atinente a la inmediación una función de garantía[238] para la efectiva tutela del ejercicio de dicho derecho constitucional[239].

Como afirma M. Taruffo *"la garantía de la defensa requiere también que las partes tengan la posibilidad de conocer esas informaciones y de defenderse de ellas"*[240]; y esto solo puede llevarse a cabo garantizándose la inmediación directa de los hechos y de las pruebas, así como la confrontación mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio para el necesario control de los testimonios y peritos.

No obstante, con la práctica judicial y, a pesar de que el espíritu de la norma no contempló expresamente la posibilidad de una inmediación virtual, ha surgido la necesidad de recabar algunos testimonios por medio de videoconferencias de manera excepcional; pero, aunque afectan el principio de inmediación porque reducen su función de garantía son situaciones excepcionales que han contado con el aval jurisprudencial porque no puede

---

[235] Artículo 328 del Código Procesal Penal (CPP): "Inmediación. El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de todas las partes…".

[236] Así, la sentencia No. 1739-92 de la Sala Constitucional, donde se establece el principio de inmediación como parte del Debido Proceso.

[237] Artículo 12 del Código Procesal Penal.

[238] Véase en ese sentido sobre la inmediación como una "garantía" del proceso, el libro de HERRERA ABIÁN, Rosario. La Inmediación como Garantía Procesal. Editorial Comares, Granada, 2006.

[239] Como señala L. Ferrajoli en relación con el derecho de defensa en el ejercicio contradictorio: "que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos". FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 614.

[240] TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 495.

negarse que los avances y las posibilidades tecnológicas de los sistemas de justicia posibilitan recabar algunos testimonios mediante videconferencias, para evitar que se malogren las declaraciones de personas quienes por motivos justificables les resulta imposible presentarse a declarar en un juicio.

Los "eficientistas" del derecho penal, que conciben las garantías como obstáculos a la celeridad procesal, han visto en la pandemia por el COVID-19 una ideal posibilidad para plantear que esta práctica judicial -hasta el día de hoy excepcional- se convierta en regla dentro del proceso penal, ya que para nadie es un secreto que la coordinación y la realización de los juicios en las salas de los tribunales de justicia requiere de una serie de decisiones administrativas y la resolución de trifulcas logísticas que no pocas veces sobrevienen, las que se simplificarían por medio de la virtualidad. Para esos propósitos la pandemia mencionada ha venido a significar la "excusa perfecta" para que la Corte Suprema de Justicia costarricense planteara la propuesta de realizar juicios virtuales en su totalidad, bajo el argumento de que el distanciamiento físico entre las partes es necesario para evitar los contagios[241].

Aunque estamos conscientes de los riesgos y del temor que representan la celebración de juicios con la presencia física de las partes, ello no justifica disminuir un método de recepción probatoria -como lo es la inmediación probatoria- que indudablemente es eficaz para las partes y, menos, sacrificar el derecho de confrontación de la prueba que tiene de forma directa y simultánea el imputado como expresión del derecho de defensa. Pero, menos, pretender mediante acuerdos administrativos internos (protocolos) del Poder Judicial, soslayar lo que está previsto por Ley como una garantía procesal y constitucional.

Todo aquello que contraríe, debilite o ponga en riesgo las garantías constitucionales del proceso penal, por más "moderna" que sea la propuesta -como lo es la realización del juicio virtual- no justifica el sacrificio de dichas garantías, cuyo vértice o punto más alto se encuentra previsto y tutelado a nivel supranacional en diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, a pesar de que para algunos estos derechos fundamentales sean solo emblemas para el discurso argumentativo y por ello no se preocupan realmente por su tutela ni velen por su realización en la práctica judicial.

4.- Inmediación e inferencias probatorias:

El reconocido jurista español J. Ferrer Beltrán[242] en relación con la concepción *persuasiva* y la concepción *racionalista* de la prueba, señala varias

[241] Aún así se han realizado varios juicio orales y públicos de forma presencial bajo estrictos regímenes sanitarios de distanciamiento entre las partes y la utilización de implementos de desinfección, por lo que no es necesario realizar juicios virtuales de forma total.

[242] FERRER BELTRÁN, Jordi. "El control de la valoración de la prueba en segunda instancia: inmediación e inferencias probatorias" en Prueba y Racionalidad de las Decisiones Judiciales. Editorial CEJI, Hidalgo, México, 2019, pp. 289 y sts.

características diferenciadoras entre una y otra concepción[243], pero de interés para lo que aquí se plantea la que se refiere a la inmediación. Según dicho autor, la concepción *persuasiva* se distingue por *"la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación"*; mientras que la concepción *racionalista* se caracteriza por *"la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación"*.

Este autor defiende la concepción *racionalista* que considera la inmediación "débil o limitada" con el razonable propósito de plantear la viabilidad de un control -en la segunda instancia- de las inferencias probatorias realizadas por parte del juez de primera instancia en la labor de motivación, garantizándose el cumplimiento de dicha inmediación (limitada) en dicha segunda instancia por medio del uso de la tecnología y de las grabaciones (audio y vídeo) del juicio oral y público; sin embargo, no es un planteamiento que aplique a la realidad costarricense donde no es necesario concebir "débil o limitada" la inmediación en la primera instancia para posibilitar la revisión de las inferencias probatorias en la segunda instancia.

Aunque estamos de acuerdo que en la segunda instancia de revisión del fallo se puede acudir a los registros del juicio que constan en los soportes tecnológicos para controlar las inferencias probatorias por parte del juez de primera instancia, eso es viable en nuestro país porque la normativa procesal penal prevé una revisión integral de la sentencia[244] recurriendo expresamente a esos registros e, inclusive, si es necesario, recibir directamente prueba en dicha instancia de impugnación[245]; de manera tal que este planteamiento teórico no aplica al sistema judicial penal costarricense porque no hace falta concebir una inmediación "débil o limitada" (concepción *racionalista*) para

[243] Una idea similar puede encontrarse en M. Taruffo con otra denominación: función persuasiva o retórica de la prueba y la función cognoscitiva de la prueba. Sin embargo, este autor no hace referencia a la inmediación de la prueba cuando aborda ambas funciones. Véase TARUFFO, Michele. Op cit., pp. 349 y sts.

[244] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del caso Herrera Ulloa contra Costa Rica del año 2003, ordenó al Estado costarricense integrar en su legislación normativa que posibilitara una revisión integral de la sentencia en razón de que esa omisión iba en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[245] Artículo 462 CPP: "…Si el recurso es admisible, el tribunal convocará, cuando corresponda, a audiencia oral y pública, admitirá la prueba pertinente y útil para la comprobación de los agravios acusados. De igual manera, ordenará traer de oficio la prueba que para los mismos propósitos estime necesaria. En esta audiencia, según los puntos de inconformidad de las partes, se reexaminarán los actos previos y posteriores al debate, los registros de los actos realizados durante el juicio, los registros de la sentencia, y se evacuará la prueba admitida. Durante esta audiencia se dará oportunidad al recurrente y a las partes para exponer y argumentar acerca de los extremos de la apelación. En cualquier caso, el tribunal que constate el quebranto a un derecho fundamental de las partes involucradas podrá decretarlo de oficio". (Así fue reformado por el artículo 4° "Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal", Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010).

lograr el objetivo de revisión en la segunda instancia, pero hay quienes pareciera pretenden justificar la virtualidad recurriendo a planteamientos teóricos conceptuales que no pueden ser importados sin filtros a nuestra realidad.

Por esa razón no es necesario -en nuestro sistema- seguir una concepción o versión "débil o limitada" del principio de inmediación cuando se trata de las fases de primera y segunda instancias, sino -todo lo contrario- una inmediación fuerte y sólida en todas las instancias del proceso, ya que solo así se adquieren conocimientos e información de la mayor y mejor calidad posibles. Sin embargo, dicha inmediación se debilita con el abuso de las tecnologías implementándolas a la totalidad del juicio oral o de primera instancia, ya que ello disminuye la necesaria proximidad del juez con los hechos y con las pruebas en un juicio virtual llevado a cabo de forma completa, porque se machacan los derechos y garantías de las partes en el proceso.

No imaginamos un modelo mixto acusatorio (adversarial), como lo es el proceso penal que rige en el territorio costarricense, al igual que en otros países de la región, donde la oralidad es un eje fundamental en todo el proceso y, específicamente, en la fase de juicio en la que deben prevalecer varios principios relacionados con la misma inmediación, como lo son el principio de contradicción y de publicidad del debate, lo que significa que sin una inmediación sólida estos otros principios también se verían disminuidos, ya que no nos imaginamos un proceso penal adversarial donde rija en su máxima plenitud la inmediación sin la concomitante contradicción directa con el fin de obtener las informaciones que serán las premisas lógicas de las posteriores inferencias probatorias[246]; pero, más que eso, se vería dañada una de las garantías fundamentales más importantes del proceso penal -quizás la más importante- como lo es el derecho de defensa.

5.- El Juez del modelo adversarial e inmediación:

En lo que concierne propiamente a la labor del Juez, si la inmediación como método de recepción de prueba se ve disminuida por la virtualidad de un juicio llevado a cabo de esa manera de forma total, y no solo algunas videoconferencias de forma excepcional, lógicamente dicha inmediación debilitada va a incidir en la posterior valoración de los hechos y de la prueba que lleve a cabo el juez[247], ya que la información o las premisas que se van a

[246] Sobre el principio de contradicción M. Taruffo dice lo siguiente: "…si el procedimiento se desarrolla entre las partes, debe considerarse que el juez tiene que asegurar la contradicción entre ellas incluso en lo referente a la instrucción, es decir, en relación con la adquisición de las informaciones". TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 494.

[247] Claramente no es lo mismo interrogar a un testigo cara a cara que a través de una pantalla; al igual que no es lo mismo ver jugar al Real Madrid por televisión que verlo sentado en una butaca del estadio Santiago Bernabéu.

utilizar para la valoración probatoria no tendrá los mejores estándares de calidad. Aceptar juicios virtuales en su totalidad podría llevarnos a una involución del proceso penal similar a los tiempos de los procesos escritos (inquisitivos) donde las pruebas transcritas se tornaban como un impedimento en el plano epistemológico[248], ya que la virtualidad también viene a truncar la obtención de un conocimiento de la forma como debe ser materializado en un proceso penal mixto acusatorio.

Si la inmediación de la prueba se ve deteriorada, lógicamente ello podría devenir en una posterior valoración errada que genere injusticias; por ello, es muy importante que el Juez pueda apreciar la prueba -y el contradictorio que se suscita en torno a la misma- de forma presencial y directa (inmediación) para que la información que posea sea de la mejor calidad y mayor integridad posibles, y que la inferencia que se haga acerca de si esos datos le merecen o no credibilidad, o si llevan o no a una determinada conclusión, sea la más precisa para el Juez. En este sentido el lenguaje verbal y no verbal de los testigos, el interrogatorio y el contrainterrogatorio de los adversarios, así como la fuerza argumentativa de los alegatos de las partes, arrojan información que no se reproduce con la misma nitidez por medio de una inmediación presencial y directa que, en contraposición, cuando esta es de manera virtual.

Podría argumentarse que en un juicio virtual se cumple con la inmediación solo porque las partes y el Juez están "presentes" en el juicio escuchando a través de una pantalla lo que acontece; pero debe decirse que esa presencia es simbólica y muy limitada cuando ocurre de forma virtual, ya que no es acorde con un proceso penal mixto acusatorio donde se presume un litigio físicamente presencial directo e intenso entre las partes ("aproximación estratégica"[249]) que deberá ser apreciado de la mejor manera por quien juzga, por lo que el Juez no es un "adorno" para cumplir una mera formalidad, sino que debe asegurarse su amplio conocimiento de los acontecimientos del juicio mediante una inmediación de la prueba -fuerte y sólida- como *"mecanismo de reducción de errores"*[250] para que pueda apreciar la mayor cantidad de detalles posibles durante la recepción de los hechos y de la prueba, que serán objeto de análisis y base de sus inferencias en el escenario de la valoración probatoria, lo que se ve reducido por medio de la virtualidad.

6.- Conclusión:

[248] FERRAJOLI, Luigi. Op cit., p. 689 (nota 353).

[249] "la aproximación estratégica al juicio los provee (a los jueces) con más y mejor información, situándolos en una posición más ventajosa para resolver el caso". BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. Litigación Penal. Juicio oral y prueba. Ediciones Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, p. 38.

[250] FERRER BELTRÁN, Ibídem, p 293.

Así las cosas, acorde con la normativa procesal costarricense, nos decantamos por una *concepción mixta* (persuasiva y racional) de la prueba donde la inmediación en la primera instancia debe tener un carácter fuerte y sea irremediablemente presencial (no virtual), que a su vez exija al juez una motivación racional cuyas inferencias probatorias sean posibles de revisar de forma integral en una segunda instancia -como ya lo prevé la ley- por las gestiones que hagan las partes mediante los recursos de apelación y de casación.

Podemos afirmar que, acorde con esta *concepción mixta*, así es como se ha operado en Costa Rica en las últimas décadas y solo así encuadra la inmediación en un modelo procesal esencialmente acusatorio donde la fase plenaria es fundamental por su carácter adversarial y donde los datos que se arrojan e informaciones que surgen de las discusiones entre las partes tornan necesario que el método de apreciación de esa información sea el más confiable, por ello la necesidad de una inmediación sólida y fuerte, que no se cumple con los juicios virtuales.

Una actividad probatoria que se produzca mediante una inmediación sólida se contrapone a la implementación de juicios virtuales en el sistema procesal, salvo -como dijimos- excepción de testimonios o de pericias por medio de videoconferencias; pero, virtualizar de forma completa el juicio es un despropósito que conlleva a un significativo debilitamiento de las garantías del juicio oral, tal y como sucede con los protocolos promulgados por la Corte Plena costarricense, ya que entre otras deformaciones con dicha propuesta de juicios virtuales se cercena el derecho de las partes y -especialmente- el del acusado a confrontar (cara a cara) a quienes le acusan, impidiéndose con ello un pleno ejercicio del derecho de defensa, sin dejar de lado otras incorrecciones secundarias que subyacen como lo es una evidente disminución de apreciación de muchos otros detalles importantes que acaecen en un juicio presencial.

Nada de ello impide el control de la motivación y de las inferencias probatorias en la segunda instancia, ya que recurriéndose a las grabaciones o registros telemáticos se puede cumplir en dicha instancia con los propósitos de la inmediación, así como el cumplimiento del fin del proceso penal como lo es la obtención de la verdad, ya que en nuestro país así se prevé en la ley para una revisión integral de la sentencia.-

LUCES DE DERECHO AGRARIO SUSTANTIVO PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA MATERIAL DEL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO

Ricardo Zeledón Zeledón[251]

1.- Determinación jurisprudencial de la competencia material de la jurisdicción agraria

La competencia material del CPA, como normativa procesal, tiene dos tipos muy bien definidos: A) la genérica (Art. 1°) donde se contempla todo el Derecho Agrario; B) la específica, taxativa o residual encargada de señalar una serie de acciones, procedimientos previstos en otros códigos o leyes especiales, a condición de coincidir con la competencia material genérica, pues si tales previsiones no ingresan en el ámbito agrario no serán jamás competencia de la jurisdicción especializada.

La experiencia costarricense, a partir de 1982 cuando entró a regir la Ley de Jurisdicción Agraria, y más tarde en 1988 cuando se abrieron los juzgados y el tribunal agrario fue al revés. Se admitían como agrarias las acciones o procedimientos de la competencia específica (del Art. 2) bajo el criterio exegético; sin tomar en consideración la competencia material genérica.

La jurisprudencia de la Sala Primera, a partir de 1990, invirtió el criterio. Del Art. 1° y del 2° inciso h) de la Ley de Jurisdicción Agraria estableció qué era y no era el Derecho Agrario, para identificarlo como derecho de la empresaria agraria, comprendida por medio de sus actividades (principales y conexas), bajo una óptica de agrariedad. Posteriormente asentadas las bases de la disciplina se dio una interpretación ampliativa o restrictiva de la competencia material específica, taxativa o residual.

2. Los aportes de la jurisprudencia para una interpretación evolutiva de la competencia material agraria.

Una interpretación exegética de los Artículos 1° y 2° del CPA induciría a los operadores del Derecho, muy particularmente a los jueces y la misma Sala Primera, a incurrir en una deformación de la competencia material agraria.

Ello porque sobresalen los errores de concepción de la disciplina en el señalamiento legal de esa competencia. La jurisprudencia de 30 años en la determinación de la competencia (de 1990 al 2020) se desligó de la lectura absurda de los incisos para inclinarse por el de su espíritu.

Así la experiencia jurisprudencial evolutiva se encargó de difundir la

---

[251] Presidente Emérito del Instituto Costarricense de Derecho Procesal; Presidente del Comité Americano de Derecho Agrario; Presidente Emérito de la Unión Mundial de Derecho Agrario; Ex Magistrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

cultura jurídica necesaria para una mejor comprensión de la competencia del nuevo sistema procesal.

a) Respecto de todas las hipótesis del Artículo 2° emitió criterios muy interesantes, sobre todo redimensionándolas para desligarlas del entonces Instituto de Desarrollo Agrario (misma institución bautizada recientemente como Instituto de Desarrollo Rural).

A manera de brevísimo ejemplo del texto del inciso a) del Artículo 2° de la derogada Ley de Jurisdicción agraria la jurisprudencia marcó dos momentos. En el primero, exegético, al leer la norma generó una interpretación restrictiva de las causas bajo su conocimiento porque leyó la norma así: "De los juicios reivindicatorios o posesorios, en que sean parte uno o varios trabajadores de la tierra, o grupos de estos organizados por el Instituto correspondiente, así como las causas por usurpación y daños de citación directa". Más tarde con una interpretación del sentido del principio la leyó como sigue: "De los juicios reivindicatorios o posesorios, así como las causas por usurpación y daños de citación directa", ampliando la dimensión de la competencia (superando el error legislativo). Más tarde, con la conformidad jurisprudencial, se excluyó la materia penal (con la reforma al Código Procesal Penal) permitiendo ser más precisos en la verdadera competencia: "De los juicios reivindicatorios o posesorios".

b) Dejó de aplicar separadamente los artículos 1° y 2°, para plantear una nueva interpretación del Artículo 1° en función del inciso h) del numeral segundo.

El criterio delimitador de la competencia agraria por razón de la materia conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera consiste en ubicar el ámbito de las siguientes actividades de la empresa agraria o del empresario agrario: 1. La actividad principal de producción de vegetales y animales dentro de un ciclo biológico, y 2. Las conexas de transformación, industrialización o agroindustria y enajenación o comercialización de productos agrícolas.

Este criterio evidentemente no es original. La jurisprudencia se inclinó por admitir el conocido antecedente jurídico utilizado para determinar al empresario agrícola en el art. 2135 del Código Civil italiano. A la luz de esa norma tan significativa se discutió y generó una amplia doctrina asumida, y explicada, por la jurisprudencia y doctrina nacional.

Para llegar al concepto de empresario agrario se debe comprender el numeral 2.135 en función del 2082 donde se incorpora la figura del empresario. De la subsunción del primero en el segundo se obtiene la respuesta buscada. El Art. 2.135 establece: "es empresario agrícola quien ejerce una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la crianza de ganado y actividades conexas. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o enajenación de productos agrícolas, cuando están incluidas en el ejercicio normal de la agricultura...".

Desde sus orígenes mismos de la norma se tenía claro que los alcances de la agricultura era principalmente la primera, y que las otras dos se habían puesto como actividades empresariales especiales, pues la cría de ganado no era propiamente agricultura y que la silvicultura era una actividad de siembra y resiembra de árboles empresarialmente, a largo plazo, producidos bajo un determinado Plan de Manejo aprobado por la Administración Pública sobre el cual se fijaban controles de Derecho Administrativo, con un comportamiento y un estatuto especial distinto al del ejercicio privado de la agricultura.

El mismo cuerpo legislativo en el artículo 2082 define como empresario en general *a quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de producción o del intercambio de bienes o de servicios*.

De estas normas se desprende la presencia de dos tipos de actividades: a) la esencialmente agraria o principal, de producción agrícola, y b) las secundarias o conexas, de transformación, industrialización o agroindustria, y la enajenación o comercialización de productos agrícolas.

3. La jurisprudencia de la interpretación de la competencia en materia agraria debe ser igual con el CPA muy a pesar de sus graves errores conceptuales, y su superación por medio del sistema del *numerus apertus* para la determinación de la competencia.

Conociendo ese mejor planteamiento de interpretación jurídica por la jurisprudencia lo mismo deberá ocurrir con el CPA.

Del art. 1° debe extraerse la competencia material genérica y del 2° la competencia material específica, taxativa o residual, excluyéndose de esta última todos los errores cometidos durante el proceso legislativo, que incorporó acciones no propias de lo agrario o pertenecientes exclusivamente a otra disciplina procesal: cuando ello ocurra invadiendo la competencia del contencioso administrativo, el civil o comercial (igual con expresiones de Derecho alimentario o Derecho ambiental) no se debe violentar la unidad de esas disciplinas y reconocerles su especialidad y autonomía del agrario.

Conforme a la experiencia en la producción jurídica se encuentran tres tipos de errores. Los dos primeros por las imprecisiones en incluir o excluir pretensiones o procedimientos agrarios. El tercero en tratar de determinar, genéricamente, qué es y qué no es la disciplina jurídica agraria

Con los dos primeros esto ocurre a falta de consideración de la Cultura Jurídica, y por esa vía presentan un elenco caprichoso de acciones para su determinación por la segunda voz de la ley en el plano práctico: la jurisprudencia, o a la segunda voz de la ley en el plano práctico.

Los errores consisten en:

- **a)** Darle carácter de competencia material a acciones impropias del agrario.
- **b)** Omitir acciones o procedimientos indiscutiblemente agrarios.

  La labor del intérprete de la disciplina, en el plano del Derecho sustantivo (no procesal) consiste en interpretar jurídicamente no

su letra sino en su concepción doctrinal y jurisprudencial el sentido propio de ambas normas (dentro de ella toda la jurisprudencia producida para darle el verdadero sentido a las dos primeras normas de la LJA).

c) La falta de Cultura Jurídica, palpable en las imprecisiones legislativas, de intentar definiciones inválidas, incoherentes, ilógicas para determinar qué es y qué no es el Derecho Agrario. Por eso se menciona universalmente la falta de competencia del legislador para definir conceptos de una determinada disciplina del Derecho, o sus elementos. Porque eso los dos primeros artículos del CPA requieren de una correcta interpretación jurídica, jamás exegética.

La primera norma sujeta a análisis doctrinario sería el Art. 1° del CPA. En tanto se ve su texto que literalmente dice:

> "La jurisdicción agraria tiene por objeto tutelar las situaciones y las relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos. Además, de las actividades de transformación, industrialización, valorización y comercialización de productos agrarios, su trazabilidad, así como las auxiliares a estas, referidas a actos y contratos propios del ejercicio de la actividad agraria y el desarrollo rural".

A la luz de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia se pueden subrayar los siguientes:

a) Según el texto se señala como objeto de la jurisdicción agraria "tutelar". El Derecho es quien tutela relaciones jurídicas. Pero la jurisdicción "conoce" o bien "conoce y resuelve". Podría calificarse como innecesaria la acotación, pero si la jurisdicción "tutela" las actividades principales y conexas, en una interpretación inquisitiva, como existe una corriente minoritaria, **supuestamente superada pero aún vive**, podría conducir a infringir el principio dispositivo de la disciplina procesal para desnaturalizarlo.

b) Contempla erróneamente las actividades, sin distinguirlas e introduciendo dentro de ellas elementos extraños al Derecho Agrario. Debió señalar que (1) conocerá de la actividad "principal" de producción de "cría de animales y vegetales" pero no de "otros organismos! pues ellos no son cubiertos por el agrario. Además (2) no delimita correctamente "las actividades conexas" que serían únicamente las "de transformación, industrialización, y comercialización de productos agrarios", no siendo jamás actividades conexas ni la valorización, ni la trazabilidad de productos agrícolas, pues ellas son propias del

Derecho Alimentario y no del Agrario. Y comete un doble error (3) en señalar como actividades auxiliares las "referidas a actos y contratos propios del ejercicio de la actividad agraria" porque siendo actividades de la producción estas son actividades principales; y "el desarrollo rural" es un proceso político, jamás una actividad auxiliar a la principal.

Hay tres errores conceptuales consecuencia de la improvisación o el desconocimiento del Derecho agrario introducidos en el art. 1°:

a) La valorización no es, ni nunca nadie la ha mencionado, como una actividad principal de la empresa agraria. ¿Qué habrán pensado los improvisadores? ¿La plusvalía? ¿Las ganancias o el ánimo de lucro?

b) La trazabilidad nunca ha sido considerada por la doctrina ni la jurisprudencia como una actividad empresarial agraria. Es típica actividad comercial, desarrollada con la Organización Mundial del Comercio. Sería una de las figuras de la seguridad alimentaria, en tanto normas del comercio internacional, sintetizado como la garantía al consumidor de poder conocer el rumbo de los alimentos "de la finca a la mesa". Según el Comité de Seguridad Alimentaria de AECOC: "Se entiende trazabilidad como el conjunto de aquellos procedimientos preestablecidos y autosuficientes que permiten conocer el histórico, la ubicación y la trayectoria de un producto o lote de productos a lo largo de la cadena de suministros en un momento dado, a través de unas herramientas determinadas".

Se le identifica con un código de barras donde se consignan el origen e historial del alimento. Es muy propio de la carne porque viene la historia del animal desde el nacimiento (origen, raza, padres, finca, alimentación, etc.) hasta su sacrificio (lugar, empaque, transporte, etc.).

c) Las llamadas "actividades auxiliares" no existen en el Derecho agrario. Ellas son propias exclusivamente para la empresa comercial. De todas formas si los redactores creyeron en su existencia, no las mencionan. Se trata de un error importante a destacar dentro de la temática.

4. El derecho agrario es el derecho de la empresa agraria, un derecho de actividad, cuya identidad se logra por la calificación de sus actividades.

La jurisprudencia y la doctrina costarricense han seguido principios evolutivos y fundamentales de Italia.

a. Las actividades principales, o esencialmente agrícolas, del empresario agrícola, a la luz de la agrariedad, como elemento básico de la competencia material

La legislación italiana distingue dentro de las principales el cultivo del suelo, la silvicultura y la cría de ganado. En la competencia material de la materia de la jurisdicción agraria no se desglosan las actividades principales y conexas. Solo se indica genéricamente que es la de *producción* de *productos agrícolas*. Si bien parte de la doctrina italiana se ha encargado de desarrollar los

tres subtipos de actividades productivas, el criterio ha sido redimensionado por la teoría de la agrariedad de Antonio Carrozza, expresada como **la actividad productiva agrícola consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones**.

En este sentido se entiende a las actividades agrarias principales o esencialmente agrícolas las orientada hacia la producción de animales y vegetales. Por ello también la teoría se denomina del *ciclo biológico*, y el Derecho Agrario puede deducir de él todo el conjunto de actividades, normativizadas o no, derivadas de ese tipo de producción.

b. Las actividades conexas de la empresa agraria en tanto específicas, taxativas o residuales según el criterio legal de conexidad

El Art. 2.135 del Código civil italiano establece: "... Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o enajenación de productos agrícolas, cuando están incluidas en el ejercicio normal de la agricultura...".

Siguiendo el mismo criterio serán actividades conexas las realizadas por el empresario agrícola "cuando estén incluidas en el ejercicio normal de la agricultura". No son principales, pero sí vinculadas, a través de criterios específicos a ella. Pues si se toma a la transformación, industrialización o comercialización en forma aislada indudablemente entrarán dentro del ámbito industrial o comercial. Son consideradas agrarias por la vinculación subjetiva con el empresario, solo si son realizadas dentro del mismo proceso productivo iniciado por él.

En este sentido si el sujeto transformador, industrializador, comercializador o enajenador resulta distinto del productor no son actividades agrarias. Son típicamente comerciales. Igual si esas actividades no guardan un criterio de normalidad dentro de las del empresario serán comerciales por un criterio de normalidad.

Solo serán agrarias las actividades de transformación si el mismo empresario convierte la leche en queso, el tomate en salsa, de vid en vino. Igual ocurre con la típica actividad comercial de industrialización que se califica como agraria si el empresario la cumple, siempre por conexidad y no siendo la más importante, por ejemplo la caña de azúcar en azúcar blanca o morena, el tabaco en puros para fumar. Y la enajenación cuando el empresario vende sus productos dentro de un mercado pequeño, incluyendo hasta la venta del fundo.

Erróneamente algunos califican como agrarias las actividades derivadas de los contratos agroindustriales. Ello es consecuencia del desconocimiento de estas formas contractuales, donde participan empresarios agrícolas con empresarios industriales o comerciales. Ello no es así porque la causa del

contrato es mixto: agrario y comercial.

c. Criterios de conexidad, accesoriedad, normalidad

Para que las actividades de transformación, industrialización, enajenación o comercialización de productos agrícolas sean consideradas agrarias deben estar presentes en el mismo proceso de producción, por conexidad por el mismo productor agrícola.

Se trata, desde luego, de actividades límite, en cuanto son típicamente industriales o comerciales si se realizan en forma independiente.

Pero si estas son cumplidas por el productor en conexión con su proceso productivo se califican como agrarias.

Los criterios de conexidad elaborados generalmente deben ser utilizados en forma complementaria, como modo de ubicar adecuadamente la naturaleza de la actividad, pues de otra manera se corre el riesgo de clasificar como comercial o industrial una actividad agraria o viceversa.

Sobre la conexidad, o accesoriedad, después de 1942, hubo discusiones en cuanto al alcance del concepto, sin embargo, hoy es un argumento pacífico. Quizá la única limitación necesaria de mencionar es que las conexas no pueden ser más importantes, o más amplias, que la principal agraria, pues la conexidad precisamente proviene de ser actividades de otra naturaleza, necesarias para el empresario agrícola, para cumplir con el ciclo productivo. Se trataría la enajenación o comercialización de los productos llevados por el mismo empresario al mercado. Si se mantiene la tesis de una agricultura gobernada por un ciclo biológico, en las actividades conexas o accesorias de transformación, industrialización, enajenación o comercialización de los productos se podría acusar la teoría de ser incompleta. Pero todas estas actividades constituyen una serie de situaciones y relaciones que pertenecen al Agrario en cuanto se vinculan a él teleológicamente, aun cuando pudieren ubicarse fuera del criterio agro biológico.

Pronto, como se expondrá más adelante, las actividades principales y conexas sufrieron el impacto de la doctrina que dio diferentes interpretaciones a unas y otras para depurarlas conforme al hecho técnico de cada una de ellas, no consideradas como tales sino con sentidos diferentes, sea para configurar el **Derecho de la agricultura** o para darles un más largo alcance.

Lo ocurrido con estas actividades en la Manualística fue primero una interpretación literal de las actividades del empresario agrícola, hasta que más tarde la misma interpretación ampliativa dio resultados diferentes.

El criterio de la normalidad no es el único ni exclusivo existente para calificar una actividad industrial o comercial como conexa a la principal de producción, la doctrina ha elaborado varios criterios de conexidad, tales como la accesoriedad, la autonomía, la prevalencia, la ruralidad. Criterios que deberán ser considerados conjuntamente porque constituyen un importante factor diferenciador de la actividad agraria con la mercantil o industrial. Es así como el criterio de la normalidad concurre con otros criterios o "*sintomi di connessione*" como los llama

Carroza, de modo tal que la actividad conexa será considerada tal a condición de que resulte una relación de servicio con la actividad principal[252].

d. Actividades agrarias, no agrarias, discutiblemente agrarias o dudosamente agrarias

Hay muchísimas otras actividades consideradas como agrarias que no lo son, mientras otras que sí lo son adolecen de una cierta dudosa calificación. En la mayoría de los casos si se ha adquirido certeza en su pertenencia o no a lo Agrario. En cualquiera de los casos se trata de razones de calificaciones derivadas de concepciones históricas, calificación jurídica y hasta éticas, sobre las cuales ya se ha hecho hincapié.

En Argentina, por ejemplo, el Agrario se comenzó a estudiar dentro de las cátedras de recursos naturales, entonces hay corrientes, e incluso programas de enseñanza, donde se considera a aquellos como agrarios, tal es el caso del estudio del suelo, de las aguas y del aire. Es evidente que entre los recursos naturales renovables y las actividades ***ius agrarias*** siempre habrá una íntima relación, no así con los recursos naturales irrenovables, pues en el currículo de Agrario no se incluye su estudio.

También hay autores que consideran las actividades extractivas como agrarias, tal es el caso de la pesca e incluso la caza, pero no pueden serlo porque no interviene un empresario en la producción de esos bienes dentro de un ciclo biológico controlado.

Para mencionar solo una exageración entre la de los recursos naturales y las extractivas hay quienes han sostenido el estudio de la actividad petrolera como agraria, y han distinguido incluso entre la extracción del crudo y el gas. Esta corriente ha ido desapareciendo porque el Derecho Minero ha recuperado para sí estas actividades extractivas de lo profundo de la tierra y porque no hay la más mínima relación con la agrariedad.

En cuanto a la pesca el agrario sí admite la posibilidad del cultivo de peces, u otro tipo de mariscos, en estanques, zonas marinas o de ríos donde se ejerza una actividad empresarial de cría de animales dirigido el ciclo biológico por el empresario encargado de la acuicultura. La duda que surgió en el Derecho Agrario Clásico fue la falta de contacto con el suelo, y aún algunos sostienen la crítica por la gran diferencia de la actividad con la agricultura, pero la producción de estos animales lo es en una actividad empresarial donde media un ciclo biológico de otros animales que no importa que no sean ganado.

La pesca en mares o ríos, sin mediar, es decir la extracción de peces, definitivamente no es agraria en cuanto no media la actividad del empresario, ni la actividad agraria.

Antes de la teoría agro biológica, del ciclo biológico o ***agrariedad*** de **Carrozza** hubo discusión en torno a la floricultura, sin embargo hoy nadie discute su pertenencia al Derecho Agrario porque se trata de una actividad

[252] Carroza Antonio. Lezioni di Diritto…, pág. 149-150, Zeledón Ricardo. Derecho procesal…, t. I, pág. 224.

económicamente organizada para la siembra de vegetales, aunque su fin solo sea de ornato y no para el consumo humano. De donde se ha llegado a concluir que los productos agrícolas no son necesariamente para el consumo humano en tanto alimentos. La empresa agrícola tabacalera es uno de los mejores ejemplos para este razonamiento, aunque el fumado tenga hoy una condena generalizada por los males que causa a la salud, y se tiene como actividad conexa a esta la transformación de las hojas tabacaleras en cigarrillos o puros, en actividades tradicionales y no sujetas a las industrias donde éste es solo un elemento dentro de muchísimos otros químicos.

Hay otras actividades aparentemente agrarias, o aparentemente no agrarias, sobre las cuales no hay coincidencia doctrinal, como la cría de perros educados para que obedezcan a su amo, o en general la producción y cría de perros que sirvan para la vigilancia o la seguridad, previa una capacitación para sus propietarios.

La cría de animales que producen lana como las ovejas o pieles finas como el visón, o los gusanos productores de seda, históricamente han sido consideradas agrarias, en tanto la empresa agrícola se encuentra organizada para la obtención de materiales para el vestido humano o animal. En las mismas circunstancias han de encontrarse todas las plantas productoras de hilos cuyas actividades de transformación se realiza en telares, o su industrialización en fábricas.

No cabe duda su naturaleza agraria con la avicultura de pollos, sea para la obtención de huevos o carne, aunque ellos se encuentren en lugares sin contacto con el suelo, como también ocurre con los establos para criar ganado bovino, porcino, caprino, aunque se critique la existencia de una mera transformación de alimento en carne para el consumo animal o humano, al encontrarse en establos sin contacto con la tierra. En cuanto a los diversos tipos de ganado nunca hubo duda de cuáles eran conforme a la zootécnica, por ello el derecho agrario clásico excluyó a la avicultura de pollos por no ser ganado, aun cuando con el transcurso de los años se le admitió como extensión del criterio de cría de animales, por constituir un alimento tanto o más consumible que los otros, y por la permanente presencia del empresario agrícola y un particular hecho técnico necesario para su adecuada producción.

El ganado caballar ha sido admitido desde siempre por ser una especie del género, aun cuando algunos lo condicionan a que los caballos vayan a conformar el ***istrumenta fundi*** de la misma empresa, como es el caso de las empresas ganaderas de bovinos, o para transportar, servir para la siembra con arado. Pero surgen dudas razonables si la producción de ganado caballar se dirija a la cría de caballos para competencia, exposición o diversión. ¿Y qué decir de la cría y entrenamiento de toros para la tauro magia? Ello porque el fin no se dirige a un resultado alimenticio sino para el toreo en espectáculos públicos, no obstante que los empresarios de ganado bovino envía a las carnicerías los ejemplares muertos después de la lidia.

En las nuevas veterinarias se venden todo tipo de animales, especialmente para mascotas de niños o el embellecimiento de zonas de los hogares, tales como peces de colores, perros, gatos, pájaros, tortugas, hasta culebras o animales peligrosos, debidamente amaestrados.

Un vivero donde se venden plantas directamente al público sería agrario solo si él mismo siembra y cultiva sus propias plantas, independientemente si están o no sembradas directamente en el suelo o en macetas, pero si el vivero las compra para la reventa será comercial. En una visión extensiva los productos agrícolas aeropónicos o hidropónicos, también sin contacto con el suelo, siempre que intervenga el empresario agrícola son agrarios.

No obstante la presencia de un empresario agrario detrás de la producción de algunos productos debe excluirse por mediar la ilicitud del producto. La coca en los países andinos tiene una connotación religiosa, y hay comercio libre para el consumo como una infusión similar al té, sobre todo para compensar el organismo a las grandes alturas. Empero su industrialización y comercialización como cocaína resulta prohibida, igual como ocurre con la marihuana, en tales casos no convendría al Agrario, cuando son psicotrópicos, reclamarlos como actividades propias, incluso en el caso de algunos países que han liberado su consumo.

Nunca se ha discutido el tema del tabaco. Siempre ha sido considerada una actividad indiscutiblemente agraria. Pero hoy el Derecho Agrario contemporáneo no puede ser ajeno a que el cigarro ha adquirido el rango de droga mortífera. **Peter Singer**, explica, en el 2012, como en Estados Unidos si bien de 1970 a hoy la tasa de fumadores ha disminuido abruptamente del 40% a 20%, todavía hay 46 millones de fumadores estadounidenses adultos y alrededor de 443.000 de ellos mueren anualmente a consecuencia del cáncer provocado por consumo de tabaco. A nivel mundial las industrias tabacaleras colocan al mercado 6 billones de cigarrillos vendidos (suficientes para cubrir la distancia de la Tierra al Sol, ida y vuelta). Uno de cada 10 de los 1.300 millones de chinos morirá por el consumo del tabaco. Estos números provienen de la actividad industrial de las transnacionales tabacaleras que han introducido sus investigaciones al producto. En primer lugar subieron los índices de nicotina en los cigarrillos con lo cual la extracción de humo por parte de los fumadores los convierte en adictos de la droga. En segundo lugar los científicos de las tabacaleras descubrieron que los fumadores no exhalaban el humo del cigarrillo debido a la alta cantidad de alcalinidad, entonces bajaron esos índices hasta lo suficientes como para que los consumidores inhalaran el humo y entrara hasta los pulmones, causando cáncer. **Robert Proctor**, historiador de las ciencias en la Universidad de Stanford, en su ***Best seller***, del 2012, ***Golden Holocaust: Origins of the Cigarette and the case for Abolition*** (***El holocausto dorado: orígenes de la catástrofe del cigarro y argumentos para abolirlo***) considera que no son las armas o las bombas los artículos más mortíferos de la historia de la civilización, sino el cigarrillo. Una prohibición internacional de la

industria equivale a eliminar toda la pobreza extrema en todo el mundo: sería la única estrategia para salvar más vidas pero sería mucho más difícil de alcanzar.

Hoy también se han admitido como actividades agrarias el cultivo y producción de hongos, dentro del ciclo biológico, y no necesariamente los extraídos de un cultivo no controlado.

Aun cuando primero la biotecnología genética, llamada más tarde en su evolución como ingeniería genética, utilizada en productos agrícolas animales y vegetales sus investigaciones y vende sus transformaciones, específicamente en semillas, hay coincidencia universal que ese tipo de actividades son estrictamente comerciales y no agrarias. El impacto marcado en el proceso productivo ha inducido a algunos a dudar de su verdadera naturaleza jurídica, para incorporar la disciplina dentro de la ***ius agraria***.

Resulta interesante mencionar "los nuevos vegetales" en Italia, con la promulgación del **Código de los derechos de propiedad industrial** (Ley N° 203 del 12 de diciembre del 2002), como consecuencia de varias normas industriales, y particularmente del Acuerdo ***Trips*** unido al **Tratado de Marrakech**, del 14 de abril de 1994, y la respectiva reglamentación comunitaria. El objeto de la disciplina de las variedades vegetales, en la misma forma de los vegetales genéticamente modificados, se encuentra, en alguna forma, conexa con la agricultura. Es la producción de seres vivientes que tienen la destinación propia de la producción agrícola en su más amplio significado con el cuidado de ser biológicamente directas a satisfacer las necesidades esenciales no conducentes ni a la comida ni al vestido y aquellos no esenciales para sobrevivir pero, aún, capaces de permitir el logro de un elevado nivel de cualidad de la vida como la floricultura o la producción de plantas medicinales. Y que por tales su esencia se diferencia de la disciplina de las invenciones industriales que tienen por objeto maquinaria y materiales inertes. Esta depende de la obra del biólogo y del biotecnólogo en el sector de la agricultura que produce un determinado método inventado pues depende de la misma Naturaleza. Se trata de semillas híbridas o genéticamente modificadas, realizadas en una mezcla entre la idea inventiva y el producto obtenido, diferente a como acontece con las invenciones industriales. Esto lleva a acepar, para la agricultura, conceptos e instrumentos característicos de la actividad industrial.

5. LAS DISCIPLINAS INTERNAS DEL DERECHO AGRARIO COMO CONSECUENCIA DE SU EVOLUCIÓN

Con el advenimiento del Derecho Agrario contemporáneo, en la aurora del Siglo XXI, se ha podido encontrar, en un tratamiento aislado y no armónico o menos metodológicamente orgánico, una serie muy extraordinaria de trabajos relativos a verdaderas disciplinas internas de esta importante rama jurídica ¿Parece difícil comprender estas afirmaciones cuando desde siempre se ha sostenido la existencia de un Derecho Agrario, uno y único, con

personalidad propia?

Esto quizá porque, como se ha dicho, ya muchas veces, la agricultura presenta caracteres de complejidad y des organicidad.

La complejidad ha surgido en la época moderna y ha crecido en función del empleo de procedimientos productivos y tecnologías avanzados respecto a la de hace algunas décadas e incluso siglos. Así las formas de la agricultura han aumentado de número y quien investiga sobre el significado de la palabra se encuentra frente a agriculturas diferentes, algunas identificadas por el uso de procesos similares a los industriales.

El retrato de la agricultura contemporánea no se parece a la clásica, idílica, de una economía agreste (es decir campesina o perteneciente al campo), rudimentaria, clasificada en apariencia al Derecho Civil fundiario, con una extraordinaria variedad y movilidad de lineamientos, con la consecuencia que los límites entre agricultura, actividad primaria, y las actividades secundarias y terciarias cada vez son más inciertas y mal definidas.

La des organicidad ha sido advertida, en términos agudos, cuando a los intérpretes se les ha confiado la tarea de descifrar la materia "agricultura" (porque, por ejemplo en el derecho italiano, en el numeral 117 el Constituyente introdujo el título "Agricultura y Forestal" como competencia de las regiones).

Este planteamiento contemporáneo de encontrarse frente a agriculturas diferentes concuerda con tropezar también con las otras actividades principales perceptibles con diversas visiones.

La rústica idea de cría de ganado acoge, con el pasar de los años, muchísimas ideas distintas, primero porque al abandonarse el ganado por la idea de animales, permite descubrir inimaginables mini disciplinas dentro del ganado, como Derecho vacuno o bovino (vacas, toros, bueyes), Derecho ovino (ovejas), Derecho caprino (cabras), Derecho equino (caballos y yeguas) y dentro del ganado también los científicos incluyen la avicultura (ave), piscicultura (peces), cunicultura (conejos y liebres), sumándose a todos ellos, si se formula genéricamente el de perros, mariscos (langostinos, gambas, percebes), y así hasta donde alcancen posibles clasificaciones de animales comestibles: *ad infinitum*, porque en algunas culturas se alimentan con algunos jamás disfrutados en otras como gatos, perros, gusanos, ratones, hormigas, elefantes, arañas, tortugas.

Todo esto acontece también con la antigua silvicultura, en cuanto explotación de árboles, en propiedad privada, previo estudios de impacto ambiental y un proyecto de explotación forestal acompañados y vigilados permanentemente por la Administración Pública ambiental, a largo plazo, para las cortas parciales y la reforestación. Actividad muy cercana, según los forestalistas, a la explotación industrial. Y en esta actividad, para no profundizar también ocurre el fenómeno de generar distintos modos de clasificación y explotación.

a. El derecho de la agricultura o de la fitotecnia

Consecuentemente si el Derecho de la agricultura se identificara únicamente con el agrario su contenido se empobrecería, por lo que las otras actividades históricas deben ubicarse dentro de su órbita, y al de la agricultura también podría calificarse como un Derecho de la fitotecnia.

Los vegetales tienen una larga, y consistente historia, desde la división de Aristóteles de la naturaleza, en minerales (que crecen pero no viven ni sienten), los vegetales (que crecen y viven), y los animales (que crecen, viven y sienten).

El primer problema, a resolver consistiría en determinar si son todos los vegetales susceptibles de producirse como agrarios o tan solo unos cuantos. Desde antaño nunca se le ha formulado esta limitación al cultivo de vegetales. Antes bien la teoría del ciclo biológico, o de la agrariedad, se encargó de incluirlos todos.

Pero como son vegetales hoy no tienen una definición uniforme, se ha recurrido a decir que son los estudiados por los botánicos. Como se verá hay una serie grande de estos que no tendrían ubicación en el agrario. En efecto los botánicos han dividido su estudio en las plantas o reino *plantae* y en los hongos o reino *fungi,* incluyendo los líquenes. La Botánica también ha admitido los organismos denominados algas foto sintetizadoras acuáticas calificadas en su totalidad dentro de un tercer reino *protista*, junto a los *oomices* que por convergencia han desarrollado características típicas de los hongos. Finalmente botánicos y microbiólogos han incluido organismos como los *procariontes* (dentro de ellos bacterias), y hay otros estudiados por los biólogos y los zoólogos denominados *mixomicetes* con el nombre de *nixozoos*.

Evidentemente un Derecho de fitotecnias para un acercamiento al Derecho de la agricultura debería incluir los intereses que priman con los reinos *plantae* y *fungi*, excluyendo los líquenes y todos los demás vegetales diminutos, extraños a la alimentación, el vestido, el ornato o al servicio directo del Ser humano. Porque evidentemente solo entrarán dentro del Derecho de la agricultura las plantas susceptibles de un tratamiento empresarial.

En otro sentido la agricultura tradicional, con que comenzó el Derecho Agrario, difiere sustancialmente de la actual en aspectos técnicos de gran magnitud, sobre todo si las plantas se dirigen a mercados más refinados.

En el ámbito de los ***istrumenta fundi*** hay cambios significativos, porque ya el arado manual, los animales criados para esa actividad, los aperos y las herramientas, han variado casi totalmente. Hoy todos esos instrumentos son mecánicos, con el uso del menor esfuerzo físico de parte del productor o empresario, como consecuencia de los avances tecnológicos y del logro de una producción más eficiente, convirtiéndose el trabajo en el organizador de la actividad económica empresarial y el conocimiento técnico y científico de la agricultura, al punto que diversas actividades tan consustanciales de la agricultura como el arar la tierra, la fertilización y muchos más los contrata el empresario para que empresas especializadas las realicen.

El descubrimiento de los plaguicidas o agroquímicos también ha hecho

variar notablemente la vieja agricultura. Porque estos productos químicos destinados a matar, repeler, regular o interrumpir el crecimiento de seres vivos considerados plagas, o pestes causadas por el microorganismo y ***ersinia pestis*** (donde están los insectos, hierbas, pájaros, mamíferos, moluscos, peces, nematodos o microbios), permiten una recolección más grande y segura. Aun cuando los plaguicidas no necesariamente son venenos, la Convención de Estocolmo, sobre Contaminantes orgánicos persistentes 9 de cada 12 so tóxicos. Por esto en los mercados se establecen Límites Máximos de tolerancia para los productos que han de ingresar en ellos. A partir de la década de 1980 se llegó a determinar el uso de plaguicidas como una verdadera revolución en la agricultura. Existe discusión en torno a su uso porque mientras para algunos resultan relativamente económicos para otros constituyen un signo más de dependencia hacia las grandes transnacionales llamados a encarecer la agricultura. Como se les usa preventivamente también se discute respecto del impacto de ellos en el medio ambiente. Existe una marcada anticultura contra suya por parte de los consumidores quienes cada vez prefieren los productos naturales, sin uso de químicos, en una agricultura orgánica de gran éxito comercial.

Ha sido también, con los vegetales, el área más propensa al uso, casi obligatorio, de los organismos genéticamente modificados (OGM). Las plantas transgénicas se han convertido en un producto de obligada producción por ese medio para gran cantidad de vegetales. En el año 2000, el 52% del frijol de soya y el 25% del maíz cultivado en Estados Unidos, eran cultivos transgénicos o genéticamente modificados. Igualmente, Argentina y Brasil colocan casi toda su producción de soya en China y el Oriente por las características de su dieta. Mientras tanto también respecto de ellos hay grandes críticas por el costo adicional, la dependencia a la ingeniería genética, y el impacto en el ambiente. Por el contrario grandes sectores de consumidores de los grandes mercados se inclinan por la compra de vegetales producidos en una agricultura orgánica, sin alteraciones genéticas.

Para citar solo un ejemplo, los miles y miles de tipos de vinos producidos con sellos de origen certificado, de una determinada zona, producto de viñedos especiales, aunque el proceso de la bebida obtenida de la uva (especie *vitis vinífera*) mediante la fermentación alcohólica de su mosto y metabólicas de levadura que transforman los azúcares del fruto del alcohol etílico y gas de dióxido de carbono, aun cuando cada vino es el producto de factores ambientales como clima, latitud, altitud, horas luz y otros factores naturales, es una muestra de cuanto se puede hacer con los vegetales, la ciencia y la tradición.

Si bien la denominación Derecho de la fitotecnia no se ha impuesto en el ámbito agrario, su significado se comprende correctamente como ciencia agraria. Posiblemente se le vaya a utilizar para ser más específico, pero difícilmente superará al Derecho de la agricultura, no solo por su larga historia, sino porque

prácticamente uno y otro no difieran en nada, salvo para comprender con mayor nitidez el impacto de los nuevos hechos técnicos y para adecuarlo como ha ocurrido con el Derecho zootécnico para involucrar el reino animal, y la nomenclatura a las ciencias exactas.

b.- El derecho zootécnico

Como consecuencia de la terminología de las ciencias exactas, aplicables a la agricultura, se ha considerado que se puede distinguir la agricultura, en sentido puro y propio, de la zootecnia, en cuanto se trate de la producción y cría de algunos tipos de animales. Y como esta actividad se puede ejercer empresarialmente se ha afirmado la existencia de un cierto Derecho zootécnico.

La zootécnica es la ciencia biológica encargada del estudio de los animales, sus factores nutritivos, fisiológicos, genéticos y sociológicos. Dentro de ellos se encuentran: a) de uso por el hombre para resolver sus necesidades (especialmente alimenticias para el bienestar de la comunidad, incluyendo especialmente la producción; b) silvestres o salvajes, cuya producción y consumo generalmente resultan prohibidos, salvo el caso que fueran para la exposición o esparcimiento legalmente autorizado; y, c) los de vida microbiana, microorganismo constituidos como germen de la descomposición.

Con la expansión sufrida por la población humana son necesarios más alimentos, por ello el hombre busca en la producción y cría de animales una respuesta que transformen los nutrientes potenciales de los piensos en productos útiles y apetitosos. El creciente interés del hombre para lograr un mejor conocimiento de cómo los elementos del ambiente influyen sobre los animales ha llevado a los técnicos a unirse con otras disciplinas para mejorar los conocimientos sobre bio meteorología. Esta ciencia estudia las interrelaciones directa e indirectas entre ambiente geofísico y geoquímico de la atmósfera, vegetales y animales. El productor zootecnista estudia la forma en que los diversos componentes del ambiente local natural influyen directamente sobre el animal como empresa; algunas formas como estos elementos constituyen problemas para la producción animal mediante sus interacciones; y los mecanismos fisiológicos de que dispone el animal para superar el reto impuesto por los cambios ambientes; y medidas que puede tomar el hombre para ayudar a sus animales en el mantenimiento de su estado como empresas eficaces.

Dentro del ámbito de los animales y sus utilidades se encuentran recientemente grandes sustituciones: el ganado y los caballos de fuerza por las máquinas, el algodón por las fibras sintéticas, las grasas animales por los aceites vegetales, la carne por nuevas fuentes de proteínas vegetales, el caballo de transporte por instrumento de placer.

En términos jurídicos desde siempre se entendió que la cría de animales podía entrar dentro de la agricultura (artículo 2135 del Código civil italiano), pero considerándola como una actividad secundaria, porque el cultivo de vegetales resultaba ser la agricultura por excelencia, dentro de la cual la

silvicultura tenía la misma connotación por tratarse de vegetales grandes producidos en largos períodos.

En este sentido debe entenderse claramente que cómo la norma del 2135 lo que prevé es la empresa agrícola y no la agricultura, por ello en una agricultura tradicional y antigua bien podía entenderse la cría de ganado como parte de la agricultura en tanto esta necesitaba de animales para su ejercicio pleno. Más tarde cuando ya la ganadería adquirió una actividad empresarial no era tan clara la adopción dentro de la agricultura. Y menos ahora cuando la producción y cría animal adquiere una importancia trascendental, por la cantidad y calidad de su carne y sus derivados.

En Italia un sector de la doctrina, sosteniendo que la ganadería, en términos literales, o la concepción más amplia de cría de animales en la teoría del ciclo biológico no era agricultura, aceptó su inclusión al advertir que esta actividad debía entenderse como cultivo del suelo. Fenómeno presente en España en los mismos términos. Entonces se trata de un problema metodológico propio del Derecho agrario. Porque se trataría de adoptar un tercer estatuto de cultivo de animales, al lado de los otros dos estatutos del cultivo de vegetales y el de la silvicultura. Esta tesis tendría como ventaja la adopción en todos los casos de la teoría del ciclo biológico, o agrariedad. Porque el proceso del cultivo del suelo o el proceso de producción y cría de animales, en tanto surjan de un proceso de producción no tiene importancia el fin que la industrialización o comercialización les den, para que el consumidor los escoja y adquiere luego del proceso productivo. Esto quiere decir que el proceso de producción siempre es el mismo independientemente del uso que haga el consumidor del resultado de la producción y cría de animales, porque jurídicamente es indiferente.

Por esas razones las circunstancias contemporáneas parecen entrever las condiciones idóneas y convenientes para formarse y consolidarse una normativa separada dentro de una especialidad, reconociendo como genérico al agrario y como de segundo grado el zootécnico. Se trataría de una normativa más de orden público que estrictamente privado, en cuanto adquiere particularidades de un hecho técnico ***sui generis***, por tal razón se puede adivinar un cierto Derecho zootécnico en sólida formación.

El uso del vocablo zootecnia se ha visto favorecido porque en inglés constituye un neologismo pues la voz animal, ha servido tanto para designar la ciencia como el arte aplicado para la cría de animales. Por el contrario en castellano se distingue entre zootecnia y ganadería, arte u objeto práctico de esta ciencia, lo cual también ocurre en el francés entre *zootechnie* y *elevage*, o en italiano entre *zootecnica* y *bestiame*. El vocablo unificado permite no hacer distinción alguna entre la producción y cría de animales con la especie ganado, y ofrece un concepto más amplio y comprensivo de la actividad y de la ciencia. Porque mientras solo hay ganado vacuno o bovino (vacas, toros, bueyes), también hay ovino (ovejas), porcino (cerdos), caprino (cabras), equino o

caballar (caballos y yeguas), en un sentido más amplio hay actividades de animales avícolas (aves), avícola de pollos, piscicultura (peces), cunicultura (conejos y liebres), apicultura (abejas), acuicultura (especies acuáticas) y helicultura (caracoles).

La zootecnia debe desarrollar una actividad holística para conocer e investigar sobre todos los fenómenos involucrados en la producción y cría de animales, desde los aspectos genéticos, de reproducción, sanidad preventiva y nutricional, económica en cuanto a la obtención de los máximos rendimientos, administrándoles adecuadamente bajo criterios de sostenibilidad, y el gusto de los consumidores. Abarca, además, los derivados de los animales, como los huevos, la leche, la piel, la miel, manteniendo el bienestar de los animales para subsiguientes producciones, o la obtención de la carne que requiere de una matanza refinada sin traumatizar los animales con su sacrificio.

El conocimiento y uso fiel de las medidas zoosanitarias constituyen también una importante labor para la comercialización nacional e internacional de los animales, para que se encuentren en perfecto estado de salud, y sean idóneas para la sana alimentación humana, sin perjudicar la salud o la vida de los consumidores.

Igualmente importante para poder colocar los productos animales en el mercado es el adecuado conocimiento de cuotas, requisitos, calidad y demás normas impuestas por la sanidad y las aduanas de los productos para un consumidor cada vez más refinado, que no admite bienes de cualquier tipo u origen de dudosa calidad. En este sentido se exige de los animales la trazabilidad, esto es el conocimiento que se pueda obtener del recorrido del animal desde el momento de su nacimiento hasta la mesa del consumidor.

Esta nueva clasificación jurídica sería útil para el agrario en tanto se trate de una actividad empresarial para la cría de animales, excluyendo los animales domésticos, de entretenimiento y los salvajes en libertad, porque estos siempre le han sido extraños al agrario. En cuanto a los domésticos cada vez los hay de la más diversa índole, no limitados a los perros, los gatos, palomas, peces exóticos en peceras, pájaros de todo tipo de especies y colores, tortugas pequeñas, generalmente destinados a ser mascotas o meros animales de compañía, en el hogar; quedan a salvo animales vinculados a la casa como gallinas que en los hogares campesinos conviven produciendo huevos o carne. Respecto de los animales de entretenimiento, desde los caballos, ponis, guacamayas, pavo reales, hasta los exóticos propios de zoológicos públicos o privados como leones, tigres, jirafas, jaguares, panteras negras, elefantes, muchos de ellos son reproducidos en cautiverios para ampliar las colecciones o para venderlos a otros zoológicos o coleccionistas. Finalmente los animales salvajes en libertad que su vida solo tiene sentido en estado natural, o por tratarse de animales para la protección de especies en proceso de extinción.

Con cualquier límite que se imponga a la producción y cría de animales, resultan los zootécnicos idóneos en tanto sigan un proceso de agrariedad,

concebidos técnicamente para el servicio alimenticio del hombre, incluidos los derivados de ellos, útiles todos a los intereses alimentarios y del mejoramiento de la vida de los consumidores.

Son sumamente apetecidos en el mercado los animales que producen su carne o derivados bajo especiales técnicas para la obtención de una mejor calidad de productos controlados en su forma de producirlos y alimentarlos. El jamón de cerdos creados comiendo solamente un tipo especial de semillas como la nuez o la almendra. En general el ganado bovino estabulado, sea de aquellos sacrificado a los seis meses y alimentado solo de la leche materna y algunos piensos especiales, o los que recibe sus alimentos en el establo y no debe ir a buscarlo o pisotearlo al pastizal, porque producen una carne más suave y de extraordinaria calidad culinaria.

Como dato interesante de la forma como se desarrolla la zootecnia biológica puede consultarse el Reglamento N° 1804 de la Comunidad aprobado el 19 de julio de 1999, referido a un reglamento sobre la zootecnia biológica. Y la publicación, con ese nombre, de Eloisa Cristiani, en la ***Rivista di Diritto agrario*** del 2000.

Especial mención merece, dentro del derecho zootécnico, el problema de los organismos genéticamente modificados (OGM). Porque en el ámbito del Derecho zootécnico hay un acercamiento peligroso de la ingeniería genética con el Ser humano.

Detrás de todo esto la industria anda buscando patentizar las investigaciones y el futuro ejercicio de actividades con células madres embrionarias humanas. La ingeniería genética ha avanzado en el tratamiento de animales con el fin de consolidar en cualquier momento sus actividades con el ser humanos. Pero en todo el Planeta, bajo todo tipo de organización política o creencia religiosa, hay una oposición muy marcada autorizar patentes de dichas investigaciones y desde luego la práctica real de esos conocimientos con seres humanos (practicados en el anonimato en forma ilegal y antiética). El 19 de octubre del 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en una sentencia memorable indicó: "El uso de embriones humanos con fines terapéuticos o diagnósticos aplicados al propio embrión es patentable, pero su uso en la investigación no lo es (…) Un proceso que implica extracción de células madre de un embrión humano en el estadio de blastocito (cuatro o cinco días después de la fecundación) y la destrucción del embrión no puede ser patentado". Para algunos científicos, esa resolución podría frenar el impulso a las investigaciones médicas: "Es un increíble revés para la investigación con células madre. El Tribunal adoptó una postura extrema sobre las restricciones en esta área, que tendrá graves repercusiones a nivel global" (Olivier Brustle). El Tribunal de Luxemburgo coincide con la tesis universal autorizar a patentar la célula madre embrionaria sería como patentar la vida, y eso no puede hacerse porque la vida no puede tener dueño. Otra cosa es el procedimiento con esas células porque se trata de ideas desarrolladas

por la Ciencia. La sentencia se dio dentro del proceso de Olivier Brustle contra Greenpeace iniciado desde 1997.

c. El Derecho forestal empresarial, con proyectos de reforestación

También como consecuencia de un especial hecho técnico hoy se afirma la existencia de un cierto Derecho forestal. La actividad silvícola desde tiempos inmemorables como tal, o como cultivo del suelo, o como parte del cultivo de vegetales en la concepción de la agrariedad, o separadamente en un cuadro unitario como disciplina también ha llegado a conformase como Derecho agrario.

La agricultura, que comenzó en la Edad de Piedra, es mucho más antigua que la silvicultura que emergió hasta finales del Siglo XII cuando en Alemania se fundó la primera escuela de ingeniería forestal, como necesidad de producir buenos ejemplares para la construcción de la flota de su armada. Nació como una técnica conformada por principios y un especial tratamiento a los bosques donde se aplicaba a las masas forestales un especial tratamiento para obtener una producción continúa de bienes demandados por la Sociedad y el aumento de su calidad, y por otra parte su uso múltiple. Forman parte de su campo el arte de crear o conservar un bosque, y la teoría y la práctica de regular el establecimiento de una masa arbórea, su composición y desarrollo; para ello se apoya en la geobotánica, ecología, edafología, climatología y dendrografía entre otras.

Una de las características más destacadas de las áreas dedicadas a lo forestal, sea para la conservación o la producción empresarial de madera, es que son zonas no aptas para el ejercicio de la zootecnia o la fitotecnia por la fragilidad de sus tierras y la dificultad de transportarse por ellas, de ahí el criterio forestal de prohibir en las primeras la cacería, y en las otras por la presencia del hombre en la actividad silvícola casi donde solo hay animales silvestres o salvajes, también restricciones de cacería.

Las peculiaridades de la materia forestal son exactamente las mismas señaladas para las materias fitotecnias o zootecnias, en cuanto al tratamiento de las ciencias exactas contemporáneas vinculadas a la agricultura y el surgimiento de un hecho técnico más complejo, ***sui generis***, que le permite el paso de mera actividad agrícola a disciplina jurídica.

Por medio de ese hecho técnico económico se autoriza la siembra de una asociación de árboles conforme a un programa de gestión debidamente autorizado por la Administración Pública ambiental, donde se define la plantación, los tipos y especies sembradas, la conservación del bosque, las labores de ralea, la corta periódica, todo en armonía con los intereses públicos inherentes a las funciones físicas y sociales del bosque.

No es ni más ni menos que la empresa forestal que realiza con las múltiples connotaciones de su actividad las condiciones de este nuevo equilibrio de lo forestal en el ambiente, dentro de la agrariedad, basada en la idea que la materia agricultura está regulada sobre el fundamento biológico

que la califica y distingue, permitiendo las exigencias de sistematización.

En la empresa forestal el rol central se encuentra en el nuevo contexto y de la perspectiva de largo periodo, el cual, si no parece seguro un agregado, al menos permite trazar algunas líneas de guía. No habría empresa forestal si tan solo se tratara de la conservación "anti productiva", sino en cuanto significa el disfrute o corta de los vegetales forestales sembrados y resembrados, característicos de la nueva agricultura, en el ejercicio de actividades también sustancialmente no agrícolas como la de los servicios ambientales, a los turísticos y hasta artesanales de sus productos. En este sentido surge la consideración de una pluri funcionalidad del bosque que permite el ejercicio múltiple de la actividad.

Las nuevas legislaciones permiten al empresario forestal ***tout court*** la posibilidad de efectuar sobre el propio fundo actividades recreativas (por ejemplo la existencia de lagos para la pesca deportiva o de consumo en actividades de agroturismo), las cuales en modo alguno constituyen el disfrute directo o indirecto de recursos animales o vegetales, pero que permiten la connotación de la empresa forestal, consecuencia del largo periodo del ciclo forestal del bosque En forma análoga es posible el ejercicio de actividades faunísticas que el empresario forestal puede ejercer en su propio fundo, ellas otorgan un servicio pero no se resuelven económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinados al consumo.

La orientación de la puesta en reposo de los terrenos, o mejor dicho la obligación, reafirma la discusión del tema agro biológico según el cual no se cultiva el suelo sino las plantas o los vegetales, en cuanto el empresario forestal debe también cuidar del fundo, la tierra, asumiendo medidas eficaces en función de la tutela ambiental, condición esta indispensable a fin de obtener el pago compensatorio por tal gestión indirectamente conservativa.

También en el cultivo del bosque no es solo el cuidado de los árboles que crecen sino también la combinación de trabajo sobre la planta y el terreno, con resultados paisajísticos y estéticos. Dentro de estas el empresario forestal también debe pensar en las rondas anti incendio que debe cuidar permanentemente para evitar el riesgo proveniente de un desastre de esta naturaleza proveniente de los vecinos, las barreras anti vientos que debe colocar en forma estratégica para el crecimiento de los otros árboles y otra prevención respecto de los estragos de los incendios masivos en los bosques. Estas actividades tienen diferentes características en razón de las funciones físicas y biológicas donde se encuentra sembrado el bosque.

Es precisamente derivado del servicio ambiental, al cual la empresa forestal siempre se encuentra ligado, que se mantiene el concepto de agricultura territorial, el terreno, el fundo, continúan con el rol productivo, pero y sobre todo un espacio de connotación ambiental y de la fuerte validez socio cultural (tradiciones, costumbres) valorizado a través de la presencia de los agricultores.

En el contexto de la agricultura territorial responde a múltiples exigencias donde el fundo, como si fuese el perno central, de un amplio ámbito territorial, llega a ser momento imprescindible de las actividades agrícolas pluri funcionales, de las cuales la empresa forestal llega a ser la caracterización ejemplar.

El percatarse de la existencia de diferentes tipos de empresas forestales podría inducir a la búsqueda de diferentes estatutos para cada una de ellas, sin embargo no obstantes sus diferencias es preferible ir a la búsqueda de una noción unitaria, como ocurre en las demás sub disciplinas del Derecho Agrario.

Una reflexión formulada entre los cultores de la empresa forestal consiste en determinar si la configuración de este tipo de empresa pueda llegar a formularse como una empresa agrícola de servicios. Esta reflexión deriva del análisis del bosque y de las funciones como resulta indirectamente confirmado por la disciplina del sistema de las limitaciones impuestas a la actividad. Entre ellas los servicios a la colectividad pues, además de cuidar del bosque, deben defenderse los terrenos de la caída de avalanchas, de piedras que se precipitan rodando, del control y de la furia de los vientos, además de ser útiles para las condiciones higiénicas locales. Esto lo demuestra la normativa forestal cuando impone a los propietarios o poseedores indemnizaciones congruentes cuando estos fenómenos ocurren.

Del derecho comparado se pueden obtener interesantes innovaciones para el cultivo empresarial de los bosques. En primer lugar, la existencia de controles de la Administración sobre la programación de la actividad, anuales e intersectoriales de las acciones referidas (más allá de la agricultura también de las actividades de pesca o las vinculadas a la artesanía), a la tutela del ambiente y del espacio rural, a las diversificaciones de las actividades agrarias. Estas actitudes significativas conforman el "paquete forestal" el cual alarga el horizonte de las intervenciones agrarias a actividades productivas no estrictamente agrarias o tradicionalmente consideradas como tales.

En fin, surge una legislación de donde emerge claramente una empresa forestal que funciona en forma diversamente finalizada, orientada a los nuevos tiempos, sea a la producción de (múltiples) servicios, tanto como de los productos forestales para la cual fue constituida, sin que ello derive en involucrar desviaciones entre la actividad forestal empresarial y la de protección. En cuanto en las primeras, y solo en ellas, es posible la pluri funcionalidad de los bienes forestales en un único contexto productivo que tiene en el ciclo biológico del bosque sus raíces en el territorio y su referencia en el empresario.

En la aprobación forestal empresarial, como se ha mencionado, juega un papel fundamental la actividad administrativa. Ella manifiesta la propia voluntad a través de expresiones de la posición de supremacía sobre los privados. Para el ejercicio de la actividad empresarial agraria, en casi todos los países, juega un papel extraordinario los estudios de evaluación de impacto

ambiental realizados antes y durante el ciclo biológico de la actividad en el bosque. En segundo lugar, el procedimiento administrativo conformado por el conjunto de actos de la administración donde se encuentran la fase de la iniciativa, la fase de instrucción, la fase constitutiva con la cual viene creado el procedimiento, y eventualmente la fase de integración de la eficacia cuando se aprueba el proyecto sujeto a controles y otras formalidades sucesivas para su adopción.

Como el procedimiento de aprobación generalmente es muy estricto y restrictivo, el administrado debe vigilar necesariamente los vicios del procedimiento administrativo, sea en cuanto a la valorización o interpretación de los programas técnicos, la oportunidad o conveniencia que niegue la administración. En este sentido es fundamental concebir ese procedimiento bajo los principios de legalidad, imparcialidad, buena administración, racionalidad, economicidad, eficacia y publicidad. Igualmente debe dotarse al empresario forestal la posibilidad de contar con los recursos contra el procedimiento administrativo viciado, para enmendarlo y lograr la aprobación gestionada.

En el ámbito de los cultores del Derecho Forestal se afirma la existencia de una cierta propiedad forestal. Se trataría de una propiedad privada sujeta a múltiples limitaciones jurídicas y procesales frente a la administración pública. Quizá sea más conveniente mantener el criterio de propiedad agraria. Empero, sea uno u otro, el término no parece feliz porque lo importante no es la propiedad sino la actividad. La propiedad se refiere a la titularidad, mientras lo forestal se refiera a la actividad empresarial forestal. Puede ser que una propiedad privada tenga aptitudes para la actividad forestal o silvicultura, pero lo importante no es la titularidad sino la posibilidad real y cierta de poder poner en condiciones de producción forestal el inmueble. Si las tierras no son aptas para la agricultura o la zootécnica, y por tal encuentran su utilidad en la siembra y resiembra de familiar arbóreas para su corta, resulta de poca utilidad en concepto de propiedad forestal, porque antes sería una propiedad improductiva, una mera titularidad, que solo puede denominarse propiedad agraria o propiedad forestal si en ella se desarrolla un ciclo biológico de árboles, en una actividad económicamente organizada por el empresario forestal.

d. No es agrario el denominado Derecho Forestal en las Áreas Protegidas, por ser inalienables, donde no se puede ejercer una actividad forestal empresarial. La denominada posesión ecológica. Problemas de los poseedores y usucapientes

En todos los países existe un régimen jurídico de las áreas protegidas compuesto por los parques nacionales históricos, las reservas nacionales estatales, ya pertenecientes desde siempre al Estado o expropiadas a los privados, con instituciones específicas sobre su régimen en territorios protegidos, zonificación del mismo territorio y de los parques con su propia

estructura administrativa y los poderes del ente del parque -Alberto Abrami-. Se trata de áreas inalienables e imprescriptibles que originalmente cubrieron la casi totalidad del ámbito nacional, y que han quedado como parte del Estado después de largos periodos de privatización por parte de propietarios originarios y usucapientes.

Las áreas protegidas, mejor identificadas en tiempos recientes como el Patrimonio natural del Estado, perteneciente al sector público bajo una única óptica conservacionista de preservación de la naturaleza. Se diferencia de las áreas pertenecientes al sector privado bajo la óptica de plantaciones forestales para la explotación de los bosques que han sido sembrados. La propiedad y la actividad forestal las ejerce el empresario en forma limitada, impuesta por una normativa especial, y a la forma como se le autoriza, sin poder realizar actividades diferentes o conducir el proceso productivo en forma autónoma sino dentro del ciclo biológico autorizado. Esto significa que no puede cultivar, o no cultivar, sino en función de un plan de manejo debidamente fiscalizado. En este sentido se ha criticado al forestal de ser más bien una actividad industrial a largo plazo, y no meramente agrícola.

Tienen de común entre la antigua silvicultura y el nuevo Derecho forestal que ambos solo pueden expresarse a través de la participación empresarial, porque son actividades económicamente organizadas, con el fin de la producción de árboles dentro de una masa con un programa técnico de siembra y corta de árboles, sin destruir la masa, pese a la corta periódica.

En esta forma el Derecho forestal deriva de la silvicultura del artículo 2135 del Código Civil italiano. Lleva en su seno la empresa agraria, y no corresponde en modo alguno a la conservación del bosque porque para tal fin se encuentra la mencionada disciplina de las áreas protegidas regidas por el Derecho administrativo.

La conservación es propia del Estado en grandes áreas de montaña que por su especial condición debe ser mantenida y nunca explotada por los particulares, para garantizar los recursos naturales forestales inalienables e imprescriptibles, como fenómeno histórico y cultural para crear un equilibrio con las demás actividades empresariales o no empresariales de la Sociedad, garantizando la preservación de los ríos, el suministro de aguas a las comunidades, la preservación de las especies originales, la estabilidad del suelo, y en general el equilibrio con todo el medio ambiente.

La conservación de los bosques de las áreas protegidas y el Derecho Forestal son dos facetas contrapuestas y contradictorias en sus fines. Así lo establece todo el derecho comparado referido a la normativa forestal pues en todas esas leyes se distinguen dos tipos de regímenes: 1) la función esencial y prioritaria del Estado de velar por la conservación, protección y administración de los bosques naturales propios, y 2) la producción, el aprovechamiento, la industrialización y el fomento de los recursos forestales destinados a ese fin.

La primera es no empresarial, la segunda es eminentemente empresarial.

La primera tiene lugar en terrenos jurídicamente excluidos de toda actividad comercial, industrial, agraria o de explotación forestal. El Derecho Forestal se ejerce en propiedad privada que el Estado ha autorizado a dedicar el uso del suelo a la siembra, corta, resiembra de familias arbóreas con especies tradicionales o económicamente interesantes.

Si bien en el sobresuelo de las reservas naturales o nacionales boscosas hay menor cantidad de árboles que en el ámbito del Derecho Forestal ello se debe a que en la actividad empresarial hay una constante siembra y resiembra de especies para esperar el momento óptimo fijado de su corta para la comercialización, sea previa o no la transformación en tucas, tablas, o partes más pequeñas para llevarlas al mercado. En las reservas boscosas se pretende preservar un patrimonio forestal original, que se abastece a sí mismo por medio de la misma naturaleza, preservando las especies naturales. En el Derecho Forestal esos valores no tienen el mismo sentido pues no se pretende la conservación sino la explotación empresarial de especies no siempre naturales ni antiguas, sino económicamente rentables.

En muchos países hay zonas boscosas no declaradas áreas protegidas, con bosques primarios o secundarios, poseídos por terceros que no pueden ejercer ninguna actividad empresarial referida a los bosques, ni actividades comerciales de ningún tipo, y luego se declara esa zona de interés público para la conservación. Algunos han intentado formular la figura de la posesión ecológica en esos terrenos que tienen todo tipo de prohibición de actividades privadas. Ello con el objeto de obtener un título de propiedad por medio de la usucapión. Esta figura tiene sus grandes limitaciones jurídicas. Primero con la figura posesoria porque se trata de una posesión con animus pero sin corpus, con impedimento de ingreso o con ingreso sin contenido real de tener el corpus porque no puede ejercer ningún tipo de actividad. En segundo lugar desde un punto de vista del instituto de la propiedad solo se podría sostener la existencia de una propiedad ***ad usucapionen*** consolidada que ha sido expropiada de hecho, incluso con vicios de constitucionalidad a la luz de las Cortes Constitucionales más prestigiosas del mundo porque las limitaciones impuestas van más allá de permitirle al propietario el ejercicio del núcleo central de la propiedad: en cuanto su ejercicio pleno es prohibido, constituyendo una verdadera expropiación de hecho (al violar ese núcleo central de la propiedad, de ejercicio y disposición). Se considera un acto arbitrario porque el Estado le impide a los propietarios ejercer libremente actividades lícitas para la propiedad privada, muy particularmente la posesión y la explotación del fundo sea a través de la extracción de la madera para crear una empresa forestal o bien obtener el título y dedicarse a las actividades siembra y resiembra de especies como es propio del Derecho Forestal.

En estos casos, de declaratoria de zonas protegidas con la presencia de terceros usucapientes obliga a la indemnización expropiatoria, para retribuir a los poseedores o usucapientes con el pago de sus derechos. Porque el fin

público establecido prevalece sobre el derecho individual del poseedor, sea poseedor ***ad usucapionen***, o propietario, sea registral o no.

La usucapión ecológica como figura no es clara ni sólida. Explica una situación determinada, pero en el campo jurídico tiene sus problemas. El mayor consiste en el intento del pseudo usucapiente de lograr por medio de documentos, quizá recientes, y la demostración testimonial de personas que conocen la cadena posesoria de adquirir posesión en esas zonas boscosas. Porque es imposible el otorgamiento del título. Hay intereses públicos de mayor jerarquía que prevalecen sobre esos derechos subjetivos. En tal eventualidad los Tribunales en vez de otorgar el título debe remitir al gestionante a la vía contencioso administrativa para que demuestre su mejor derecho frente al Estado y se le indemnicen los daños y perjuicios, dentro de ellos el valor comercial del inmueble.

Cuando la administración forestal ha prometido otorgar a los poseedores usucapientes o ***ad usucapionen***, o a los simples poseedores no usucapientes, tierras y títulos sobre las áreas poseídas está cometiendo un grave error conceptual e institucional por darle prioridad a intereses privados sobre los públicos. Pues en ningún caso el poseedor con título puede comportarse como tal porque existen límites e impedimentos graves de ejercer la propiedad privada en dichas zonas de reservas forestales creadas para la conservación de montañas y bosques naturales.

En cualquier caso solo podrá existir un pronunciamiento judicial, en la sede contencioso administrativa, de la solución al problema, que, como se indicó, se limitará a la indemnización de daños y perjuicios, pero nunca para recuperar los terrenos u obtener títulos sobre ellos, ni a dejar indemnes a los propietarios originales.

Muy débil, entonces, parece la figura de la usucapión ecológica para resolver estos serios conflictos entre intereses privados y públicos, y en relación a importantes zonas boscosas cuyo fin solo debe ser su conformación como inalienables e imprescriptibles.

Otra tesis, pretendidamente protectora de la Naturaleza y el ser humano, pero pésima en las consecuencias desde el punto de los derechos humanos, consiste en admitir la convivencia del no empresario en la conservación del bosque natural, sin ejercicio de actividades económicas, sin entrega de títulos y sin reconocimiento como propietario forestal. Resultaría una convivencia idílica de una verdadera esclavitud del hombre dentro del bosque donde no puede ejercer ninguna actividad empresarial. Porque inclusive los animales silvestres o salvajes habitantes de esos bosques tienen una veda absoluta, y las personas no podrían siquiera tener acceso a la alimentación de la reserva boscosa.

LOS INTERDICTOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL AGRARIO

Álvaro Meza Lazarus

En el nuevo Código Procesal Agrario, que entrará en vigencia en febrero de 2021, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción Agraria, que regulará hasta esa fecha el llamado proceso agrario, si se regulan los interdictos bajo el llamado proceso de conocimiento sumario. En la Ley de la Jurisdicción Agraria de 1982, los procesos agrarios se clasificaban en el proceso ordinario agrario, los procedimientos especiales regulados en la Ley que eran básicamente; la expropiación y las demasías y luego se distinguía en lo que se llamaba otros procedimientos, los cuales estaban regulados en otras normas procesales sobre todo en el Código Procesal Civil, en adelante indistintamente CPC, y comprendían, entre otros, el desahucio, los interdictos, el proceso sucesorio, los procesos de ejecución .

ASPECTOS PROCESALES DE LOS INTERDICTOS

La regulación de los interdictos en el Código Procesal Agrario, en adelante indistintamente CPA, los encontramos en el artículo 252 inciso 1 , que determina que el interdicto es un proceso sumario, es decir un proceso de naturaleza jurídica de conocimiento , donde el juez toma conocimiento de los hechos, analiza la prueba y resuelve mediante sentencia las pretensiones. El interdicto es un proceso que fue concebido, como indica su raíz latina, *inter dictum,* es decir, mientras se dicta el derecho. Sobra decir, para tan distinguida concurrencia, que por ello el interdicto no produce cosa juzgada material y tiene plazos más cortos.

En el CPA, al igual que en el nuevo CPC a diferencia del derogado, se ha excluido, bajo la categoría de interdictos, los llamados interdictos prohibitivos, como lo son la suspensión de obra u obra nueva y la llamada obra vieja o interdicto de derribo, los cuales permanecen como sumarios pero sin la nomenclatura y categoría de interdictos. El primero porque en el mismo se permite la referencia a la propiedad o un derecho que está siendo afectado y en el segundo porque la legitimación corresponde a un interés colectivo. Igualmente se asienta la categoría de interdicto a la pretensión denominada de reposición de mojones o linderos.

En general el proceso sumario, y por ende el interdicto, inicia con una demanda, que si se presenta de manera correcta genera el emplazamiento hacia la parte demandada, por el plazo de cinco días.

Es de tomar en cuenta que el CPA introduce una figura interesante que es la posibilidad de que la parte actora solicite en la demanda que se otorgue

a la demandada un plazo para el cumplimiento de la pretensión principal, cuando se refiera a: la devolución de un bien o la autorización para ingresar a un inmueble o el restablecimiento del derecho de paso, en lo que a interdictos corresponde. Este plazo se da con el mismo plazo del emplazamiento y si se cumple lo requerido, las partes deberán informarlo al tribunal. En tal supuesto, se dará por terminado el proceso sin especial condenatoria en costas. Esta figura está concebida pretendiendo que quien realiza el acto perturbatorio , quizás sin el consejo de un abogado, pueda retractase de su comportamiento y se retire del inmueble o permita el paso, y si lo desea presente directamente una demanda ordinaria para defender sus derechos en el caso de que sea lo que más le convenga.

Una vez que se contesta la demanda y se presentan las excepciones a la misma pasamos a la etapa de la audiencia única, regulada en el artículo 192 del CPA, que establece el procedimiento sin audiencia o en audiencia única . Según este artículo, Cuando no se justifique el señalamiento de audiencias por la naturaleza del proceso, o de existir circunstancias propias de este, o no existir prueba que realizar, se dictará la sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, que el proceso se tramite en audiencia única, en la cual podrán expresarse conclusiones. En los interdictos por la naturaleza de lo debatido y porque en el CPA se exige la presencia en el fundo, de ser necesario, cosa que sucede en la materia interdictal, estamos ante un proceso con audiencia única, con lo cual la misma es imprescindible,

En esta única audiencia se procede a informar a las partes de cómo se va a desarrollar la audiencia, se invita a la conciliación de ser posible , se da la palabra al actor para que informe sobre la demanda y sus pretensiones, luego se da la réplica al actor y la contra prueba , luego la recepción y admisión de la prueba . Con posterioridad se conoce de las excepciones procesales, la resolución de las excepciones procesales, la cuantía, la fijación del objeto de debate la admisión y recepción de la prueba, el alegato de conclusiones y por último la sentencia, que puede diferirse.

DE LA DEMANDA INTERDICTAL IMPROPONIBLE

El interdicto al igual que sucede con otros procesos permite la aplicación del instituto de la demanda improponible, si el artículo 101 establece la Demanda improponible y dice que *" Se rechazará la demanda, o la solicitud inicial en procesos no contenciosos, cuando sean evidentemente improponibles, mediante sentencia anticipada, emitida al inicio o en cualquier estado del proceso. Lo serán aquellas en que:*

1*) La pretensión sea evidentemente contraria al ordenamiento jurídico, imposible o carente de interés*. Caso de un interdicto contra decisiones judiciales o administrativas o cuando se pretenda discutir situaciones referidas a propiedad o mejor derecho de poseer

2) *Se ejerciten en fraude procesal o con abuso del proceso*.

3) *Sea aplicable la caducidad* , caso que transcurra más de tres meses desde el acto perturbatorio, solo que en el caso presente debe estar comprobada dicha situación en la demanda misma, mediante manifestación expresa del actor al narrar los hechos de la demanda.

4*) La pretensión haya sido objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo sea reiteración del anterior*. Lo que no se aplica en materia interdictal porque no existe cosa juzgada material y se trata de situaciones referidas al mero hecho de la posesión.

5) Quien la propone carezca, de forma evidente, de legitimación. porque diga ser propietario y no poseedor de hecho

6) En proceso anterior se haya renunciado al derecho., lo cual no procede en materia interdictal por la pretensión a debatir

7) El derecho haya sido conciliado o transado y exista resolución firme que los haya homologado o sometido a arbitraje con anterioridad., con lo cual algunas situaciones podrían asimilarse a la decisión judicial o a conciliación o mediación

8) El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en aquel donde se causaron., lo que no sería de aplicación en esta materia

9) Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión, por ejemplo la posesión de hecho.

Es claro que la improponibilidad debe dictarse en la audiencia única aunque considero que ciertos casos de improponibilidad pueden dictarse de oficio con la mera presentación de la demanda , por ejemplo lo relativo a pretensiones referidas a decisiones judiciales o administrativas o aquellas en que se alegue la protección a la propiedad en el escrito inicial sin hacer referencia a la posesión de hecho .

DE LA SENTENCIA Y LA POSIBIIDAD DE ORDINARIAR LA VIA

La sentencia tendrá apelación dentro de los cinco días y en caso de que sentencia este firme, dentro de los cinco días a esta firmeza, la parte podrá ordinariar la vía. De conformidad con el artículo 255 Si se emite sentencia desestimatoria, se revocará cualquier acto de ejecución o medida cautelar acordados. No obstante, la parte actora podrá solicitar en el plazo de cinco días a partir de su firmeza que se convierta el proceso sumario en ordinario. Si se trata de los mismos hechos y partes, bastará que en la solicitud se informe que se mantiene lo expresado en la demanda sumaria y se readecuen las pretensiones. Caso contrario, deberá adjuntar de una vez el nuevo alegato de demanda, cumpliendo los requisitos legales.

El emplazamiento a la parte demandada se hará por el plazo de quince días, y su comunicación se hará en el medio señalado en el sumario. Si se demanda a otras personas, serán notificadas de forma personal. De igual manera, se notificará a quienes no se hayan apersonado al sumario o no hayan señalado medio para esos efectos. Cuando se admita la conversión, se mantendrán las medidas cautelares declaradas.

La prueba practicada con anterioridad conservará su eficacia, siempre que no se vulneren la inmediación, el derecho de defensa y el contradictorio de las partes, de lo contrario podrá incorporarse como documental.

LA COMPETENCIA AGRARIA EN MATERIA DE INTERDICTOS.

Ahora bien surge la interrogante de cómo saber cuándo un interdicto es agrario y no civil. Para responde a esta ´pregunta debemos ceñirnos al criterio de competencia que señala el mismo Código Procesal Agrario.

En principio hay un elemento restrictivo propio de todos los interdictos, el inmueble, este debe ser categorizado como agrario es decir debe tratarse de un inmueble con aptitud agraria., lo que no debe llamar a engaño al circunscribirlo al mundo rural o a una porción de terreno rústico porque debe recordarse que lo importante en materia agraria no es donde, se hace sino como se hace, aludiéndose al concepto de agrariedad , es decir al desarrollo de un ciclo biológico vegetal, fungi , protista o animal , ligado directa o indirectamente al uso y disfrute de las fuerzas y recursos naturales. Partiendo de esa idea debe de decirse que el fundo es la base material de la empresa agraria y por ende un inmueble ubicado en lo urbano en el que exista un estanque dedicado al cultivo de camarones sería objeto de un interdicto agrario.

De acuerdo a los artículos 2 y 265 del CPA los interdictos agrarios serán aquellos en los cuales se debate sobre la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles agrarios consistentes estos en aquellos destinados o aptos para el desarrollo de actividades y servicios agrarios, así como los vinculados a su tutela y aprovechamiento y el ejercicio del derecho ya constituido de servidumbre, así como de la obligación de paso declarada judicialmente.

LA POSESION AD INTERDICTAM

En el interdicto las pretensiones refieren a una tutela de la posesión de hecho, sin tomar en cuenta el derecho de propiedad o el mejor derecho de posesión. Es importante tomar en cuenta que tanto en el CPA como en el nuevo CPC , se rectifica la idea que se esbozaba en el anterior CPC en el cual se decía que los interdictos se referían a la posesión o tenencia de una cosa olvidándose de la distinción entre posesión o tenencia y que podía generar un conflicto entre ambos institutos. En la actualidad el problema está olvidado cuando hablamos de que el debate se refiere a la posesión actual y momentánea que es una posesión en sí, que contiene el mínimo grado posesorio, la posesión *ad interdictam* concebida esta como: la que comprende el significado total y el mínimo de la posesión.

El significado total se presenta en cuanto que a través de los interdictos son protegidas todas las clases de posesión (natural, civil, de buena fe y mala fe, ad-usucapionem) y todas las categorías y conceptos posesorios (en nombre propio o en nombre ajeno, en concepto de dueño y concepto distinto de dueño)

El significado mínimo se presenta en cuanto existe un grado mínimo de posesión que tiene como único efecto la protección interdictal. El significado

mínimo se da en cuanto no se valora la clase o el concepto por el cual se posee, comprende la posesión que se encuentra, valga la reiteración, en toda posesión.

Por lo anterior debe decirse que en los interdictos, el debate versa únicamente sobre la llamada posesión mínima, es decir, el estudio de una posesión está exenta de que se haya de demostrar, para su protección, nada acerca de su título legitimador; ni el tiempo transcurrido, ni la buena fe, ni la razón adquisitiva. Basta que se posea. Esta es la posesión como hecho, como realidad social y es la síntesis de lo establecido en el artículo 265 del CPA Los interdictos son de amparo de posesión, restitución y reposición de linderos. En ellos solo podrá debatirse sobre la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles y el ejercicio del derecho ya constituido de servidumbre, así como de la obligación de paso declarada judicialmente. De ninguna manera afectarán las cuestiones referidas a los derechos de propiedad y de posesión definitiva, sobre los cuales no se admitirá discusión alguna. En otras palabras salvo la demostración que deba hacerse de la titularidad, y por ende propiedad de un derecho, del derecho de servidumbre ya constituido, la propiedad no interesa.

La posesión interdictal es el prototipo del axioma que se encuentra inserto en algunos de los códigos civiles latinoamericanos y europeos: "el poseedor posee porque posee"; lo que indica que el poseedor es protegido aún contra el mismo propietario cuando existen elementos que muestran una relación actual y externa de una persona con un objeto, el artículo 317 del Código Civil nuestro es claro cuando dice que , el poseedor , de cualquier que, sea tiene derecho a reclamar la posesión de que ha sido indebidamente privado.

En los interdictos se conocen las perturbaciones a la posesión que no llegan a despojo, los despojos o el impedimento o perturbación del uso de las servidumbres continuar y aparentes o de las continuas y no aparentes o las discontinuas en general , cuando esta dos últimas están constituidas legalmente o de la obligación de paso declarada legalmente.,

FUNDAMENTO DE LA TUTELA INTERDICTAL.

Sobre el fundamento de la tutela interdictal , no existe, como en toda la teoría posesoria, acuerdo en la doctrina. Las teorías que pueden considerarse como fundamentales para determinar el fundamento de la protección interdictal son la de la Paz Social, la de presunción, la de personalidad y la de continuidad.

El fundamento de la protección interdictal en materia agraria puede apoyarse en tres principios: 1. Puede fundamentarse como complemento de la Reforma Agraria. Este principio responde a la idea de que el proceso agrario es un instrumento que hace posible la ejecución efectiva de una Reforma Agraria. Esta tesis es lógicamente aplicable en Costa Rica en la llamada posesión precaria de tierras.

2. Puede fundamentarse en la buena cultivación y la función social de la propiedad agraria. La protección interdictal se fundamenta, según este

principio, en el interés que tiene para el Derecho Agrario el mantener al que es considerado por la ley como un "propietario idóneo", el que explota eficientemente la tierra haciéndola cumplir su función social. Bajo este principio, mientras el propietario no se encuentre en capacidad de hacer producir un predio debe hacerse permanecer provisionalmente a aquél que sí lo está haciendo producir.

3. El tercer principio es el de que el derecho debe proteger al productor no propietario frente al propietario no productor; por lo que se concede la protección posesoria a aquél que en el momento de concurrir la perturbación o del despojo de encontraba realizando una producción del bien.

Los principios que han sido enunciados tienen todo un ligamen con respecto a la teoría de la posesión agraria; sin embargo, algunos de ellos pecan de ser muy generales. Así por ejemplo, la función social de la propiedad es un principio inspirador de todo el Derecho y no sólo de la posesión.

El fundamento de la protección interdictal debe ligarse al origen mismo de la posesión agraria y por ende de la actividad agraria, es por ello que parece más oportuno el principio de la protección al productor no propietario frente al propietario no productor; sin embargo, debe de delimitarse a modo de eliminar toda consideración con respecto a la propiedad y establecer que la tutela interdictal se fundamenta en la protección de la producción agraria.

Resulta más recomendable fundamentar la protección interdictal de la posesión agraria en la continuidad de la producción o lo que es mejor en la continuidad de la empresa agraria concebida ésta como actividad agraria.

LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA

En materia de requisitos para la tutela interdictal el primero de ellos es la legitimación en su doble condición de activa y pasiva.

En la legitimación activa, todo poseedor tiene derecho a ser respetado" . Según HERNÁNDEZ GIL, este principio, también existente en el Código Civil, se resume en las siguientes cuatro consecuencias:

1. Que cualquier poseedor está protegido
2. Que a tal fin no cuentan las clases ni las categorías posesorias
3. Que aun cuando la posesión no confiera ningún otro derecho, existe en cuanto incorpora un derecho al respeto de sí misma.
4. Que fuera de la posesión no hay ninguna situación protegida como tal, con lo que a protección como posesión y la posesión además de constituir un correlato, forman una equivalencia excluyente de cualquier otra en la que la protección sea la posesoria y lo protegido no llegue, sin embargo a ser posesión" . (GIL, 1973)

Se ha dicho que en materia agraria que la posesión que se tutela es aquella situación de hecho que se ve reflejada en la realización de actos posesorios agrarios propiamente tales, sin embargo debemos de considerar que en nuestra jurisprudencia se ha admitido la tutela interdictal en materia agraria sobre inmuebles con aptitud agraria, a pesar de que no se realice en ellos una

actividad agraria, pero en la que se ejerce una posesión de hecho manteniendo el bien bajo la esfera de voluntad del sujeto poseedor-

La legitimación pasiva, por su parte, corresponde al autor de la perturbación. El autor de la perturbación suele ser bien delimitado en la doctrina, de modo de diferenciarlo del simple ejecutor material, ambos suelen coincidir en uno solo; sin embargo, cuando ambos son distintos, la acción debe dirigirse contra el autor intelectual que ordenó la perturbación o el despojo.

En materia de legitimación debemos de resaltar también que existen dos excepciones a la regla que de que siempre que se demuestre la posesión como hecho, la perturbación de la posesión de parte del demandado y de que no han transcurrido tres meses desde dicha perturbación se debe conceder la tutela interdictal. Estas excepciones de que hablamos son las contempladas en los artículos 307 y 308 del Código Civil , repetidos en el Código Procesal Civil y por el Código Procesal Agrario, no por mérito propio sino por mera redundancia, en el artículo 269, referido a " Supuestos especiales en interdictos de amparo y restitución" que en realidad bien se hubieran podido comprender en el concepto del 265 inciso 3.

De acuerdo al 307 cuando se trata de tutelar interdictalmente contra el que inmediata y anteriormente poseyó como dueño (legitimación pasiva) se debe demostrar o que se ha poseído por más de un año o que se tiene otro legitimo título para poseer (legitimación activa).

De acuerdo al artículo 308 cuando se trata de tutelar interdictalmente servidumbres discontinuas, todas ellas, o de continuas no aparentes debe establecerse el interdicto demostrándose el título de la servidumbre (legitimación activa)

En buena teoría la posesión de hecho en materia agraria se debería demostrar mediante la realización de actos posesorios agrarios propiamente tales. Los actos posesorios agrarios están ligados a un concepto de actividad de donde se reputan como actos posesorios agrarios únicamente aquellos que sujetos a una secuencia determinada, desembocan, forzosamente, en la realización de una actividad agraria de cultivo de vegetales o cría de animales, es decir, en la explotación económica del bien, aunado a la idea de que dicha explotación debe ser al mismo tiempo efectiva y racional.

De manera que actos posesorios agrarios sólo pueden ser considerados aquellos que sujetos a una secuencia determinada, desembocan forzosamente, en la realización de una actividad de cultivo de vegetales, hongos o a la crianza de animales, es decir, en la explotación económica del bien. definidos estos como aquellos que realizados en forma ordenada, lógica y concatenada dan lugar irremediablemente a la producción agraria.

DE LA LESIÓN POSESORIA Y LOS ACTOS PERTURBATORIOS

Uno de los elementos importantes en el estudio de la tutela interdictal es que en lo agrario el concepto de acto perturbatorio se hace más flexible, a diferencia de la estructura de las figuras jurídicas tradicionales, lo cual ha dado

lugar, en materia interdictal, a un nuevo concepto de acto perturbatorio, más acorde a la realidad social, económica y política en que se ubica esta figura.

El acto perturbatorio tradicionalmente se define como una lesión posesoria que puede consistir en una inquietarían o en un despojo y que refleja los dos distintos tipos de interdictos posesorios más conocidos, el de perturbación o amparo de posesión y el de restitución o despojo.

El nuevo concepto de acto perturbatorio es una variación sustantiva de los actos perturbatorios de la posesión que se han dado tradicionalmente en el Derecho Civil. y ha generado, jurisprudencialmente o a través de leyes, nuevos criterios, que modifican los tradicionalmente establecidos en el Derecho Civil. La nueva concepción toma en cuenta los aspectos de la realidad social, que si bien, no son aceptados civilmente como capaces de inquietar o perturbar al poseedor, sí son, para el derecho agrario, actos que producen un temor fundado en razón del sujeto al cual se dirigen: el campesino.

Algunos nuevos conceptos de actos perturbatorios podría ser no necesariamente ataques directamente dirigidos al inmueble pero si al fundo agrario, como por ejemplo, impedir el aprovechamiento normal de agua o impedir el acceso de ellos a las fuentes de agua de las cuales se abastecen normalmente para sus necesidades humanas y para sus animales de trabajo y cría o Impedir el paso por medio de cercas, o en cualquiera otra forma, por los caminos vecinales, rurales y de acceso, cualquier otro hecho semejante que altere las condiciones actuales de la producción, entre otros.

DE LA REPOSICION DE LINDEROS

Así el artículo 270 el CPA se refiere a la Reposición de Linderos e indica que *"Procederá el interdicto de reposición de linderos, cuando se incurra en alteración de límites entre inmuebles, por destrucción o colocación diferente de los preexistentes.*

La persona perjudicada podrá dirigir su demanda contra la autora del hecho, contra quien se haya beneficiado de este o contra ambos.

En la sentencia estimatoria se ordenará la restitución de los linderos a su estado original. Los gastos que impliquen la reposición o restitución serán asumidos por quien sea declarado responsable de la alteración, o quien se haya beneficiado de esta. Si la parte demandada admite la existencia de la alteración, pero niega ser la autora y no se determina quién lo fue, se ordenará la restitución a costa de la actora y de la demandada, según corresponda. Si se prueba que la demandada procedió con evidente buena fe, se le podrá eximir del pago de daños y perjuicios. De no cumplirse lo ordenado, se procederá según lo dispuesto en sentencia para condenas de hacer."

Como se puede ver , se trata de un interdicto en el cual no se hace referencia a una legitimación activa exclusiva del poseedor de hecho sino que se incluye el concepto de quien es perjudicado por la alteración de límites entre inmuebles o por la destrucción o colocación diferente de los preexistentes que son los actos perturbatorios que generan el supuesto de hecho para que se produzca la tutela interdictal en este tipo de interdictos. Al amparo de este

concepto está legitimado tanto el mero poseedor de hecho como el poseedor en si en cualquiera de sus modalidades como hecho o como derecho.

Igualmente la legitimación pasiva recaerá en contra de la autora del hecho, contra quien se haya beneficiado de este o contra ambos, pero parece necesario incluir como demandado a quien se beneficia de la alteración de los linderos cuando esta alteración produce un beneficio a la finca colindante.

Por ultimo en este como en todos los interdictos del CPA en sentencias estimatorias emitidas en procesos interdictales se condenará a la parte demandada al pago de los daños y perjuicios causados. Se liquidarán en ejecución de sentencia deberán de demostrarse.

LA COMPETENCIA MATERIAL AGRARIA EN EL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO

Ricardo Zeledón Zeledón
Sergio Artavia Barrantes

1.- ALCANCES Y CRÍTICA ANTICIPADA

a.- La verdadera competencia material subyacente en el CPA

Indiscutiblemente, por más análisis verificado sobre el CPA en todas sus normas competenciales, el espíritu legislativo lleva en su corazón el sentir de conocer del Derecho agrario, ni más ni menos.

Para lograr este fin es necesario evitar dos graves errores: a) no omitir ninguna parte de su contenido, y, b) no traer a la nueva sede acciones o contenidos ajenos de otras disciplinas. Uno y otro error solo conduciría a la ruptura de la unidad de las disciplinas, pero, más grave aún, a generar conflictos indebidos entre disciplinas multiplicando una litigiosidad innecesaria.

En el mismo Derecho procesal agrario costarricense la experiencia aconseja evitar el uso de la exégesis o la lectura lata de las normas, pues ello llevaría al caos y el desorden en la determinación de la competencia, sino, por el contrario, para todos los casos interpretar la normativa a la luz de nuestro Derecho, construido por su doctrina y legislación, impidiendo ocurrencias del presente de algunas corrientes doctrinarias foráneas (como la agroalimentaria, fracasada, incluyendo dentro de la disciplina medidas fito y zoosanitarias, llevando las actividades a las labores en laboratorios de seres vivos)y también otras del pasado debidamente superadas (como creer que esta competencia debe comprenderse a la luz del Instituto de Desarrollo agrario).

El Derecho agrario es el derecho de la empresa agraria, cuya vida se manifiesta en su pleno ejercicio a través de actividades principales de cultivo de vegetales (tanto los pequeños como los grandes propios de lo forestal en terrenos privados), y cría de animales (salvo los excluidos por lógica, sin la participación del empresario, como los caballos de carrera, cría de perros para la seguridad, y desde luego muchos seres vivos de laboratorio). La empresa agraria nace, vive y se extingue por medio de los contratos agrarios).

El Derecho agrario se diferencia del civil porque este es el de la propiedad, del de comercio porque en él lo importante es la interposición del comerciante entre el productor y el consumidor para obtener ganancias, del laboral porque en el agrario el titular no se encuentra bajo la subordinación jurídica sino que es el director y conductor de la empresa.

La competencia material a la luz de la concepción empresarial del Derecho Agrario se refiere a dos tipos de actividades:

a) Las actividades principales o esencialmente agrícolas y

b) Las actividades conexas (en tanto específica, taxativa o residuales) por el criterio legal de conexidad.

El CPA incluye otras actividades sobre las que se debe tener claridad desde el punto de vista ius agrario:

c) Las actividades auxiliares porque no son agrarias. Solo existen en el Derecho comercial. Son actividades de servicios.

La competencia material genérica se refiere a todo el Derecho Agrario, en cuanto derecho de la empresa agraria en ejercicio de las actividad principal de cría de animales y vegetales dentro de un ciclo biológico, y en forma más avanzada las sub ramas del agrario: Derecho Fitotécnico, Derecho Zootécnico, y Derecho forestal ejercido por el empresario agrario en propiedad privada (porque no lo es en tierras inalienables, como áreas de conservación de cualquier tipo).

Con relación con el CPA, como se ha señalado, la competencia material contempla dos tipos: una genérica, como la del art. 1° del CPA se contemplan las actividades principales o esencialmente agrícolas de la empresa agraria, referidas a todo el Derecho Agrario, y en el Art. 2° las actividades conexas (específicas, taxativas, o residuales) de la empresa agraria, también comprendidas como los procedimientos establecidos en otros códigos o leyes especiales atraídos hacia la jurisdicción agraria cuando sean propias del Derecho Agrario.

Como se indicará más adelante las actividades auxiliares de la empresa agraria no siendo agrarias, están fuera del Derecho agrario.

b. Críticas necesarias a la competencia introducida en el CPA, para la debida comprensión de sus verdaderos alcances sobre los fundamentos de un Derecho agrario costarricense, salvando errores y criterios extraños.

El criterio de judicialización de muchísimas actividades como propias de lo agrario cuando no lo son, o de usurpación de contenidos de otras sedes judiciales rompiendo indebidamente la unidad de disciplinas ajenas, se presenta en el CPA como su error monumental.

En la competencia específica el CPA comete el error de introducir figuras, no actividades ni procedimientos, y otros propios del Derecho Alimentario, el Derecho ambiental; igualmente contempla procedimientos exclusivos del Derecho Civil, Comercial, o Administrativo, cuyo conocimiento ni es agrario ni debe ser competencia agraria, porque extralimita la disciplina sometida al Código.

La inclusión de competencias no agrarias llamarán la atención de la jurisprudencia en la inmensa cantidad de conflictos de competencia. Por eso los jueces desde el momento mismo de conocerlas deberían declararlas como no agrarias y por tal declararse incompetentes, independiente de la norma del CPA. Y la doctrina se ve en la obligación de señalar los problemas serios, e innecesarios, que se presentarán con otras jurisdicciones especializadas,

porque ellas contienen un intento de tratar de vaciar el contenido de las otras, en una actitud usurpadora cuando los órganos jurisdiccionales agrarios debería limitarse a lo propiamente agrario.

En el pasado se le otorgó competencia a la LJA de los delitos de usurpación y daños. Cuando se creía que el agrario era un Derecho de tutela, y debía proteger a los usurpadores y agentes dañinos. Esto creó graves enfrentamientos con el Derecho Penal porque los jueces agrarios no dominaban el proceso penal, además con el Código Procesal Penal las figuras del Ministerio Público no calzaban con el sistema procesal agrario. Todo terminó, muchos años después, cuando se reformó el Código Procesal Penal y se derogó la norma de comentario.

En otras palabras, la competencia específica está llamada a conformar los procedimientos especiales, de leyes o Códigos, de carácter estrictamente agrario. Lo no agrario jamás puede llevarse a la jurisdicción.

Quizá parte de la explicación constituyó el antecedente, incomprensible, de un Proyecto de Ley que pretendió ser de Derecho Agrario, Derecho agroambiental y agroalimentario. Fue un intento fallido porque es bien sabido que la doctrina del Derecho ambiental no admite una segregación de un cierto Derecho agroambiental y menos el consolidado Derecho alimentario aceptaría dividir disciplina. Y concretamente la Corte Plena llamó la atención de los proyectistas para regresar al Código Procesal Agrario, abandonando aquella idea insostenible.

2. LA COMPETENCIA MATERIAL DE LAS ACTIVIDADES CONEXAS (ESPECÍFICAS, TAXATIVAS O RESIDUALES) DERIVADAS DEL CRITERIO LEGAL DE CONEXIÓN; DENTRO DEL SISTEMA DE *NUMERUS APERTUS*.

El Art. 2° inciso 13 del CPA dejó previsto un sistema competencial de *numerus apertus,* con ello independientemente de los errores internos de la concepción de la norma cuyo análisis jurídico faculta a excluirlos como agrarios permite incluir todos los ámbitos imaginables de un Derecho agrario real.

En efecto el inciso 13 contempla la norma residual referida a "las demás que el ordenamiento jurídico disponga", esto es todo lo relativo al Derecho agrario reiterando la consonancia con el numeral 1° CPA.

Todos los graves defectos, incoherencias, faltos de criterios válidos para un reflejo adecuado con la del Derecho agrario, ubicados en los incisos del 1) al 12) del art. 2°, pueden subsanarse, como seguidamente se corrigen, introduciendo los conceptos vitales de una disciplina fundada en la empresa agraria y todos sus institutos propios.

A la luz de este principio se sientan las bases de toda la disciplina llamada a conocer por la jurisdicción agraria con el CPA.

Considerando el objeto del derecho agrario, enunciado en el art. 1 de este CPA en este artículo se entremezclan procesos y pretensiones: algunos propios del proceso ordinario, otro de los sumarios, actividad judicial no contencioso y hasta

apelación ***per saltum*** ante el Tribunal Agrario como órgano jerárquico impropio del INDER, por lo que ha de tomarse en cuenta, para fijar la competencia material, si la norma se está refiriendo a un proceso o una pretensión procesal, para así determinar dicha competencia.

a. La competencia material de las actividades conexas, en tanto específicas, taxativas o residuales.

La competencia material de las actividades conexas, en cuanto específica, taxativa o residual, por el criterio de la conexidad, debe referir a pretensiones formuladas en la jurisdicción agraria en que se deben conocer y resolver procesos o procedimientos establecidos en otros códigos o leyes especiales atraídas hacia esta jurisdicción especializada solo si llevan en su corazón al Derecho Agrario.

Más concretamente la competencia material específica, taxativa o residual no puede referir a materias no agrarias, como sería las civiles, comerciales, familia, ambiental, alimentario, juicios universales, penal, laboral, pues en ellos el empresario agrario no realiza las actividades principales ni accesorias.

Como el legislador introduce procesos o procedimientos agrarios y a su vez incluye algunos no agrarios, corresponde a las partes invocar la incompetencia y a los jueces declarar su incompetencia cuando se trata de los no agrarios. En el mismo sentido incluir los agrarios omitidos.

Con la entrada en vigor de un nuevo cuerpo normativo agrario las grandes discusiones se centran en los conflictos de competencia, y en la jurisprudencia establecida por la Sala Primera como órgano superior a todos los órganos jurisdiccionales de la materia.

El problema con la Ley de Jurisdicción Agraria durante varios años fue seguir un criterio exegético de los procesos o materias de la competencia material específica, taxativa o residual ignorando la competencia material genérica donde se contempla todo el Derecho Agrario, en tanto derecho del empresario agrario en el ejercicio de las actividades principales y conexas.

Fue hasta cuanto se invirtió el criterio de darle prioridad a la competencia material genérica sobre la material específica, taxativa o residual cuando se resolvieron todos los conflictos de competencia.

b. La competencia material específica, taxativa o residual está limitada a procesos o procedimientos agrarios. Las del Art. 2 del CPA deben ser interpretadas jurídicamente para excluir unas y adoptar otras no contempladas

La lección para la jurisdicción agraria con el CPA debe consistir en evitar por todos los medios el superado recurso a la exégesis de los diversos incisos del Art. 2°, para determinar si ellos realmente corresponden al Derecho agrario.

Para llegar a estas conclusiones, ya establecidas por la jurisprudencia de la Sala Primera, solo se logra si se tiene un buen criterio para el uso y

aplicación del Derecho. Porque para el Art. 2 en todos sus incisos debe tenerse muy claro qué es el Derecho, y en particular cuál es la materia agraria.

La solución a todo radica seguir una idea muy clara de que ***el Estado no crea el Derecho, el Estado crea las leyes, y tanto el Estado como las leyes se encuentran debajo del Derecho***.

Esto significa, como es propio de las disciplinas jurídicas, una interpretación doctrinal de derecho sustantivo, no procesal, para excluir varias pretensiones o procesos completamente ajenos al orden ***ius agrario***. Y, como se verá más adelante, en esta norma se han introducido caprichosamente una serie de hipótesis alejadas de la disciplina. Ello se debe al casuismo propio de los proyectistas o del antojo en el proceso legislativo. Pues unos y otros buscan resolver la extravagancia o desvaría fantástica ajenas a la inspiración central de un CPA llamado a resolver los conflictos de los privados exclusivamente del Derecho Agrario.

Resulta fácil notar la absurda consideración de darle una jurisdicción especializada al INDER, cuando para una institución de derecho público el ordenamiento ha previsto procesos especializados con jueces especialistas en Derecho Administrativo, con el Código Procesal Contencioso Administrativo.

O bien, introducir figuras típicas del Derecho ambiental o alimentario, por la equivocada visión de estimar la existencia de nuevas ramas jurídicas como el Derecho agroambiental o el Derecho agroalimentario, en tanto desbordan el agrario al introducir adjetivos reprochados por los cultores del Derecho en todas esas materias, por la permanente lucha de todas las disciplinas jurídicas de mantener incólume su contenido.

En consonancia con estas ideas es necesario impulsar interpretaciones restrictivas para algunas hipótesis, y ampliativas en otras por falta de previsión.

c. Dentro de la competencia material el CPA estarían los institutos del derecho agrario

La experiencia doctrinaria, de hace casi 80 años, ampliamente conocida por los cultores de la disciplina costarricense domina el tema de los institutos, en cuanto ellos conforman el conjunto de figuras jurídicas donde se manifiesta en Derecho agrario. Muchos de ellos provenientes de las estructuras del Derecho romano donde se incorpora una función económica y social agraria.

Las estructuras, como es del conocimiento general, son vacías o neutras donde se puede incrustar la función de cada rama jurídica para darle su propia personalidad.

La importancia del recurso a los institutos se encuentra en el resultado de lograr la aspiración de concebir una rama jurídica con características de completes y organicidad. Es decir, la oportunidad real y verdadera de encontrar solución a todas sus posibles controversias sin necesidad de recurrir a normas o institutos de otras ramas jurídicas.

La manifestación más real de estos criterios se ve plasmada en la forma

como han venido siendo concebidos todos los institutos. La forma como se han construido y desarrollado para dar una respuesta más adecuada a las exigencias de la agricultura, de las personas involucradas en ella. Porque en el conflicto de intereses siempre se viene privilegiando aquellos destinados a proteger a quienes producen, a quienes le impregnan dinamicidad con su trabajo a los factores productivos, a través de fórmulas de justicia social y desarrollo económico.

Los institutos no pueden ser vistos como fórmulas frías, como normas aisladas de la realidad, ni conviene recurrir al método exegético para determinar el verdadero sentido otorgado por el legislador a sus normas y principios. No puede, ni debe, seguirse una visión reduccionista, dudosamente jurídica, porque detrás de cada figura, de cada contenido, existe una explicación filosófica, una profunda vinculación a los derechos fundamentales, cuya interpretación y análisis obligan a una visión ***ius* humanista**.

Efectivamente los institutos provienen de fórmulas jurídicas derivadas del Derecho Romano, de teorías jurídicas concebidas para explicar fenómenos económicos o sociales, de normas concretas, de tomas de decisiones políticas, pero cuando se deben aplicar como Agrario hay múltiples funciones cuyo impacto obliga a darles una tonalidad particular, impregnarles un cierto sello de origen llamado a tratar las realidades bajo una determinada óptica jurídica y axiológica.

Esta es la humanización de sus institutos. Es la necesidad de darles un tratamiento comprometido con los seres humanos, con los valores y principios de la Sociedad, con los criterios esbozados, pero cada vez más generalizados, provenientes de la conciencia del concierto internacional de las naciones. El mecanismo consiste en extraer de sus mismas normas los alcances fijados en ellas, sin negarlos ni asimilarlos a figuras de otras ramas del Derecho, más bien multiplicarlos a través de los lineamientos formulados o exigidos por las nuevas realidades, para nuevos tiempos y situaciones no previstas, como acontece siempre en estos fenómenos de rápida transformación.

Los institutos mismos, en su configuración jurídica, ofrecen elementos de tutela, de protección hacia el empresario agrícola y su actividad. En su proyección filosófica también ofrecen la posibilidad de permitir una evolución cada vez más marcada a través de su profunda humanización.

Los institutos han conocido diversos procesos en su larga evolución. Primero, cuando se comprendió a la agricultura, así como todas sus relaciones jurídicas, como de interés público, se señaló como su característica el paso de los institutos del ámbito de los derechos disponibles a los indisponibles, como el fenómeno de la ***publicización***. Más tarde ya no eran solo los intereses generales sino también los sociales, con los cuales se quería subrayar la necesidad de los institutos del agrario de no dirigirse exclusivamente hacia la margen económica sino encontrar un equilibrio con lo social, por tal razón el ajustarlos hacia lo social implicó el fenómeno de la ***socialización***. Y ahora como

consecuencia de ubicar a los sujetos del derecho agrario en el centro del sistema, y no a las cosas, como forma de reivindicar también los derechos humanos y una concepción susceptible de dar una explicación contrastante con la de la fría economía, o la globalización, se acuña el término de la ***humanización*** de los institutos, proceso donde también se pretende el regreso del péndulo para vislumbrar los institutos, el Derecho Agrario, y en general la Sociedad del futuro dirigidas a un mundo mejor.

2.- DENTRO DE ESTA COMPETENCIA MATERIAL DEL CPA ESTÁ LA EMPRESA AGRARIA COMO EL MÁS IMPORTANTE DE LOS INSTITUTOS DEL DERECHO

a. El Derecho agrario como derecho de la empresa agraria

El Derecho Agrario es esencialmente un derecho de actividad, porque su fin es la producción de seres animales y vegetales, dentro de un ciclo biológico, utilizando los recursos de la naturaleza, y esa actividad solo puede verificarse a través de la empresa. Por esta razón en el seno de la disciplina se encuentra como instituto central y principal la empresa agraria.

Su importancia dentro de la construcción ***ius agraria*** es tan grande como para explicar la decisión de haberla colocado en el corazón del sistema y jerárquicamente en la cúspide de toda la construcción jurídica. A partir de ella se explica el entero Sistema, y en función suya se justifica todos los demás institutos de la materia, los cuales se encuentran ubicados en un grado inferior al suyo. En este sentido se puede comprender como se ha definido a la disciplina ***ius agraria*** como el Derecho de la empresa agraria.

Esto tiene una explicación si se analiza lo ocurrido con otras disciplinas jurídicas. En efecto el Derecho Civil es el derecho de la propiedad, pues en su seno se encuentra el instituto propietario y todo su desarrollo tiene como fundamento este instituto. Los sujetos en el Código Civil son para el ejercicio y goce de derechos para la adquisición de la propiedad, las cosas y los bienes son regulados para determinar si la propiedad se ejerce como derecho exclusivo o bien como derecho en cosa ajena, por su parte las obligaciones y los contratos se conciben para convertirse en instrumento para la adquisición ***inter vivos*** de la propiedad, y las sucesiones fueron incorporadas para resolver los problemas de la adquisición ***mortis causa*** de la propiedad. Igual acontece con el Derecho Comercial donde el contrato es la figura principal, porque el comerciante actúa y realiza su actividad a través de contratos, por su medio se interpone entre productor y consumidor para la obtención de ganancias, y a diferencia del civil donde la venta de cosa ajena es nula en el comercial es la regla.

El Derecho Agrario se encuentra vinculado con la agricultura y con la producción de animales y vegetales, dentro de un ciclo biológico, utilizando a tal efecto los recursos naturales. Para el desarrollo de esta actividad la propiedad se muestra incapaz de resolver los problemas propios de lo agrario, pues dentro de la actividad agraria lo importante no es el ***tener*** sino el ***actuar***. Por eso la disciplina agraria no es un derecho de propiedad, sino de actividad.

La propiedad civil es estática, la actividad del Agrario es dinámica.

Aquí se justifica la ruptura de la unidad del Derecho Privado en su génesis como disciplina jurídica nueva. Porque ni la propiedad del Civil ni el contrato del Comercial eran las figuras idóneas para resolver los problemas de la agricultura. Fue necesario la desmembración del Derecho Privado, esto es la conformación de la nueva legislación especial nacida alrededor ***tronco común*** del Derecho Civil, sea para interpretarlo, integrarlo, o para establecer normas contrarias o antagónicas al Código Civil, para permitir el nacimiento del Agrario, principalmente por medio de la legislación especial, donde la explicación del proceso productivo de la agricultura se fundó en la empresa agraria.

La empresa agraria tiene como razón de ser al empresario. Porque sin empresario no hay empresa. Y el ordenamiento jurídico lo que regula es la actividad de las personas. Este personaje procede a organizar económicamente los factores de la producción con el objeto de iniciar una actividad de cría de animales, o cultivo de vegetales, dentro de un ciclo biológico. El empresario es el corazón de la empresa porque solo tiene una representación real, cobra vida, cuando a través del trabajo humano procede a desplegar todo este conjunto de complejas relaciones, por medio de su labor personal, su intelecto, experiencia y conocimiento de la agricultura.

El trabajo autónomo es el derecho humano económico y social por excelencia, por su medio se configuraron un haz de derechos vinculados a la seguridad social, pero en la empresa no hay trabajo subordinado propio del derecho laboral, sino el trabajo ejercido en forma directa como motor de la economía por el empresario.

b. La empresa agraria como instituto primero, y fundamental, del derecho agrario

Aun cuando el origen histórico de la empresa se ubica con los grandes esfuerzos de la doctrina mercantilista, su impacto en el mundo jurídico va más allá porque universalmente es reconocida como la piedra angular de la economía.

Constituyendo un instrumento *de naturaleza neutra*, al igual como acontece con las figuras del Derecho Romano, la función impregnada por cada una de las distintas actividades es la llamada a configurarla con particularidades propias.

En el mismo derecho italiano a la empresa agraria se llega partiendo de la fórmula genérica contenida en el numeral 2082 del ***Codice civile*** más las particularidades señaladas en el 2135, el cual literalmente decía lo siguiente:

> ***Artículo 2.135 (Empresario agrícola)****. Es empresario agrícola quien ejerce una actividad dirigida al cultivo del fundo, a la silvicultura, a la crianza de ganado y actividades conexas.*
> *Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o enajenación de productos agrícolas, cuando están incluidas en el ejercicio*

normal de la agricultura.

El concepto de empresa agraria comprende, por ello, una doble vertiente resultante de la conjunción de la noción jurídica de empresa junto al concepto de agricultura, es decir una empresa para ser agraria debe reunir por un lado los requisitos generales de empresa y por otro los propios de la actividad agraria.

En este sentido los perfiles subjetivo, objetivo y funcional de la empresa agraria pueden perfectamente delinearse partiendo del concepto general y aplicándole a ella los factores específicos

d) Con *el* ***perfil subjetivo*** *s*e ubica la figura del empresario agrario (persona física o jurídica, privada o pública) que ejercita en su propio nombre *la actividad agraria organizada para la producción*. Debe reunir características de ***profesionalidad***, conocimiento necesario para la realización de la actividad agraria, es decir, el sujeto no debe tener una formación contrastante o no afín a la agricultura. Asimismo, la profesionalidad se manifiesta por medio de la *dedicación exclusiva, parcial o habitual* del empresario. La actividad sistemática y habitual debe constituir el elemento de la profesionalidad, a pesar de poder dedicarse en forma esporádica a otras actividades. Por último, se requiere un criterio de ***eficiencia*** de parte del empresario agrícola en relación con la actividad agraria.

La profesionalidad se determina por la presencia de varios requisitos: 1) dedicación con capacidad y en nombre propio de modo individual o asociado; 2) incorporación del trabajo como modo principal de vida en el orden económico social y de modo habitual a la actividad agraria; 3) la actividad sea de modo organizado o empresarial con relación al riesgo y a la responsabilidad.

Con el concepto de profesionalidad se discute si implica o no una finalidad de lucro, si desaparece en los casos de autoconsumo, o si es el verdadero elemento de la empresa. Lo importante es su utilidad pues ha entrado a formar parte de los requisitos de la empresa agraria por encima de las características de habitualidad, y no ocasionalidad. En el Agrario, como en ningún otro caso, el fin de lucro no constituye un requisito básico pues la agricultura ejercida por millones de pobladores del mundo (puestas en evidencia en las Cumbres de Naciones Unidas, tanto de desarrollo sostenible como de seguridad alimentaria) sus limitaciones en el ámbito patrimonial y laboral son tan grandes como para eximirlos de una actividad capitalista, ellos apenas sobreviven con lo producido y si recurren al mercado es para la obtención también de bienes para la subsistencia.

El perfil subjetivo se refiere al empresario agrícola como al organizador de los elementos de la producción, sean estos propios o ajenos, a efecto de lograr el fin productivo. En virtud de ello le

corresponde la imputabilidad de los resultados económicos de la empresa, incluido el riesgo ambiental.

e) *El **perfil funcional** s*e refiere a la actividad, para distinguir la empresa agraria de la mercantil. La agraria no entraña una actividad de intermediación entre la oferta y la demanda, como sucede en la comercial.

El ***Codice Civile*** italiano fija el concepto normativo de la empresa agraria en el 2135. Esta disposición ha permitido la elaboración de diferentes teo-rías para determinar el concepto de lo agrario. Se ha discutido ampliamente y han emergido dos criterios fundamentales: el primero de ellos busca la noción de agrario a través de la Ciencia jurídica, negando toda posibilidad de adopción de definiciones extrajurídicas pues la agricultura ha logrado una disciplina legislativa propia; el otro considera difícil fijar los limites de la agricultura, con caracteres de complejidad y desorganización, en los datos normativos presentes en las disposiciones legislativas, pues ellos son insuficientes para construir una imagen de la agricultura en su esencia jurídicamente relevante, o bien reflejan una agricultura perteneciente claramente al pasado, de donde se debe recurrir a una noción extrajurídica de agrariedad.

f) *El **perfil objetivo** s*e identifica con la *hacienda* o la *explotación* agrícola. Es la manifestación objetiva de la empresa constituida por el conjunto de bienes y derechos destinados a la cría de animales y al cultivo de vegetales. Puede identificarse con el fundo más los instrumentos necesarios para la producción, salvo la llamada agricultura sin tierra, sin fundo, porque la actividad se realiza en áreas no vinculadas en forma directa con la tierra sino en zonas especiales donde se producen y crían animales o se cultivan los vegetales.

Los bienes que forman la hacienda pueden ser de cualquier tipo, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles. No existe ninguna graduación en cuanto a su valor económico, todos concurren a componer la unidad haciendal. Tampoco es necesaria ninguna relación jurídica especial entre los bienes y el empresario, pueden utilizarse en base a un título propietario, a un contrato o bien con relación a un derecho real o personal de goce. El único elemento esencial es la funcionalidad con respecto a la actividad agraria, elemento en virtud del cual pierden estos bienes su autonomía individual, considerán-dose unitariamente como objeto de derecho y de relaciones jurídi-cas formando un bien nuevo diferente a la mera suma material de los diversos bienes considerados.

3. LA TEORÍA DE LA AGRARIEDAD, O DEL CICLO BIOLÓGICO DE CARROZZA, COMO CRITERIO EXPANSIVO PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA EMPRESA AGRARIA

La noción de agrariedad es un tema original de la Teoría General del Derecho Agrario. Fue construido por **Antonio Carrozza**, en principio, bajo la idea de ser un tema práctico pero en el fondo lo fue por su gran importancia metodológica, como forma de determinar cuándo se está en presencia de lo agrario, y cuando no, y como forma de comenzar la construcción científica del Derecho Agrario.

La teoría está llamada a definir el fundamento y extensión de lo agrario. Tiende a determinar hasta donde llega la especialidad de la materia, un tema intuido y no demostrado, o bien demostrado en sus efectos, pero no en su verdadera causa. En el plano práctico sirve para determinar cuándo se está en presencia, y cuando no, de la actividad agraria. Pretende delimitar las diversas materias conformadoras de lo agrario provenientes del complejo sistema de actividades económicas o ubicables dentro del Derecho de la economía.

Para los mercantilistas tradicionalmente lo comercial es todo aquello excluido de la agricultura. Esta frontera resulta cada vez más móvil o difícil de definir, pues no hay fórmulas jurídicas encargadas de determinar los alcances de uno y otro tipo de actividad. Con la agrariedad, como fenómeno extrajurídico, se pretende dotar de una fórmula confiable, susceptible de ser utilizada ampliamente, aun cuando los ***ius positivistas***, cada vez menos proclives al uso de fórmulas ubicadas fuera del ordenamiento, puedan criticarla.

Sistemáticamente el criterio deberá provenir del reagrupamiento de los institutos, de sus normas, para determinar la pertenencia de ellos a lo agrario, para la construcción del Sistema, buscando entre todos ellos ese mínimo común denominador, aquel ***ius proprium***, encargado de reconducirlos, sobre todo en las actividades periféricas, al Agrario.

Metodológicamente es la reafirmación del estudio por institutos, en 1962, partiendo de lo particular a lo general, del fragmento al todo orgánico, construyendo la disciplina ***ius agraria*** de abajo hacia arriba y no al revés. Rechaza la concepción imperante desde principios de Siglo de ir de arriba hacia abajo. Con este criterio **CARROZZA** invierte el método, prefiere partir de los institutos donde no se encuentran los principios generales, sino otros quizá más específicos, menos generales, pero más profundos, llamados a conformar posiblemente los generales, pero especialmente iniciar el proceso de construir el entero sistema.

Didácticamente sirve para superar el viejo criterio de identificar al Agrario solo con un cierto Derecho de la agricultura, sino más bien más amplia, como se le puede observar con el Derecho Agrario contemporáneo de un único Agrario conformado por tres especialidades, el Derecho de la agricultura o fitotécnico, el Derecho Zootécnico y el Derecho Forestal empresarial (no

ejercitable en las áreas de reserva propias del Derecho Ambiental o el Derecho Administrativo). Esta visión de tres especialidades en un solo Derecho, todas son ellas individualmente y a la vez forman parte del todo Derecho Agrario.

Esta concepción de la agrariedad permite también un avance didáctico en cuanto permite aproximarse a los institutos con una visión amplia y totalizadora, sin ningún tipo de cuestionamiento. Porque los institutos en sus análisis individual permiten encontrar en su seno a la empresa agraria, a un Derecho en actividad, y en su conjunto los institutos ofrecen un panorama de figuras similares, construidas unas a partir de las estructuras vacías del Derecho Romano o la ***lex generalis*** con la función agraria dentro de dichas estructuras para concebir muchos institutos especialmente originados de la pluralidad nacida a partir de la unidad de las estructuras; otros institutos modificados como consecuencia de una metamorfosis por la influencia de las grandes dimensiones provenientes de los avances del Derecho y de la Solidaridad, y, desde luego, institutos concretamente concebidos por medio de la intervención del Legislador, y otras veces de la costumbre o provenientes de otros ordenamientos jurídicas que ingresan al nacional propio por acción de la Cultura.

La noción de agrariedad busca la afirmación del contenido típico de la actividad, en cuanto ejercicio de la agricultura, y la definición del objeto de la actividad misma, es decir el bien implicado en ella. En el fondo pretende determinar los alcances de la empresa agraria.

La imagen de actividad agraria del artículo 2135 del Código Civil italiano resulta engañosa para la determinación de la empresa agraria. Exegéticamente esta parece partir del bien *tierra* como factor esencial y típico de la actividad agraria, de donde la exigencia del fundo fue siempre condición para el cultivo del suelo o del bosque, o para la cría de ganado. En esta norma la cría de ganado aparece como actividad principal y a su vez conexa, como actividad desvinculada *del cultivo* del fundo pero no desvinculada del fundo. Esto resulta insuficiente pues hay muchas actividades de cría de animales distintas al ganado, e incluso sin necesidad del fundo. E igual acontece con el cultivo de los vegetales pues no se trata de cultivar el fundo o la tierra sino de cultivar los vegetales, independientemente si estos son menores o mayores como acontece con la silvicultura, o cultivo del bosque, cuyas particularidades no merecen un tratamiento de una actividad independiente sino incluida dentro del mismo cultivo de vegetales. Igual acontece con las llamadas actividades conexas, pues estas muchas veces comprenden las principales, y el criterio de conexidad de la transformación o enajenación de productos agrícolas resulta insuficiente, pues se deja por fuera la comercialización cuando en el mundo moderno le resulta absolutamente indispensable a la agricultura.

No parece tener discusión el tema de la extracción, o de la pesca, pues el funcionamiento empresarial necesariamente requiere de una actividad humana vinculada a un ciclo biológico, el cual no está presente en la extracción.

Entonces esas actividades no son agrarias.

Como en el Derecho Mercantil para distinguir sus actividades de las agrarias ha identificado el bien tierra sobre el cual se verifican las del Agrario. Esa idea resulta altamente insuficiente, pues el avance de la agricultura ofrece procedimientos productivos y tecnológicos avanzados respecto de esos criterios tradicionales.

La crianza de ganado, o de animales en general, con referencia a un cierto disfrute del fundo parece criticable pues lo importante es la crianza y no el fundo, pasando éste a segundo lugar y no como base de ella.

En razón de estas incongruencias de la normativa empresarial agraria italiana a **Carrozza** le pareció mejor ir a la búsqueda de un criterio meta jurídico, pero también meta económico y meta sociológico. En esta forma considera la actividad productiva agrícola como:

> "*el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones*".

Esta noción también ha sido identificada con el nombre de teoría del ciclo biológico, pues sus alcances son mucho mayores a los de la visión clásica.

En esta forma dentro de la actividad de la empresa agraria se ha permitido el ingreso de muchos tipos de cultivo anteriormente excluidos, tal es el caso de los de invernaderos, los hidropónicos, llamados antes como artificiales, así como muchos otros impulsados por la ciencia, cuya particularidad entraña una cierta actividad económica y social, pero caracterizada por el doble riesgo de la agricultura, es decir el riesgo del mercado y riesgo el de la naturaleza, los cuales no se encuentran ni en las actividades comerciales ni industriales.

También las actividades conexas a la principal han encontrado expresiones distintas como son las actividades de transformación, industrialización y comercialización de productos agrarios, porque no siendo propiamente agrarias pueden adquirir ese carácter cuando son verificadas por el mismo empresario encargado de realizar las principales propias de la empresa.

Los demás institutos del Derecho Agrario, a su vez, vienen marcados inmediatamente por la empresa, y en forma mediata por el trabajo humano. Consecuentemente todos son una manifestación clara y evidente de los derechos humanos.

4. DENTRO DE ESTA COMPETENCIA MATERIAL DEL CPA, EL FUNDO ES EL ELEMENTO ESENCIAL Y TÍPICO DE LA ORGANIZACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA O "AZIENDALE"

a. La organización de la hacienda, realizada en torno a un bien principal

Lo que contra distingue la empresa agraria respecto de otros tipos de

empresa es la organización de los bienes, como necesaria a los fines de la producción, realizada en torno a un bien principal.

Por eso ha dicho **Pugliatti** que esa organización es centrípeta, mientras en los demás tipos empresariales la organización de los bienes nunca puede ser llevada a tipos específicos. En la agricultura tradicional el centro es el fundo mientras en la contemporánea puede no serlo, tal es el caso de la empresa zootécnica.

El fundo cuando es el elemento esencial y típico de la organización de las cosas en agricultura no es la tierra, sino la tierra en cuanto sea destinada a la producción de quien tenga los poderes para destinarla y en cuanto efectivamente sea idónea para la utilización productiva. En ese sentido el fundo siempre deberá ser un bien productivo.

Giangastone Bolla haciendo referencia a las fuentes romanas, y en especial a **Ulpiano** afirmaba que "el fundo es una cosa unitaria calificado no por la extensión sino por la subjetiva capacidad para destinarlo a un fin, donde el fin viene a cesar y la tierra llega a ser un pedazo de tierra cualquiera. Esto es también una cierta cosa autónoma, al menos hasta que no pierda la propia individualidad llegando a ser parte de otro fundo".

El estudio del fundo puede ser encuadrado bajo un perfil *subjetivo* como acto de destinación fundiaria de la tierra en instrumento de producción agrícola, y bajo el perfil *objetivo* como base de un ordenamiento productivo (ordenamiento fundiario) con un propio y autónomo fin o fines productivos como acto de destinación.

El acto de *destinación* de la tierra a los fines de la producción agrícola señala el pasaje del estudio civilístico del derecho de propiedad y de los otros derechos reales de goce sobre la cosa al estudio agrarista de la tierra como instrumento de producción.

El acto de destinación es un acto de ejercicio de poderes referentes al propietario o al titular de un derecho real (usuario, usufructuario). Por la destinación el bien pasa de ser un bien de goce a un bien de producción. Así las tierras incultas o las urbanas son solamente bienes de consumo. En sentido contrario la tierra destinada por el propietario (o por quien ejerza algún tipo de legitimación) lo transforma en bien de producción.

En el terreno donde se ha constituido un derecho de usufructo, el nudo propietario permanece siendo quien disponga sobre la destinación. En el caso del poseedor es él mismo quien tiene esos poderes. En definitiva la figura titular de esos poderes no necesariamente coincide con el propietario. Doctrinariamente **Bolla** ha sostenido que el Derecho fundiario agrario se diferencia del Derecho fundiario general en cuanto el primero tiene la tarea de regular no solo el ejercicio del derecho de propiedad, sino también el ejercicio de los límites del poder de destinación del fundo.

En realidad, titular del poder de destinación del fundo no es ni el propietario ni el empresario en acto, sino quien tiene el derecho

(independientemente del título de propiedad) de los poderes de destinar el fundo a la producción.

El estudio del fundo bajo el perfil objetivo conduce al examen de la unidad orgánica y funcional realizada en el ordenamiento agrario a través de los varios instrumentos de producción: el suelo, las aguas y las mejoras.

c) El fundo, ***strictu sensu***, está constituido por el suelo, por las nacientes o cursos de aguas, y por las cosas incorporadas al fundo sea por hechos naturales o por hechos del hombre. Pero cuando se pasa a la explotación (o "***alla organzazzione aziendale***"), que tiene en su base el ***fundus instructus***, se toman en consideración los ***istrumenta fundi***, que según la tradición romanística se distinguen propiamente de las pertenencias en ***iura fundi*** es decir en cosas destinadas al servicio del fundo-explotación (o "***fundo-azienda***") y en derechos necesarios a la organización y el funcionamiento de la empresa.

d) Las aguas constituyen el segundo elemento del fundo después del suelo. Es principio general que las aguas privadas pertenecen al fundo solo dentro de los límites en que le sirvan y sean utilizables, y de hecho utilizadas en el ejercicio productivo del fundo. El derecho sobre las aguas, más allá de un derecho subjetivo, se configura como un poder ejercitable en función de la satisfacción de una necesidad objetiva dedicada al cultivo del fundo. Este poder está condicionado por una parte por el interés público y por otro lado por quienes tengan necesidad o intereses concurrentes de otros fundos. Entonces el contenido del goce de la propiedad de las aguas el cual se resuelve en su utilización, compatible con los intereses generales y el de los otros fundos.

En relación con las nacientes de aguas existen intereses difusos oponibles en caso de que el propietario haga un uso contrario a los principios ambientales, sea por el mal uso o por no permitir el acceso a ellas a los otros fundos colindantes o cercanos.

Esto es así porque los demás fundos colindantes pueden exigir la constitución de una servidumbre de acueducto en forma coactiva.

Sobre las aguas privadas, cuyo destino las hace discurrir por otros fundos, el dueño del fundo no puede contaminarlas, ni lanzar desechos para perjudicar al fundo inferior, así como no puede el titular del fundo superior.

e) Las mejoras también forman parte del fundo en cuanto se encuentran representadas por las incorporadas a él. Las mejoras consisten siempre en una obra puesta en ser por acto del hombre, para el cual utiliza medios y energías (o ambas) para aumentar el

> valor de la cosa. Las mejoras no pueden extraerse de la cosa principal sea bajo el perfil físico o eventualmente bajo el económico o jurídico. Las mejoras se suman al fundo y se convierten en uno solo inseparable del fundo al cual fueron destinadas y no pueden ser separadas, a diferencia de las adiciones, del fundo mismo.

b. El *fundus instructus*, entre *azienda* y explotación

Hay una notable diferencia entre ***instrumenda fundi*** y ***fundus instructus***. El ***instrumenda fundi***, es un conjunto de pertenencias unidas al fundo cuya organización es indispensable para iniciar la producción agrícola. Pero para que se transforme en un verdadero y propio *fundus instructus* debe estar dispuesto, ya listo, en acto para la producción.

Instrumenta fundi es un conjunto de bienes organizados para una eventual actividad agrícola, en el ***fundus instructus*** ya existe un poder de destinación para la actividad agraria donde nace la empresa agraria. El primero es estático, en proceso organizativo económico para definir la actividad, mientras el segundo es dinámico, activo, porque ya se encuentra dentro del proceso productivo.

Se utiliza preferentemente el término del Derecho Romano porque para los países donde no operan normas como las del Código Civil italiano el concepto de "***azienda***" no se ajusta correctamente a su significado en español, sobre todo en el español latinoamericano donde hacienda por lo general es una gran finca, cultivada solo en parte por su enorme tamaño y únicamente en las muy adelantadas económicamente se pueden encontrar grandes zonas de producción con plantas procesadoras para los productos. En ese sentido resulta más idóneo el término francés de "***explotation***", porque en el idioma de la región la explotación sí refleja un fundo, pequeño o grande, dedicado a la actividad económica de producción y cultivo de animales o vegetales dentro de un ciclo biológico, y donde también se ejercen las actividades conexas de transformación, industrialización y comercialización de los mismos productos producidos.

c. Distinción entre partes e *instrumenta fundi*

Además del fundo destinado a un fin productivo agrario también los muebles puestos al servicio del fundo adquieren el rango de cosas organizadas para la producción agrícola.

De los elementos constitutivos del fundo (suelo, aguas y mejoras) se distinguen otras cosas muebles y derechos puestos *al servicio* del fundo.

Esta distinción viene desde el Derecho Romano entre ***partes*** e ***instrumenta fundi***, donde los más importantes objetos del ***istrumentum fundi*** (esclavos, animales e instrumentos de trabajo) eran sujetados, al lado del fundo y de sus partes, al régimen jurídico de las ***res mancipi***. Señal de que ya para aquella época existía un vínculo objetivo de *destinación* de los ***istrumenta fundi***, al fundo con el fin de la producción. Este vínculo de servicio se ha prolongado

desde aquellas épocas hasta ahora con el nombre de pertenencias, salvo el caso del ***Code Napoleon*** donde se concibieron los muebles por destinación.

La noción de pertenencias es más vasto, de aquél romano de "cosas puestas al servicio del fundo", porque ella comprende todas las cosas destinadas de modo durable al servicio y al ornato de otra cosa, independientemente de la naturaleza fundiaria de la cosa principal y de los fines productivos de la destinación.

Las pertenencias agrarias (***istrumentum fundi***) tiene por contenido un acto de destinación de una cosa a la dependencia funcional de otra. Idéntico es, por tal, tanto el esquema como el fundamento de la legitimación pertenencial: se debe siempre tratar del propietario o el titular de otro derecho real sobre la cosa principal o de quien, aun no siendo propietario o titular de otro derecho real, es poseedor o titular de un derecho que le atribuya un poder de hecho sobre la cosa principal. La especificación tiene que ver con la función económica social del acto de destinación pertenencial.

La función económica social de las pertenencias civiles es genérica. La función económica social de las pertenencias agrarias es específica. En Agrario la pertenencia entra en la organización del fundo agrario y la función de la pertenencia es calificada por su idoneidad para acrecer la productividad del fundo mismo. Queda excluida de la pertenencia agraria las cosas ornamentales, mientras la función de servicio es calificada por la precisa finalidad de incrementar la productividad agrícola.

En consecuencia, en las pertenencias agrarias la cosa principal se identifica con el fundo, mientras las accesorias se identifican con las cosas (ganado, máquinas agrícolas, semillas, alimentos) destinadas al fundo para incrementarle la productividad.

d. Perfil subjetivo del vínculo pertenencial: la destinación del fundo

Bajo el perfil subjetivo la relación de pertenencia agrícola es un acto de organización vuelto a constituir una unidad productiva. Esta relación es el instrumento por el cual el titular del poder de destinación transforma el terreno apto para la producción en el ***fundus instructus***, es decir el fundo ya organizado para servir al uso productivo al cual está destinado.

En esta forma el titular del poder de destinación junto al poder-deber de darle el destino económico al fundo, así como darle destino a las pertenencias, es decir los instrumentos de producción: el ***instrumenda fundi***, para que el fundo se transforme en un verdadero y propio ***fundus instructus*** debe estar dispuesto para la producción.

El destino del bien debe ser durable y no ocasional, como durable ***in re ipsa*** debe ser el destino del fundo. La exigencia de la estabilidad nace de la estabilidad que debe tener la organización, porque el titular puede revocar su disponibilidad, consecuentemente si este fenómeno no llega a existir la empresa acto debe extinguirse.

Los instrumentos de producción utilizados por el empresario en la

organización no llegan a ser pertenencias, porque no son utilizados con carácter de estabilidad jurídica en el fundo. En ese sentido solo serían meros inventarios o reservas del fundo. Precisamente por esto en el poder subjetivo se hace la diferencia entre pertenencias e inventarios o reservas, las cuales no presentan diversidad desde el punto de vista ontológico. Serían inventarios o reservas (***scorte***) las que no siguen el destino del fundo en su misión productivista.

e. El perfil objetivo del vínculo de las pertenencias

Bajo el perfil objetivo la destinación del ***instrumentum*** es puesto al servicio del fundo por el interés del fundo mismo y no de su titular; esta debe ser, por tanto, adecuada y funcional a la finalidad de la empresa agrícola en cuanto la organización centrada en el fundo, le debe dar vida.

Esta objetividad de la dependencia funcional de las pertenencias agrarias respecto del fundo sirve para delimitar el concepto de pertenencia en el ámbito agrario.

Son pertenencias no solo las cosas puestas en relación de necesidad, sino también de evidente utilidad respecto al ejercicio de la empresa agrícola. Se debe recurrir a una interpretación evolutiva basado sobre la noción de *normalidad* ("***id quod plerumque accidit***") con referencia a las exigencias de la buena cultivación, cultivo con los métodos más actuales de la técnica.

Entonces constituyen pertenencias, desde esta óptica objetiva, ellas mismas, más los inventarios y reservas, los animales aportados a la organización, todo cuanto se encuentra en una situación especial de necesidad del fundo.

f. Los "derechos" del fundo

Constituyen también parte del ***instrumenta fundi*** los llamados ***iura fundi***, es decir los derechos adquiridos por el titular del fundo para el ejercicio de la agricultura, y en vista de su necesidad o utilidad a los fines de la producción agrícola.

Normalmente se identifican los ***iura fundi*** con las servidumbres, sean estas agrícolas para utilizar el fundo para todas sus actividades, de paso, de acueducto, calificadas por el Derecho Romano como ***res mancipi***. También podrían ser considerados los derechos como las destinaciones de padre de familia, las cuales benefician al fundo aun cuando no declaradas a condición de provenir del mismo propietario anterior.

g. Momento del nacimiento del *fundus instructus*

Esto ocurre cuando el fundo, incorporado por la tierra, las mejoras y las aguas, es enriquecido por los ***instrumenta fundi***, consistente en bienes materiales (pertenencias) o inmateriales (derechos), y en el mayor número de los casos una unidad productiva agrícola predispuesta por el titular del poder de destinación y estar lista para la producción.

5. LA COMPETENCIA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 2 DEL CPA

El encabezado del Art. 2° literalmente dice:

> "Los tribunales agrarios serán competentes para conocer, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, las pretensiones y ***los asuntos referidos a los siguientes aspectos***, siempre que correspondan a materia agraria ***y de desarrollo rural…***"

Evidentemente la norma comete dos errores, el primero de orden procesal, y el otro de concepción del Derecho agrario.

a. Un evidente error de orden procesal

Procesalmente ella estaba llamada a establecer un elenco de los procesos o procedimientos a ser conocidos por los tribunales agrarios (**más técnico hubiere sido mencionar la jurisdicción agraria** y también a "**los asuntos referidos a los siguientes aspectos")**, porque los incisos conformadores del Artículo deben indicar los "**temas**" y los tipos de "**procesos**" agrarios como se verá seguidamente.

b. El error de confundir al Derecho agrario como el derecho del INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL.

Y el de falta de comprensión del Derecho agrario radica en declarar como agrario un proceso estrictamente político como es el "desarrollo agrario" (utilizando el viejo y superado criterio de "rural" solo usado en Francia por razones históricas, o en algunos organismos por el inglés, pero inaceptable en el idioma castellano).

El CPA no es el Código procesal del INDER, sino el Código de todo el Derecho agrario costarricense, es decir su contenido y fuentes.

Este error fue sobradamente subrayado, por la doctrina y la jurisdicción agraria, con la Ley de Jurisdicción Agraria. En ella se encuentra el mismo error, pero resulta comprensible para 1982 al existir en la Asamblea un Proyecto de Desarrollo Agrario, dividido en tres sub proyectos, primero la Ley del Instituto de Desarrollo Rural (que lleva ese nombre con desconocimiento absoluto del Desarrollo Agrario), el Proyecto de Ley de Jurisdicción Agraria, y tercero el Proyecto de Desarrollo Agrario. Dentro de los acuerdos internos del Parlamento solo alcanzaron el rango de ley los dos primeros.

c. Derechos reales y personales referidos a bienes agrarios

El mismo inciso 1) del CPA refiere al conocimiento de

- **f)** los derechos reales y personales sobre bienes agrarios, destinados *o aptos* para el desarrollo de actividades *y servicios* agrarios
- **g)** *los vinculados a su tutela y aprovechamiento*.
- **h)** *los procesos sucesorios relativos a estos*.

La fórmula utilizada presenta varias imprecisiones divorciadas del lenguaje jurídico del Derecho Agrario, en tanto derechos reales en cosa ajena o *iura in re aliena* incurre en el error de traer los procesos sucesorios sobradamente demostrados inútiles en la sede agraria por 30 años.

Si esta disciplina se refiere a las actividades principales y conexas de la empresa agraria, donde lo más importante es el ejercicio, al introducir la expresión "**o aptos**" estaría incluyendo los bienes "aptos" es decir sin ejercicio

de actividades empresariales agrarias. Es decir, los bienes sin actividad empresarial, sino que pudieren llegar a ser idóneos para las actividades. Eso parece corresponder más al derecho de propiedad civil, donde lo importante es el goce y no el ejercicio. La expresión también está en la derogada Ley de Jurisdicción agraria, y la jurisprudencia unas veces sí, y otras veces no, los admitió como competencia material. Un sí se dio para una información posesoria, en Limón, donde no había cultivos pero el poseedor explotaba extraía cocos (un poco dudoso ¿no?).

Un sinsentido consiste en introducir junto a las actividades empresarias agrarias "**los servicios**" pues ese término nunca ha sido considerado por la doctrina, en sí mismo los servicios no son actividades agrarias, y tampoco la jurisprudencia les ha conocido. Seguramente la ocurrencia va a consistir en ignorarlos.

Si "**los servicios**" son inútiles y pudieren juzgarse como "**peccata minuta**", si resulta absolutamente inaceptable la expresión "**así como los vinculados a su tutela y aprovechamiento**" mostrando un desconocimiento de los derechos reales, amén de carecer de sentido en la ciencia **ius agraria**.

d. Procesos sucesorios

En cuanto a la inclusión dentro de los derechos reales a la los procesos sucesorios referidos a los bienes agrarios -como se previó en el art. 85 de la LJA derogada-, el criterio nunca pudo aplicarse porque tratándose de juicios universales, no hay razón jurídica válida para introducirlos dentro de la jurisdicción agraria. Inicialmente porque no podría incluir los bienes agrarios con bienes no agrarios o derechos tampoco agrarios. Aún si la mayoría de los bienes fueren agrarios sería romper la unidad de los un juicio universal. Los jueces agrarios no están familiarizados con este tipo de procesos. Cuando se trata de bienes adquiridos del Instituto de Desarrollo Rural (INDER), o de las instituciones anteriores (IDA o ITCO) la ley de Tierras y Colonización tiene un proceso especial administrativo para la readjudicación del bien, o si los herederos no tienen la capacidad que tuvo el **de cuyus**, ser adquirido el inmueble por el mismo Instituto. Y a ello debe sumarse un hecho irrefutable: desde 1988, cuando se crearon los primeros Juzgados agrarios, a la fecha, este tipo procesal no ha sido aplicado en la jurisdicción agraria. Lamentablemente a la norma le faltarían muchos elementos adicionales como para garantizarse su éxito.

Hubiera sido más interesante comprender un instituto muy conocido, pero referido a al Derecho hereditario agrario, referido a la empresa y los contratos, pero evidentemente en ello no se pensó.

e. De los diferentes derechos reales derivados de la propiedad agraria

Dentro de los derechos reales aludidos en esta fórmula el más central es el de la propiedad agraria empresarial. De ella se desprenden todos los compatibles al agrario, provenientes del Derecho Civil tomándolos como estructuras vacía para introducirles la función agraria.

Como se sabe de ella se pueden derivar los derechos reales agrario de goce (usufructo, servidumbres y accesión, no uso, enfiteusis, censos ni superficie), los de garantía (prenda, hipoteca, cédulas reales, no anticresis), y los de adquisición (opción, tanteo y retracto).

Aunque la posesión es un derecho real, tanto doctrinariamente como el CPA lo ubican en forma independiente en el inciso 3) del Art. 2 (aunque en dicho inciso no reina la posesión ni las acciones posesorias, sino una serie de procedimientos diferentes a ella, como se indicará).

Porque más adelante se profundizará en la posesión agraria y los otros procesos mencionados en el inciso 2) del art. 2 seguidamente se tratarán los institutos más usuales en discusiones judiciales; la propiedad agraria y tanto las servidumbres voluntarias como las forzosas.

6. LA PROPIEDAD AGRARIA EMPRESARIAL Y POSESIVA, CORAZÓN DE LOS DERECHOS REALES

1. La estructura de las figuras derivadas del Derecho Romano y la función proveniente de la legislación especial

A los institutos del Derecho Agrario encontrados en el Derecho Romano, en la ***lex generalis*** o en el ***tronco común*** del Código Civil, les ocurre un fenómeno común puesto en evidencia para la propiedad agraria por el insigne jurista **Salvatore Pugliatti**, en un artículo de 1964, denominado "***La propietá e le propietá, con riguardo particolare alla propietá terriera***". Según él existen la propiedad y las propiedades, y dentro de las propiedades está la agraria. Esto podría igualmente repetirse para la posesión, las servidumbres, y varios otros derechos reales.

Del Derecho Romano las estructuras o figuras propias de la ***lex generalis*** o *tronco común* del Derecho civil, pasaron en gran cantidad al *Code Civil* o *Code Napoleon*, y de ahí al nuestros Códigos Civiles (si bien todos no son iguales y tienen diferencias entre unos y otros), se ubican las ***estructuras*** o para cada instituto, tales como propiedad, posesión, usufructo, servidumbre, contratos agrarios constitutivos de empresa y de ejercicio, y muchísimos más como la venta, el mandato y hasta la sucesión mortis causa.

Esas figuras deben tener siempre una ***estructura*** determinada, consistente en los elementos neutros e invariables de cada uno de ellos, representadas como la figura única.

Como consecuencia del fenómeno de la legislación especial, se fueron configurando gran cantidad de otras figuras derivadas de la ***estructura*****,** cuya diferencia entre unas y otras consiste en el fenómeno de incorporar a la estructura la función propia de las especiales consagradas en la legislación especial.

2. La propiedad de la *lex generalis* o del *tronco común* y las propiedades de la *species*, de la legislación especial, con particular referencia a la propiedad agraria

Entonces, siguiendo las líneas generales del planteamiento de **Pugliatti**,

en el Sistema Romano Germánico, se encuentra la propiedad general correspondiente a la estructura, las propiedades derivadas de las funciones incorporadas por la legislación especial, dentro de ellas la propiedad agraria. Estructura de la propiedad con la función empresarial.

Desde esta perspectiva la propiedad agraria es una ***species*** del ***genus*** propiedad, por ello en el planteamiento de **Pugliatti** de la propiedad y las propiedades, ***la agraria coincide, como todas las demás, en la estructura de la general y se distingue por su propia función***.

En el Agrario, así respecto de esta última tanto en muebles como inmuebles está al servicio de la empresa, directamente cuando propiedad y empresa coinciden en un mismo titular, e indirectamente cuando la propiedad es conducida por otra persona distinta del propietario (por ejemplo en el caso de arrendamiento).

La propiedad agraria en la agricultura tradicional se concibió solo para la tierra. En la contemporánea está el fundo (formado por bienes muy distintos). La agraria lleva en su seno a la empresa, subordinándose aquella a esta, pues la propiedad es el soporte de la empresa, siendo en consecuencia el trabajo desplegado por el empresario en cuanto a la organización de los bienes y el impulso de la actividad agraria lo que le da ese sello distintivo que le caracteriza y diferencia de la Civil o de cualquier otra.

Estas particularidades se hacen mayormente ostensibles en diferentes momentos de su ciclo de vida, así en su adquisición deben configurarse los elementos empresariales. De lo contrario no podría llegar a existir. En los diferentes ordenamientos jurídicos también la agraria se extingue cuando faltan esos elementos, y resulta más evidente cuando, como en el caso de la acción reivindicatoria, su defensa solo tendría éxito si realmente se configura como tal.

La propiedad agraria se prueba por medio del elemento del ejercicio como propiedad empresarial ejercida por medio de actos posesorios

Cuando no estuviere inscrita, la agraria, requiere necesariamente de la demostración por parte de quien reclama su titularidad de que por sí, o por sus transmitentes, la ejerció cumpliendo con el destino económico del bien, ejerció en ella actos posesorios tendientes a cultivarla y mejorarla, y que sobre el bien desarrolló una actividad empresarial, entendiéndose por tal una actividad económicamente organizada con el fin de la producción de animales o vegetales, con el uso de los recursos naturales. La mera demostración de la titularidad registral, sin una sólida demostración de la previa existencia de una propiedad posesiva no resulta idónea como tal.

En la propiedad agraria se evidencia una metamorfosis absoluta, una transfiguración evolutiva, un cambio casi total. Esta circunstancia es difícilmente comprensible, menos aceptada, por los civilistas o por quienes tienen una concepción estática suya. E incluso les resulta hasta difícil de comprender a los mismos agraristas cuando se le niega la cualidad de instituto

fundamental de la disciplina y más bien se le califica de ***empresarial*** o de ***posesoria***.

Quizá por esta razón alguna parte de la doctrina ha dudado si la propiedad agraria sea efectivamente un instituto del Derecho Agrario y ha formulado algunas objeciones.

En primer lugar porque históricamente ha interesado más desarrollar el tema de la propiedad de la tierra, en cuanto implica propiedad del fundo o ***fundiaria***, y no el de la propiedad agraria. En segundo término porque si este tipo propietario lleva en su seno a la empresa en estricto sentido el instituto real es la empresa mientras la propiedad es una parte de ella. Finalmente porque si al Agrario interesa más el **actuar, el hacer, la actividad,** propio de la empresa y no el **tener** característico de la propiedad civil, si se pierde el instituto propietario cómo se podría luego recuperar.

La explicación de este fenómeno tan complejo está en la conocida afirmación de la existencia de las propiedades, como ***species*** y la desmembración suya, en la legislación especial.

Como es productiva la propiedad agraria su causa, su función, coincide con la empresa agraria. Porque la propiedad agraria lleva en su seno a la empresa agraria. Es parte de los bienes productivos de la empresa y por tal está llamada a cumplir las exigencias de ella. Es empresario agrario quien organiza económicamente la propiedad agraria y los demás bienes productivos con el objeto de criar animales o cultivar vegetales, para ser colocados en el mercado. Por esta razón la propiedad agraria es empresarial, debe cumplir con su función, siendo económicamente eficiente, socialmente justa, ambientalmente sostenible.

Para denotar el elemento de la profesionalidad del empresario, de su dedicación con conocimiento a la actividad agraria, también se ha acuñado la fórmula de ***propiedad posesiva***. Con ello se pretende explicar a los civilistas la indispensable necesidad de exigir como condición de existencia de este tipo propietario la presencia del titular en el bien. Porque la propiedad agraria ***obliga***. Y una de sus obligaciones consiste en cumplir una específica función económica, consistente en la obligación de poseer, cultivar y mejorar la propiedad. A diferencia de la civil la propiedad agraria no puede ser incorporal, porque si se trata de un bien productivo necesariamente requiere de la presencia de su propietario en el bien como forma de tener existencia real. Si esto es así solamente el propietario agrario poseedor podrá ejercer todos los atributos del dominio de su bien. Consecuentemente solo podrá reivindicar su propiedad agraria quien hubiere ejercido actos posesorios en el bien, pues si otro los ejerce en vez suyo, por llevar la propiedad agraria en su seno a la empresa, se privilegiará al empresario real, y quien la pretende nunca la ha poseído tampoco llegó a constituirse como propietario agrario, por esta razón solo recibirá la tutela reivindicatoria el verdadero propietario agrario, posesivo y empresarial.

Hoy la propiedad agraria, en su grado más evolutivo, se identifica como empresarial pero principalmente se le ha asignado una triple función: económica, social y hasta ambiental.

Más tarde resultó incomprensible la existencia de la social para cubrir aspectos referidos a las obligaciones del propietario, en cuanto función subjetiva, particularmente en el aspecto económico de poseer, cultivar y mejorar, por eso de la función social se pasó a la función económica y social, donde se reúne la función subjetiva y la objetiva.

Pero la evolución no llegó hasta ahí. Fue necesario el impacto del ambiente para comprender en toda su magnitud la forma como se transfiguró la propiedad. También esta evolución tiene una explicación más fácil en la propiedad, la cual permite comprender lo acaecido en los demás institutos. Porque la propiedad, particularmente la de la tierra, junto al aire y al agua, han sido considerados siempre como recursos naturales absolutamente indispensables para la producción agraria. Por eso la función ambiental, o ecológica como también se le denomina, implica un reclamo propio del instituto propietario de ser tratado por el propietario en armonía con los demás recursos naturales por eso no se le debe destruir ni degradar. Esta sería una más de las obligaciones del propietario respecto del bien, consistente en protegerlo, conservarlo, y en cumplir la función productiva en armonía con la Naturaleza.

No debe confundirse este concepto de cumplir la función ambiental de proteger, conservar los bienes, con una transformación de la propiedad productiva en una propiedad conservativa. Pues su función principal es la de ejercer las actividades agrarias, en armonía con el ambiente, sin transformarse en una propiedad ambiental.

También existen una serie de obligaciones del empresario agrario. La propiedad debe ser utilizada para producir bienes, sanos, llamados a contribuir con la alimentación, la salud y un mejor nivel de vida de las personas. Por esto los ciudadanos reclaman cada vez con mayor insistencia, en el mercado, productos en armonía con el cuidado del ambiente, porque en el proceso productivo no se debe contaminar la Naturaleza ni tampoco se deben producir bienes contaminados como consecuencia del uso de otro tipo de insumos industriales capaces de perjudicar la salud de los consumidores.

Como la naturaleza no debe ser dañada, contaminadas, ni destruida, tampoco la propiedad agraria, ni las aguas deben ser dañadas, contaminadas ni destruidas. Igualmente como la naturaleza no debe dañar a las personas tampoco deben hacerlo ni la propiedad agraria ni las aguas. Debe existir una perfecta armonía entre los seres humanos y los recursos naturales, porque ellos dependen del entorno, deben protegerla, y también deben ser protegidos de cualquier exceso derivado de ella.

Esta estrecha vinculación entre los seres humanos y la naturaleza evidencia la función ambiental de la propiedad agraria, sin embargo conviene

recordar todo el largo camino recorrido por el instituto para llegar a posesionarse donde se ubica hoy.

3. La función social

Históricamente la primera función asignada a la propiedad agraria fue la función social como principio general del Derecho. Es una función objetiva correspondiente al Estado. Tiene como fundamento el justo reparto de los bienes productivos entre todos aquellos quienes, teniendo capacidad y conocimiento para cultivar, carecen de esos ellos o los tienen en forma insuficiente. Como los bienes agrarios, por su naturaleza de bienes productivos, deben ser adecuadamente explotados se consideró contrario a ese principio la existencia de grandes extensiones, latifundios, explotados antieconómicamente mientras otras personas carecían de tierras y morían de hambre.

Se manifiesta tanto a nivel constitucional, o en nuestro caso como reiteradísima interpretación constitucional, y además de establecerse para el "contrato de asignación de tierras" consagrado en la Ley de Tierras y Colonización, se le ha dado una amplia aplicación a muchas situaciones jurídicas, sobre todo como derecho humano en tanto está incluida dentro de los derechos humanos económicos y sociales.

4. Particularidades de la función económica

La función asignada, a la propiedad agraria, como producto de un proceso evolutivo y conceptual fue la económica. Este principio, o esta función económica, se concreta en el deber del empresario agrícola propietario de poseer, de cultivar, de satisfacer el interés general de aumentar la producción y la productividad, e incluso de respetar los demás derechos fundamentales de los sujetos vinculados al proceso productivo agrario, entre ellos el respeto a los derechos laborales y de la seguridad social.

Lo trascendental del cumplimiento de la *función subjetiva* del propietario es la presencia de dos elementos calificantes y confirmatorios de ser este tipo propietario un instituto típico del Derecho Agrario. Esta es la versión del principio **la propiedad obliga**, según un haz de posibilidades obligacionales y sancionatorias.

El deber de posesión, de cultivo y de mejoramiento de la propiedad agraria es de donde deriva el calificativo de ser una propiedad **empresarial** y **posesiva**. Como se observa el criterio obligacional tiene dos vertientes. Por un lado significa el desarrollo de una específica actividad agraria de cultivo y mejoramiento, a la base de la cual necesariamente se encuentra la conformación de una empresa en tanto lleva los elementos de organización económica de los bienes productivos como el del cultivo o sea la producción eficiente de bienes animales o vegetales. En el otro extremo conlleva una especial concepción según la cual el propietario debe necesariamente asistir directa y eficientemente el bien, para conformar con su presencia una propiedad realidad y no meramente registral, pues su posesión debe ser material y no

inmaterial.

El otro aspecto propio de la función económica de la propiedad agraria es la imposición de una serie de sanciones al propietario cuando no cumple con la función subjetiva asignada. Particularmente se refieren al incumplimiento con desarrollar empresarialmente el bien o no poseerlo como corresponde. Particularmente se sanciona a quienes tengan tierras incultas, ociosas, abandonadas o deficientemente explotadas. Los criterios para definir estas situaciones son jurídicos y técnicos conforme a ciertos criterios de valoración expresados en los distintos ordenamientos jurídicos agrarios.

Se entiende inculta la propiedad cuando su titular no realiza actos efectivos de posesión conducentes a cultivar el bien, dejándolo o manteniéndolo en estado natural, sin trabajos específicos del titular conducentes a ponerla en condiciones de producción. Se encontraría ociosa la propiedad cuando habiendo sido puesta en condiciones de producción, por haber sido cultivada antes, el propietario la deja sin cultivar. Se encuentra abandonada la propiedad cuando el propietario deja en estado de ***derelicción*** el bien, sin nombrar sustituto o persona alguna capaz para ejercer su representación como poseedor o bajo algún régimen contractual, dejando implícitamente a cualquier tercero para poseerlo o usucapirlo, o pueda revertir por el no uso al dominio público. Y deficientemente explotada se encontraría la tierra cuando tenga un rendimiento inferior al normalmente previsto en las particulares condiciones suyas porque el propietario no utiliza, por falta de capacidad profesional, las técnicas necesarias para una adecuada explotación o se niega a explotarla eficientemente.

Las sanciones varían en los distintos ordenamientos jurídicos. Ellas van desde la expropiación forzosa, la extinción del dominio por el no uso, como otras fiscales tal es el caso del pago de impuestos a las tierras incultas, o bien contractuales como sería el caso del arrendamiento forzoso.

8. DERECHOS REALES, SERVIDUMBRES AGRARIAS VOLUNTARIAS Y DERECHO DE PASO (O FORZOSAS)

Debido a la conformación de las estructuras agrarias, en fundos, desde la antigüedad las servidumbres, y sus eventuales particularidades, siempre han sido objeto de consideración, por su indiscutible actualidad.

1. Características generales

Las servidumbres son derechos reales en cosa ajena *o iura in re aliena*. Constituyen un poder real sobre un predio ajeno para servirse del fundo ajeno parcialmente en algún aspecto. Para el dueño del predio sirviente implica un límite al ejercicio de su derecho de propiedad. En los códigos civiles se les regula en forma general, en consecuencia no existen servidumbres típicas reguladas expresamente en su contenido, con excepción de ciertos tipos como sería el de la obligación forzosa de paso (porque en sí no es servidumbre), ubicada fuera del capítulo de las servidumbres como la de minería, aguas, tendidos eléctricos, etc.

Las servidumbres recaen en favor y a cargo únicamente de fundos. El inmueble que la sufre se denomina predio sirviente y el que la disfruta predio dominante. Como rasgos o características comunes a todas las servidumbres se pueden indicar, entre otras, las siguientes:

- **Inseparabilidad** pues la servidumbre es indisoluble con el fundo al que activa o pasivamente pertenece;
- **Indivisibilidad**: aun cuando el predio dominante se divida, la servidumbre subsiste íntegra, y los nuevos propietarios la gozarán, sin incrementar el gravamen del predio sirviente y si es el predio sirviente es dividido la servidumbre permanece y cada uno de los predios segregados soportará en la parte correspondiente el ejercicio de ella;
- **Utilidad**: toda servidumbre debe reportar al fundo dominante alguna ventaja, aun cuando sean personas las que disfruten de la utilidad (aspectos económicos y de comodidad), y para el caso específico de la de paso además de la utilidad es indispensable una necesidad efectiva, de carácter real y objetiva;
- **Permanencia** o **perpetuidad**: deriva de su carácter accesorio para el uso de un fundo, pues se supone que la servidumbre debe brindar una utilidad duradera al predio dominante;
- Cumplir el principio ***nemini res sua servit***: es imposible constituir una servidumbre en terreno propio, entonces predio dominante y sirviente deben pertenecer a distintos titulares;
- **Predialidad** solo un fundo es útil a otro, no pudiendo establecerse a cargo o a favor de una persona.

Existen diversos tipos de servidumbres. Las hay aparentes y no aparentes, las primeras suponen la existencia de signos externos de carácter permanente que las revelen, en tanto que las no aparentes no se manifiestan a los sentidos (sea porque están ocultas o no pueden verse). También las hay continuas y discontinuas, las primeras no requieren para su ejercicio una actividad o acto del hombre, y son o pueden ser usadas innecesariamente; en tanto que las segundas suponen para su ejercicio o disfrute la actividad del hombre, además de un uso a intervalos más o menos largos.

Doctrinariamente se distinguen las positivas de las negativas, las primeras imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismos, y la negativa le prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Las hay forzosas y voluntarias, las primeras con las que la Ley faculta a los particulares para obtener su imposición, a pesar de la oposición del dueño del predio sirviente; en cuanto a esta última categorización establece la llamada obligación de paso, que en realidad no es una servidumbre forzosa de paso, pues se constituye por resolución del órgano jurisdiccional en los casos establecidos por la Ley.

Una equivocación muy usual en el trato de la servidumbres consiste en

distinguir entre servidumbre voluntaria (constituida *inter vivos* por negocio jurídico o por una liberalidad, o las *mortis causas*, por así haberlo dispuesto el propietario en sucesión testamentaria), y por otro lado las mal llamadas servidumbres no voluntaria: tanto el derecho de paso positiva y obligación de paso negativa (se repite, no constituyen servidumbres).

Porque el derecho de paso u obligación de paso nace por disposición de ley para los fundos enclavados cuyos titulares deben indemnizar a quienes van a permitir el paso tanto el valor del área utilizada como cualquiera otra indemnización por daños y perjuicios. Estas distinciones solo traen confusiones doctrinales y judiciales.

Las diferencia entre unas y otras son las siguientes:

- En cuanto a la constitución, la voluntaria lo es por negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, en tanto la forzosa lo es por declaración judicial;
- Las voluntarias pueden ser establecidas en favor de un fundo enclavada o no, en la forzosa favorece a predio enclavados o que no tengan salida bastante a la vía pública;
- La indemnización es un elemento inherente a las forzosas de paso no siendo indispensable en la otra;
- La servidumbre voluntaria, estaría regulada por la normativa genérica de las servidumbres, en tanto la forzosas lo está por la ley o dentro del capítulo de las limitaciones de la propiedad a favor de los colindantes.

Las servidumbres pueden adquirirse por distintos modos, sea por voluntad de los interesados, mediante negocio jurídico, *inter vivos,* o por última voluntad del *de cuyus* ejecutable *mortis causa*.

También se constituyen por prescripción positiva, a condición de ser al propio tiempo continuas y aparentes.

Se extinguen por

- Resolución del derecho de que ha constituido la servidumbre;
- Cumplimiento del plazo o condición, si fue constituida a término o plazo;
- Por confusión, por la reunión de los predios sirviente y dominante en manos de un solo dueño;
- Por remisión o renuncia del dueño del predio dominante; y
- Por el no uso durante el tiempo necesario para prescribir, y por venir los predios a un estado en que no pueda usarse la servidumbre.

2. Las servidumbres en su devenir histórico, para sentar las bases de las agrarias

Desde la época del Derecho Romano se ha hecho siempre la distinción entre servidumbres agrarias y urbanas, o rurales y urbanas. Esto para otorgar a cada una de ellas una disciplina diferenciada. Por esa razón autores como

Fulvio Maroi, 1956, escribieron manuales de Derecho Agrario con un gran desarrollo de las servidumbres agrarias desde el Romano, para inclinarse a una visión civilista del Agrario y a reconocer su existencia desde aquella lejana época.

Todavía hoy la materia de servidumbres se encuentra concebida fuera del progreso mismo de las materias jurídicas de mayor vigencia. Sin embargo, la ductivilidad extraordinaria del antiguo paradigma de las servidumbres lo hace susceptible de utilizaciones varias y frecuentes incluso en sectores nuevos.

Pero estas servidumbres de paso solo pueden constituirse voluntariamente por así disponer esa limitación el propietario, o ***mortis causa*** porque al ser discontinuas, aunque aparentes no existe la posibilidad de constituirlas ni con la posesión inmemorial.

En el Derecho Romano la servidumbre gravaba únicamente la zona o faja donde se encontraba la calle, el canal, o la senda. Esos principios se mantuvieron hasta el siglo XVIII inclusive. El *Code Napoleon* de 1804 previa la posibilidad de cambiar el lugar de ejercicio si ello no agravaba la situación del fundo sirviente. Según la jurisprudencia francesa el propietario del predio dominante podía cambiar el lugar de ejercicio cuando la servidumbre no se pudiera ejercitar en el lugar indicado, aun cuando este estuviera señalado en el título constitutivo. Esta nueva orientación determinó la existencia de la servidumbre en la totalidad del fundo. Con ello la división del fundo no daba lugar a la extinción de la servidumbre respecto de las porciones sobre las cuales no había sido ejercitada. Sin embargo hoy día la servidumbre tiene su lugar de ejercicio. En el título se especifica también su contenido y lugar de incidencia. Cuando no lo especifica todo el fundo queda sujeto a la servidumbre. La fijación del lugar de ejercicio tiene efectos prácticos importantes: permite limitar el grado de gravamen del predio dominante, con la imposición de la servidumbre.

3. Las servidumbres agrarias

Se trata de una necesidad de la vida del propietario vinculada no exclusivamente con su fundo sino con la actividad agraria desarrollada en él. Esa actividad va a definir su propia existencia y la de su familia. Pero como derechos reales de goce se han de constituir en un fundo a favor de otro. En igual forma en el Derecho Romano, muchos otros códigos, se encuentran referencias a la constitución de servidumbres en fundo limítrofe para la utilización de aguas para usos agrarios, el derecho de obtener del fundo vecino aguas necesarias para la alimentación de los trabajadores, de los animales y para usos domésticos.

Estas servidumbres se han configurado desde los orígenes de nuestro sistema jurídico porque han surgido como exigencias propias de la agricultura, adquiriendo un tratamiento de favor.

Un elemento fundamental, dentro de la estructura de la empresa agraria, es su organización. En ella participan bienes no solo materiales sino

también inmateriales: ***instrumenta fundi.*** Los derechos adquiridos por el titular del fundo, ***iura fundi,*** como consecuencia del ejercicio de la agricultura y en vista a su necesidad o utilidad a los fines de la producción agraria, constituyen un valioso instrumento en su estructura organizativa. Normalmente servidumbres prediales del Derecho Romano se identifican con los ***iura fundi,*** más antiguamente calificadas como ***res mancipi.*** Son los llamados *derechos del fundo* y forman parte de la explotación o hacienda agraria vista como fundo-organización.

La exigencia de agua de un fundo para las necesidades de cultivo o de acceso sobre la vía pública, para las comunicaciones a su exterior, crean derechos a favor del fundo enclavado. La utilidad de un fundo es utilizada por otro fundo. Pero estos derechos no siempre coinciden con los derechos de servidumbre predial disciplinados por el Código civil. Las servidumbres típicas del Derecho romano (***iter, via, actus, aquaeductus***) eran, como se ha dicho, configuradas como *res mancipi*.

Las servidumbres unidas a los esclavos, al ganado, a las instalaciones y a los aperos de labranza formaban los ***instrumentum fundi,*** es decir la organización haciendal. Esta construcción era posible por cuanto la servidumbre se concebía como un ***ius fundi,*** el cual se realizaba a través de un dominio material, ***mancipium,*** sobre las partes del fundo sirviente destinadas a la mejor utilización económica del fundo dominante.

Esta antigua concepción de la servidumbre agraria estaba ligada a la concepción publicística de la propiedad agraria como dominio soberano y fue superada en el ámbito de la nueva concepción privatista de la propiedad romana.

En el Derecho actual la servidumbre no puede ser concebida como pertenencia. Algunos de sus elementos característicos, como el de destinación, todavía permanecen y asumen aspectos relevantes. En el acto de constitución de la servidumbre existe la intención, de parte del titular dominante, de destinarla a la organización de su fundo, logrando una utilidad económica del otro fundo. El *destino de buen padre de familia* es esencial para explicar la función económica social en la constitución de la servidumbre. Esta función se liga a una elección completa del titular del fundo dominante quien ha querido obtener alguna utilidad de otro fundo para poderlo destinar al servicio del propio.

La servidumbre fundiaria agraria participa de las características y del ciclo de vida de la servidumbre civil: en este caso la estructura es común entre ambas, sin una función especial.

La diferencia fundamental radica en la naturaleza del bien sobre el cual recae: el fundo agrario. Es decir, recae sobre un bien de naturaleza productiva. Por ello la servidumbre fundiaria agraria, al constituirse, pasa a formar parte del fundo-organización. Tal es el caso de las servidumbres de paso y de acueducto.

Además, existen las servidumbres agrarias, propiamente dichas, vinculadas con la finalidad de producción agraria. Básicamente cumplen un destino económico a favor del fundo dominante. Estas no están necesariamente ligadas a la titularidad de la propiedad. Fundamentalmente lo están a las exigencias de producción y vida de la organización económica y social de la empresa. El destino específico es la producción agrícola. Se adquieren con el fin de aumentar la productividad y por eso se le califica como ***ius fundi.*** Los ***iura fundi*** o servidumbres agrarias son constituidas como derechos sobre el fundo por la necesidad de cultivarlo.

Las nuevas exigencias de la técnica agrícola requieren el ingreso sobre el fundo de tractores y estructuras voluminosas, distintas a las viejas concepciones de ingreso a pie o a caballo, por ello el servicio debe ser concebido como más grande y complejo.

En el Derecho Romano se buscaba el reconocimiento de la autonomía de la servidumbre rústica. Hoy la tipicidad legal y social de la servidumbre agraria puede encontrarse en función del fundo agrario y de la actividad productiva agrícola.

Todos esos principios deben inspirar hoy día la Teoría de las Servidumbres agrarias como instituto típico del Derecho Agrario. Con fundamento en ellos se podrán encontrar soluciones justas y adecuadas con el fin de tutelar la producción.

En la realidad agraria conviene tomar en consideración las costumbres de los propietarios de fundos agrarios sobre los cambios de lugar de ejercicio de la servidumbre. Ello generalmente opera por convenio. En esta forma se modifican las condiciones de la servidumbre originalmente constituida. Aunque ello no podría tener efectos frente a terceros, por no estar inscritos dichos acuerdos en el Registro: por el principio del *nudo consensu* tendría eficacia entre las partes. En todo caso, cuando hubiere duda sobre la extensión y modalidades de ejercicio, la servidumbre debe entenderse constituida en forma de satisfacer la necesidad del fundo dominante con el menor perjuicio al sirviente.

El hecho técnico de la agricultura, las circunstancias territoriales, y el riesgo biológico asumido por el productor llevan a los dueños de fundos agrarios, por razones de amistad o colindancia, a tomar previsiones con el fin de evitar pérdidas en sus cultivos. El trastorno ocasionado por circunstancias naturales (viento, lluvia, inundaciones, derrumbes) en los caminos o servidumbres de acceso a fundos productivos, enclavados o no, conlleva a la necesidad de acuerdos entre propietarios para solucionar temporalmente el problema. Esos acuerdos, generalmente verbales, pueden implicar el cambio de lugar de ejercicio de la servidumbre en forma provisional o definitiva, la construcción de puentes o bien la rehabilitación de caminos, etc.

Las servidumbres agrarias, ***strictu sensu,*** pueden ser de diferentes tipos.

- Las agrarias (o mal llamadas rústicas con la nomenclatura antigua

del Código Civil) siempre se individualizaron por su vinculación con la agricultura. Ello obedece a la copiosa casuística existente sobre el tema. Aún cuando estas no eran reguladas en forma autónoma sí eran distintas de las otras.

- La distinción más usual se encuentra en aquellas servidumbres que se intentan constituir sobre el fundo ajeno con el objeto de lograr el paso para poder llevar los bienes al mercado en interés de la producción, e igualmente en llevar los bienes necesarios al fundo para poder cumplir con esa destinación por la que el propietario ha optado.

4. La función y el destino de las servidumbres agrarias y de paso. Una servidumbre de paso no es necesariamente agraria, ni una agraria es de paso

Los especialistas suelen confundir muchísimo las servidumbres. No existe claridad ni en su contenido ni el límite que implica para el fundo dominante. Y en tal sentido se aplican las particularidades de una a otras, dándole un sentido más amplio a ellas, contraviniendo la voluntad de las partes y desde luego imponiendo límites no deseados por las partes a las servidumbres.

Uno de los errores más frecuentes es la de darle a la servidumbre de paso una funcionalidad no pensada por el fundo sirviente, como la de haber pactado el paso a pie y a caballo con un ancho de siete metros, con trancas o portones a ambos lados de la entrada y la salida, donde los titulares de ambos fundos tienen llaves, para que al entrar o salir por ella siempre queden cerrados los extremos para no perjudicar al fundo sirviente.

Esta servidumbre incumple la función, se desnaturaliza, si pasaran personas no autorizadas, si se abriera al paso del público, si entran y salen tractores, camiones, automóviles, si no se cumple con cerrar los portones, si se amplía el ancho, como convertirla en una agraria para la entrada y salida de semillas, pastos, piensos, animales, vegetales en camiones, sacar la cosecha como la agraria, si por la servidumbre sacan madera en camiones de un desarrollo forestal.

Al revés también se presentan graves errores porque si el fundo sirviente otorgó al dominante una servidumbre agraria, ella no puede transformarse en una de paso. Porque la función de la servidumbre se limita a permitir utilizarla única y exclusivamente para cumplir con la actividad agrícola económicamente organizada, como empresa, en el fundo dominante. Y en tal sentido la voluntad de las partes no puede ser cambiada para transformar o confundir, o mal interpretar que la agraria tiene como intrínseca la de paso, porque eso no es así.

Es cierto que para ingresar o salir por la servidumbre agraria es necesario caminar, o desplazarse en maquinaria, también es cierto su tipificación pues los ordenamientos jurídicos por lo general establecen límites en cuanto a la distancia de ellas, y las características de los mismos fundos

dominante y sirviente indican la distancia donde se constituyó, por lo que no pueden convertirse en una servidumbre de paso por ejemplo por donde pase gente, no trabajadora, ajena a la empresa de fundo dominante. Ni tampoco sería permisible dejar abiertos los portones por los daños y perjuicios eventualmente causados al fundo sirviente por la pérdida de animales, introducción de desechos, o contacto con productos transgénicos capaces de contaminar una agricultura orgánica.

En ambos casos, cuando el titular del fundo dominante cambia el destino, la función de la servidumbre constituida entre las partes, por el ***nudo consensu***, pues por ser no aparentes pero discontinuas, ni la posesión inmemorial permiten constituirlas. En esta forma, si solo un acuerdo de partes permite constituirla es muy seguro que lo sea a título oneroso, pues salvo que se tratara de familiares o socios en una empresa agraria esos gravámenes no se constituyen en forma gratuita.

5. El principio del destino de padre de familia. El caso de la servidumbre (civil o agraria), o el derecho u obligación de paso, y la exención de pago si anteriormente fueron hermanas (provenientes de una finca madre)

Cuando se constituye una servidumbre, civil o agraria, *inter vivos*, se supone un negocio jurídico y el pago de un precio, o bien como consecuencia de la venta de un fundo enclavado el vendedor incluye como parte del inmueble también una determinada servidumbre, y si la negociación no pudiere celebrarse en vida del propietario vendedor puede preverla para ejecutarla *mortis causa*, seguramente también contra un precio.

Igualmente se ha indicado para todos los casos de derechos y obligaciones de paso, cuya característica es el pago de la franja adquirida y la eventual indemnización por otros daños y perjuicios.

En ambos casos existe una excepción de pago. Ello ocurre por medio del principio del destino de padre de familia, cuando no se paga ni por la servidumbre ni por constituir del derecho de paso.

Ello ocurre cuando ambas fincas fueron parte en el pasado de una finca madre donde ambas se encontraban como fincas hijas, o hermanas entre sí, que fueron segregados de la madre.

En el caso de las servidumbres de paso se dispone expresamente la exoneración del pago, ni *inter vivos* ni *mortis causa*, porque no se trata de fundos extraños, y se presupone que el propietario de la finca madre podía ejercer el paso por todo el inmueble, como buen padre de familia. En consecuencia al segregar varias fincas de la madre, resulta ilógico obligar a la finca hija a indemnizar un derecho que ya tuvo la madre. En tal caso, siguiendo los principios generales del Derecho, puede sostenerse que la finca hija hereda su derecho de paso, y por tal podrá gestionarlo judicialmente para su constitución sin pago porque ya fue un derecho constituido originalmente a la madre, como el principio del destino por padre de familia.

El otro caso es el de derecho de paso u obligación de paso. El fundo

enclavo si fue originalmente, en algún momento de su historia registral parte del fundo que impide la salida, se presupone la existencia de un servicio (no una servidumbre por el principio ***nemini res sua servit***: es imposible constituir una servidumbre en terreno propio), entonces durante el tiempo que compartieron ser una unidad, se presupone la existencia de un servicio (no una servidumbre) para utilizar el paso por toda la finca, entonces por el principio del buen padre de familia, le heredó a las fincas hijas el derecho de paso, consecuentemente al formular el juicio ese sería uno de los inmuebles más útiles de escoger porque se causaría el menor perjuicio a todas las partes, y no procedería el pago, porque el derecho ya fue adquirido cuando fueron hermanas en la finca madre.

6. Las servidumbres forzosas agrarias: el derecho de paso y la obligación de paso, como institutos del Derecho agrario

a) Sobre las servidumbres prediales en general

Según se ha indicado hay servidumbre prediales y personales. Las prediales pueden ser voluntarias y forzosas. Hasta ahora se han mencionado las voluntarias. Ahora corresponde desarrollar las forzosas.

Las forzosas, llamadas también "legales", pueden derivarse del Código Civil o de las leyes especiales encargadas de concebirlas.

En Costa Rica las servidumbres tienen su propia normativa en el Código Civil (arts. 370-382). Dentro del mismo Código, pero como normativa aparte en el Capítulo "De las cargas o limitaciones impuestas por la ley" está el Capítulo "De la obligación de paso" (arts. 395-400).

b) Características y vicisitudes de las obligaciones de paso

- Pueden ser pedidas por las personas establecidas por ley, otorgadas por una autoridad judicial, incluso contra la voluntad del propietario.
- Hay una necesidad imperiosa que solo puede satisfacerse concediendo el uso de cosa ajena. La necesidad consiste en que el fundo reclamante debe estar enclavado, es decir no tiene otra salida a camino público.
- El derecho de paso se constituye como servidumbre permitiendo atravesar la finca ajena para llegar al camino público.
- El legislador permite a quien la gozará el derecho a obtenerla para satisfacérsela.
- Para conceder o satisfacer la necesidad no puede dejar desatendida la situación del propietario de la futura cosa gravada, entonces se prevé la contraprestación para compensarlo.
- Existe la excepción de pago cuando el fundo sirviente y el dominante originalmente constituyeron una misma finca.

El derecho de paso, en el sentido positivo, u obligación de paso, en el sentido negativo, en principio no constituye una servidumbre. Es una limitación a la propiedad (civil o agraria). Ocurre cuando un fundo no tiene salida suficiente a la calle pública o a cualquier otro medio de transporte. En este caso el propietario del fundo enclavado debe demandar a todos sus

colindantes, para encontrar la salida (litis consorcio pasivo obligatorio). Si no demandara a todos habría un vicio porque se trata de una acción en que todos los vecinos son litisconsortes. Por lo general el propietario se inclina por una salida determinada, pero quizá ella no es la que pueda ser fijada como tal. Los demandados al presentar sus títulos y planos catastrados, y sobre todo tomando en consideración la situación física de los inmuebles, deberá determinarse aquella menos perjudicial a los vecinos y menos costosa para el propietario del fundo enclavado.

Se tramita judicialmente y al momento de la determinación debe tomarse en cuenta, al momento de la declaración y la apertura, el camino es únicamente para el fin solicitado y debe causar el menor perjuicio posible.

El derecho de paso debe ser el más apto. No necesariamente el más cómodo para el actor. Porque no puede perjudicar al demandado ni a sus colindantes, por ejemplo si se pretende un camino más corto no resulte apto porque deberá destruir muros, casas o aprovechar caminos ya construidos que no son de su pertenencia.

El actor pretenderá el más cómodo, más corto, para pagar lo menos posible, pues se trata de una limitación a los propietarios. Pero los jueces deben otorgarla siempre que cause el menor daño a todos. En este caso el precio debe ser razonable, no el más bajo.

La obligación del titular del fundo enclavado en pagar el precio no se limita al valor de la franja de terreno a la cual tendrá derecho, sino también a los daños y perjuicios derivados de perturbaciones, incluida la pérdida de valor del terreno por donde se establezca tal salida.

El propietario del fundo enclavado deberá poner cercos, y delimitar el área a través de alambres de púas o el tipo de materiales utilizados para tal fin, pues si quedare abierto el portón sin tomar las previsiones respectivas el ganado del propietario, por ejemplo, podría salirse a la calle, o los productos agrícolas sembrados podrías ser comidos por animales si el portón no lleva un trato seguro.

Al constituir el derecho, según el caso, con base en la lógica y la experiencia de la materia de que se trate, se podrá disponer que ambos propietarios dispongan de las llaves de los portones, y de las formas fijadas para mantener el derecho de paso.

Para proteger al propietario del fundo dominante la servidumbre inscribible en el Registro Público no puede limitarse a señalar su constitución, sino debe indicarse el tipo de que se trata, la distancia y ancho, lugar por donde ingresa y por donde sale; forma y tiempo cuando las compuertas estén abiertas para el fundo dominante y todas las especificaciones necesarias para su debida identificación para determinar el régimen jurídico con el cual se deba resolver cualquier conflicto futuro.

c) Fraude con el uso de los "derechos de paso agrarios"

Para constituir un derecho de paso agrario (también denominado

como servidumbre agraria, aunque no lo es) los fundos dominantes deben obligatoriamente tener no menos de 5.000 metros y en cada fundo solo puede construirse una casa. El ancho generalmente es de ocho metros y su largo hasta cumplir el servicio con el último fundo.

En sentido contrario la normativa urbanística permite las servidumbres urbanas de paso con una medida de 64 metros y seis o siete de ancho.

En los agrarios y las agrarias se encuentran muchas violaciones, es decir constituidas ***in fraus legis*** porque se constituyen bajo cierta naturaleza jurídica pero buscando satisfacer otros intereses completamente diferentes.

En muchas urbanizaciones turísticas se sub dividen áreas grandes en terrenos de 5000 metros (generalmente con vista al mar) para evitarse en complejo trámite urbanístico, y luego en el mismo fundo construyen varias casas (al dividirlas en derechos en el Registro Público, y hasta en fincas individualizadas). Lo lógico sería esperar de las Municipalidades y del Registro Público rechazar la constitución de derechos, la sub división registral, o la autorización de más casas por cada bien, para mantener unidades de 5.000 metros.

d) La tutela jurídica a los derechos de paso agrarios inscritos y no inscritos, como las servidumbres prediales.

La jurisprudencia desde hace muchísimos años, ahora con el apoyo de la doctrina, le han otorgado *tutela jurídica a la posesión de las servidumbres de paso no constituidas.*

El ***thelos*** de tal tutela se fundamente en la protección de la producción agrícola cuando se trata de fundos enclavados.

Se trata de una tutela a favor del fundo enclavado cuyo derecho no está constituido ni inscrito.

El CPC prevé, para los interdictos de amparo de posesión o de restitución, la presentación de una certificación del Registro Público donde conste que el inmueble está libre, sin cargo a servidumbres (de paso o derechos de paso).

En tal caso el propietario del fundo libre de servidumbres tiene como defensa inmediata el interdicto de amparo de posesión. Este debería ser declarado con lugar, en cualquier caso, sin embargo en materia agraria, dadas las características de especialidad de sus normas, se entiende que el fundo enclavado requiere salida a la calle para llevar sus productos al mercado.

A sabiendas de la procedencia del interdicto el Juzgado Agrario suspende el dictado de la sentencia, generalmente por seis meses, para permitirle al demandado, titular del fundo dominante, el planteamiento de la respectiva acción para constituir la salida. Si se ha planteado la demanda requerida la sentencia del interdicto se mantiene en suspenso. Pero si no la plantea se condena al titular del fundo enclavado, si los demás requisitos resultan procedentes (como el planteamiento dentro del plazo de caducidad de tres meses).

Estos avances jurisprudenciales utilizados en muchos países, de la *tutela jurídica a la posesión de las servidumbres de paso no constituidas*, han sido criticados por algunos civilistas, no obstante también se encuentra su distinción entre las civiles y agrarias.

9. DERECHOS REALES Y POSESIÓN AGRARIA EMPRESARIAL Y OTROS PROCESOS

El 2.2 del CPA contempla como competencia agraria la posesión y una serie de acciones vinculadas a ellas, así también como otros ajenos a ella.

> "2. La posesión, deslinde, división, localización de derechos, derribo, suspensión de obra, titulación, rectificación de medida y entrega material de bienes citados en el inciso anterior".

1. Posesión y otros procesos especiales referidas a ella

Corresponde a la jurisdicción agraria conocer de los proceso sobre posesión, el deslinde, la división, la localización de derechos, el derribo, la suspensión de obra, la titulación, la rectificación de medida y la entrega material de bienes citados en el inciso anterior.

Junto a la inmensa problemática de la posesión, la norma se limita a mencionarla, y calificar junto a ella algunos procesos y procedimientos contemplados en otros cuerpos normativos, obviando el proceso interdictal para incluir solo el de derribo cuando los otros son más propios de la posesión.

En esta categoría entran pretensiones reales o posesorias, referente a procesos especiales, de propiedad o posesión agraria[253]: **i)** interdictos agrarios[254] -arts. 265 a 271 CPA-, **ii)** Deslinde voluntario de inmuebles -art. 325 CPA-, **iii)** La división de cosa en común o localización de derechos -art. 328 y ley especial, **iv)** El sumario de derribo -art. 275-, **v)** El sumario de suspensión de obra -art. 290-, **vi)** La titulación e información posesoria -art. 328 a 331 CPA y Ley de Informaciones posesorias.

En todos estos procesos, siempre que la pretensión procesal se refiere a bien inmueble que se les vincule sean "…aptos para el "desarrollo de actividades y servicios agrarios" y "respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos", ahora bajo los términos del art.1 y este 2.1 CPA-.

La idea y justificación, para atribuir esta competencia agraria en estas pretensiones, es básicamente, parte del interés público en el que los bienes productivos cumplan su función económica o social a través de un acto de disposición del poseedor dándole la productividad que un fundo (sic. agrario)

[253] Ulate Enrique. Manual de Derecho Agrario…, pág. 196 sobre posesión agraria y los actos posesorios agrarios.

[254] Sobre la competencia, legitimación y actos posesorios agrarios: Picado Carlos-Artavia Sergio. Los interdictos en materia civil, agraria…, pág. 113.

puede tener, convirtiéndolo, mediante la posesión, en un verdadero fundo agrario[255].

Resulta extraña la omisión del procedimiento de la Ley de Informaciones Posesorias, uno de los más usuales en la jurisdicción agraria referido a la inscripción registral de inmuebles usucapibles sin título inscribible.

2. Calificación, origen, tutela de la posesión en su devenir histórico

Los civilistas han sido contrarios a darle el calificativo de instituto a la propiedad agraria, con mayor razón a la posesión. Esto posiblemente obedece a una mayor vinculación inconsciente del instituto con el Derecho Civil, o también por el carácter temporal, transitorio y hasta precario del mismo.

Este fue un problema también en el Civil. En la famosa discusión en torno a la existencia de la posesión Savigny la afirmaba en tanto manifestación espontánea del pueblo, con el ***corpus***, el formalismo de **Ihering** se encargó de negarle su validez y vigencia autónoma, para afirmarla solo en función de la propiedad.

La posesión es uno de los conceptos que los juristas de todos los tiempos han trabajado en forma más ardua. Parece ser la materia más llena de dificultades en cuanto a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su teoría, a los diversos elementos integrantes, a los modos de obtenerla, perderla y conservarla, a los requisitos, a los efectos, al objeto mismo.

En su acepción estricta y propia, desde hace muchísimos años veo la posesión como una subordinación de hecho, consciente tutelada por el ordenamiento jurídico, que se ejerce en los bienes en forma exclusiva, total o parcial, por la cual una persona actúa sobre los mismos como si fuera su titular, con las limitaciones impuestas por la ley y el bien económico social.

La tutela de la posesión en el derecho antiguo contiene uno de los puntos oscuros y misteriosos, pues en el Derecho griego no se encuentra una distinción entre ***ius posesionis*** y el ***ius possidendi***. La defensa era normalmente ejercitada con la defensa del título que la legítima por lo que se deduce que el ***ius possesionis*** se encuentra incluido en el ***ius possidendi***, de ahí que en la doctrina una tutela de la posesión es implícitamente admitida o implícitamente rechazada, con mayores o menores limitaciones, según el reconocimiento dado por el Estado al derecho de autodefensa consentido a los privados.

El Derecho Romano, donde opera el nacimiento y primera etapa del desarrollo de la posesión, entendió por *possessio* la situación de los privados que tenían el más amplio poder jurídicamente posible sobre fundos que no eran objetivo de propiedad privada, en relación con las concesiones del *ager pubblicus* en diferentes formas: *ager occupatorius* correspondía a la posesión de un terreno del Estado para cuyo disfrute era indispensable el pago de un canon,

[255] S.I.C. N° 145-C del 14-02-2001, N° 127-C del 07-02-2001, N° 92-C del 26-01.2001, N° 948-C del 22-12-2000

con la reserva del concedente de revocarla en cualquier momento, el *ager quaestorius* cuando la adjudicación provenía del *questore* con el derecho de disfrutar del bien temporalmente con opción de adquirir la propiedad a través de la venta, y el *ager vectigal* dado en relación con bienes del Estado, de un municipio de una colonia o barrio, concedido con carácter irrevocable por un plazo de cinco años, contra el pago de un canon.

Lastimosamente la posesión romana no puede conocerse desde un ángulo unitario, por comprender una serie de situaciones heterogéneas que van desde la mera *detentación* hasta la ***actiones in rem***. De los elementos comunes de las diversas situaciones de la ***possessio*** hay diferencias en estructura y efectos jurídicos:

- En la época clásica se conoció la ***possessio naturalis*** identificada como ***possessio corpore***, es simplemente la mera detentación (el elemento material constitutivo de la base de toda posesión), sin ningún tipo de protección jurídica, pese a ser la base de las demás formas de posesión tuteladas por la ley.
- La ***possessio***, sin ningún adjetivo, constituye una relación de hecho establecida con la detentación acompañada con la voluntad para tener la cosa para sí. Es la ***possessio*** por antonomasia. Porque está conformada por la ***possessio naturalis*** o ***possesso copore*** (detentación) más el elemento subjetivo llamado ***animus rem sibi abendi*** a favor de la cual el pretor estableció la protección de los interdictos, conociéndose por esta como ***possessio ad interdicta***.
- La ***possessio civilis*** es la misma ***possessio ad interdicta***, adquirida con ***iusta causa***, bajo una relación considerada idónea por el Derecho Civil para transferir el ***dominium.***

El Derecho Romano distingue la propiedad de la posesión: la propiedad es una esfera de poderes que el derecho atribuye donde le son reconocidos ciertos presupuestos, mientras que la posesión no consta de poderes jurídicamente aceptados pero sí efectivamente ejercitables, por lo que no se adquiere en base a presupuestos reconocidos por el Derecho, sino con la actuación material (efectiva) de su contenido.

La Codificación no logra aclarar la situación del instituto por lo que el *Code Napoleon* define la posesión casi en los mismos términos en que se desarrolló en el Derecho Intermedio por lo que podríamos acusar un vacío científico jurídico de la línea de pensamiento que inspira el código (Art. 2228). Debido a esta incertidumbre conceptual, a la ausencia de cientificidad en la figura es que **Savigny** en 1803 (en su obra ***Das Recht des Bestizes***) pretende encontrar la originaria concepción romana.

3. El Derecho agrario sigue la concepción posesoria subjetiva, de hecho, de Federico Carlos de Savigny; no la formalista de Rudolf von Ihering

La discusión en torno a la naturaleza jurídica de la posesión: ¿hecho o Derecho?, es tan antigua como el instituto mismo. En el Derecho Romano gran

cantidad de normas lo refieren como si se tratase de un hecho. Como los antiguos, los modernos toman posición en uno u otro sentido.

Federico Carlos de Savigny parte de la idea romana de que la posesión se adquiere mediante la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Para que exista la posesión no basta detentar la cosa, sino que se hace necesario el querer detentarla, no es la simple aprehensión material de la cosa ni menos querer esa aprehensión, se requiere que se verifique en cierta forma determinada.

Solo puede ser reconocido poseedor el que se comporta como propietario de la cosa detentada, quien decide sobre la cosa en la misma forma como lo haría el propietario porque este está facultado a ejercerla y se niega a reconocer en un tercero el mejor derecho.

Esta distinción se hace porque el *animus possidendi*, que consiste en la intención de ejercer la propiedad, puede emplearse tanto para el propietario que ejerce su posesión, como aquel que la ejerce a nombre de otro. El concepto de la posesión exige solo el *animus domini*, que es el recurso científico que usa **Savigny**, el cual se puede entender como la intención de hacer con la cosa aquello que podría legalmente hacer su propietario, sin reconocer en otro ese carácter.

El *animus domini* ha de existir en todos los casos en que exista posesión, y donde existe un caso dudoso se debe optar, por la vía de presunción, que solo la demostración en contrario es motivo para aceptar su inexistencia. Del análisis de la concepción savigniana la pregunta que cabe es ¿por qué se le llama subjetiva? Lo que sucede es que se consideran dos elementos de la posesión indispensables para que ésta exista: el ***corpus*** y el ***animus*** pues la simple presencia de la cosa, el simple hecho de poseer no permite la configuración del instituto; e incluso el ***corpus*** debe tener un mínimo de voluntad, de discernimiento, con lo que parece trasladar caracteres de un elemento al otro, pero esto se debe a la inclinación de dar preponderancia al aspecto volitivo sobre el físico. La teoría subjetiva hace distinción entre la posesión originaria y la derivada.

Años después de la elaboración de **Savigny**, el alemán **Rudolf von Ihering** formula la teoría objetiva de la posesión. Tiene un fundamento práctico jurídico, específicamente en lo que respecta a la prueba, ocasionando problemas en el Derecho Alemán de la época que había elaborado grandes y voluminosos catálogos con toda clase de actos posesorios. Rechaza la posición savigniana y busca un criterio objetivo y finalista que estuviere acorde con su posición respecto al Derecho: el *corpus* no consiste en el poder físico sobre la cosa, sino en la relación de exterioridad que le da a la propiedad, la relación exterior que vincula del dominio:

> *el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres, ese estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente: para unas se confunde con la*

> *detención o possessio fictia de las cosas; para las otras no. Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real; otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo; el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., etc., todo el mundo los encierra en sus casa", pues "en efecto la seguridad de la posesión no descansa en el elemento físico, es decir en las medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirados por el sentido jurídico o por la Ley.*

Así pues, el concepto del *corpus* se puede perfectamente reducir a un sencillo problema de sentido común, de lógica apreciación en cada caso, viendo el destino económico que siguen las cosas, sin necesidad de aplicar criterios rígidos. La conducta exterior para reflejar el *corpus* no difiere en el dueño, el ***locatatio,*** el arrendatario, el comodatario, el usurpador o el ladrón, motivo por el cual para brindar la protección posesoria a que se refiere la ley, es conveniente ejercer la situación jurídica de fondo: si se pudiere determinar el carácter con que tiene la cosa cada quien, se vería que solo hay tenencia y no es necesaria la protección posesoria (aunque se podría efectuar si así lo dispusiese el legislador), pero hay que presumir la posesión si existe el *corpus*, salvo una causa excluyente o cuando se determinada que el que se dice poseedor es tan solo representante o dependiente del verdadero poseedor de la cosa.

La polémica **Savigny-Ihering** tiene todo un contexto que no se refiere precisamente a la distinción jurídica dogmática de un instituto. Peor aún, no se da en un plano de igualdad pues la época en que **Ihering** escribía ya **Savigny** estaba muerto y la mal llamada polémica en realidad fue unilateral.

En el debate se afirma la existencia de un trasfondo porque **Savigny** fue propulsor de la Escuela Histórica, sostenedora que el Derecho no es obra del legislador sino que brota de las capas profundas del pueblo (sostenida en su escrito "**De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia**") en tanto que **Ihering** vuelve a la problemática del *ius* naturalismo, y vuelve a agitar todo aquello que a Escuela Histórica había eliminado de la conciencia jurídica: la política del Derecho, la reforma del Derecho, los fines del Derecho, el Derecho comparado, los principios fundamentales del Derecho, y en el periodo conceptual de su pensamiento reconoce que toda la constricción jurídica debe estar al servicio de la vida y llenar sus exigencias. Sostiene que el Derecho es obra de la voluntad, de la lucha y tensiones que se suscitan entre los hombres y que defienden intereses, contradicciones, este proceso no es consciente ni espontáneo del acontecer histórico como lo creía **Savigny**, sino creación de voluntades y acciones concretas de individuos o grupos de individuos con intereses determinados.

El gran mérito de **Savigny** es el aporte científico de encontrar la autonomía institucional de la posesión a través de los interdictos, y haber hecho

un análisis fiel de las fuentes romanas, transportando a su época una sistematización teórica inexistente. No obstante esto, su teoría fue sometida a duras críticas, al punto que el mismo **Savigny** debió conciliar sus tesis en el caso de las anomalías, creando la posesión derivada para dar explicación a los casos en que no se presentaba el ***animus domini*****,** con la desdicha de no haber cubierto con ese ajuste todos los casos que pretendió explicar.

La tesis de **Ihering** se aprecia en la medida que se comprende la de **Savigny**, pues pende de esta en lo fundamental. La concepción objetiva no entra al fondo del análisis posesorio como lo hizo **Savigny**, sino que concentra su atención en la tutela de la posesión, que fue comentada tangencialmente por aquel, encontrándose el fundamento central de su tesis en la defensa de la concepción propietaria, de la cual debía depender la posesión, al igual que los otros derechos, sin justificar cualquier concepción autonomista. Su teoría no escapa a la contradicción. Después de avalar la tesis de la prioridad de la posesión, llega a establecer que el postulado de que *la posesión sin la propiedad no tiene sentido*. Se encuentra cierta incerteza en cuando al uso de los términos, al punto que pierde la nítida distinción de **Sagviny** entre el ***ius possessionis*** y el ***ius possidendi*****.** El hacer depender la posesión de la propiedad se debe no a razones de alto contenido doctrinario, sino, a dificultades de orden probatorio. Finalmente conviene indicar que la diferencia Savigniana entre tenencia y posesión, basado en la voluntad, la soslaya **Ihering** al afirmar que ve en tal distinción solo razones prácticas: una la protege el ordenamiento jurídico y la otra no.

4. La idea de posesión agraria en el Derecho Agrario Latinoamericano

Las características del Derecho Agrario Latinoamericano han permitido el surgimiento de la posesión agraria como respuesta a las exigencias económicas o sociales. Se trata posiblemente del instituto más humano en cuanto exige la presencia directa del poseedor en el inmueble en una estrecha relación entre el bien tierra y el trabajo humano, correspondiente a la concepción subjetiva de **Federico Carlos de Savigny**.

A partir de la nueva normativa la posesión ha cobrado una gran vitalidad adquiriendo características absolutamente diferentes a las de la posesión civil. En ese sentido ha contribuido al desarrollo del Agrario en un doble sentido, primero aportándole al concepto de propiedad agraria el adjetivo de posesiva, y en segundo lugar concibiendo la posesión agraria en forma autónoma, como un medio de ejercicio de bienes agrarios y como tránsito para adquisición de la propiedad a través de la usucapión agraria.

Entonces para el Civil se mantienen los criterios del ***corpus*** y el ***animus***. Para el agrario hay nuevos criterios como el de morada, productividad, profesionalidad agrícola, y los propios de la empresa agraria.

Así la posesión agraria no es solo el poder efectivamente ejercido por la persona sobre la cosa o la posibilidad de defenderse de cualquier otro en el ejercicio de tal poder. Es diferente. Es *el poder efectivamente ejercitado unido a la*

explotación económica del bien. Se le niega, como actos posesorios civiles, el mero cerramiento de fincas, o a la presencia en el inmueble sin el ejercicio de una actividad productiva. Porque detrás de la agraria debe mediar una participación humana activa. Es decir el *corpus* vacío no tiene ningún valor jurídico como acontece en el Civil. Se requiere un ***animus*** manifiesto en su actitud de comportarse como propietario, ejerciendo actos posesorios estables y efectivos.

Concretamente las características salientes del instituto podrían ser:

- La necesaria realización de actos posesorios calificados para la existencia de la posesión agraria,
- La realización de actos posesorios en forma directa,
- El criterio de realización personal de los actos posesorios agrarios y,
- La subordinación de los elementos subjetivos de la posesión agraria en relación con los objetivos.

Por la naturaleza del bien, por los actos posesorios, por la actividad agraria desplegada, la posesión agraria adquiere particularidades propias aun cuando coincide en la estructura con la posesión de la ***lex generalis***. Así habrá posesión agraria ***ad interdictam*** y posesión agraria ***ad usucapionem***. Y esa posesión tendrá tanta validez si se ejerce en la propiedad inscrita en el en el Registro Público de la Propiedad como un terreno no inscrito, pues en esta segunda hipótesis por el transcurso del tiempo se transforma en propiedad y ello implica la adquisición originaria tanto para una nueva inscripción como para la extinción del dominio del bien poseído y usucapido.

En este ámbito deja muchas dudas la llamada *posesión ambiental*, o ***posesión ecológica***, y aún más la ***usucapión ambiental*** pues aun cuando pueda aceptarse el ejercicio de actos específicos como de cuido o conservación en bienes del patrimonio forestal del Estado, en terreno o en bienes públicos, no pueden jamás ser catalogados esos actos como posesorios, pues la actividad es negativa o neutra, consistente en la abstención, y por tal debe estar absolutamente excluida la posibilidad de usucapir esos bienes, pues son inalienables e imprescriptibles.

5. La posesión en otros institutos del Derecho Agrario

El tema posesorio se encuentra relacionado con una serie de institutos donde se le encuentra altamente determinado en sus alcances y contenido. En la reivindicación deberá ser analizado dentro de la legitimación pasiva. Y también requiere un estudio muy agudo en la usucapión como alternativa con la reivindicación y con su propia personalidad.

Igualmente, se le analizará en aspectos realmente interesantes en cuanto al ejercicio de las servidumbres así como con su extinción de las servidumbres; y en la constitución misma de los derechos de paso.

Esto significa la representación de un rol muy importante como centro de muchos otros institutos jurídicos, pues inclusive en la propiedad agraria se

le identifica como una propiedad posesoria.

10. CONTRATOS DE CONSTITUCIÓN O EJERCICIO DE LA EMPRESA AGRARIA

Dice el art. 2 CPA que corresponde conocer a los tribunales agrarios

> "Los actos y los contratos vinculados con la constitución o el ejercicio de actividades y servicios agrarios. Quedan comprendidos el cobro de deudas cuyo plan de inversión esté vinculado con las actividades citadas, o cuya garantía esté constituida por los bienes indicados en el inciso 1) de este artículo, los contratos de seguro, así como aquellos entre particulares relacionados con la prospección de la biodiversidad cuando tengan relación con el desarrollo de actividades de producción agraria o conexas a estas".

Es evidente la falta de técnica de la norma, por desconocimiento jurídico de los contratos del Derecho agrario patente en la cita de un único contrato como el "de seguro" desaparecido desde hace muchos años (porque el Instituto Nacional de Seguros debió cerrar esa división por los abusos en los créditos de arroz), o el imaginario referido a la "prospección de la biodiversidad".

Un elemental conocimiento de la disciplina debería comprender la norma, en un sentido amplio, como el otorgamiento de la competencia a todos los **contratos vinculados a la constitución o ejercicio de la empresa agraria.**

Seguidamente se expone el significado del contrato agrario, como elemento consustancial con la empresa, y al final se profundiza en la clasificación de estas formas contractuales para visualizarlos en su verdadero panorama.

1. Noción de contrato agrario

Las orientaciones cada vez más nítidas de la evolución de los contratos agrarios permiten identificar tres direcciones:

- La limitación siempre creciente de la autonomía de la voluntad privada en la determinación de las cláusulas del contrato y la reducción, por lo menos como una cierta tendencia al esquema de ***numerus clausus*** de los esquemas típicos.
- La superación de la libertad de las formas y la avanzada desaparición de los contratos escritos.
- El reconocimiento de una mayor valorización de los intereses de la empresa, incluso de los intereses del trabajo, sobre los intereses de la propiedad.

Estas recientes orientaciones confirman la estrecha relación entre empresa y contrato de empresa agrícola como elemento calificador de la tipicidad del contrato agrario. Esto lleva a ampliar en forma notable la categoría de los contratos agrarios respecto a cuanto sostiene la doctrina de los viejos códigos civiles. Por esto la aceptación de una categoría tan amplia de contratos se debe al fenómeno jurídico de considerar agrario a todos aquellos

donde intervenga una empresa agraria. Se trata del nacimiento de una exigencia causal del contrato en la relación de contrato agrario y empresa agraria.

En este tipo de contrato agrario la función económica social va mucho más allá de una simple relación instrumental con la empresa, y consiste en un precepto de autonomía privada dirigido y destinado a la organización económica de los factores de la producción y a la organización jurídica de los poderes de todo el ordenamiento de la empresa.

2. El principio de efectividad

Los contratos agrarios, ***strictu sensu*****,** como se ha señalado son aquellos cuya función económica social consiste en ser destinados a constituir una empresa agrícola y a disciplinar su ejercicio. La correlación es particularmente intensa pues a cada tipo de contrato corresponde también un tipo de empresa. El contrato no se limita a señalar los derechos y obligaciones de las partes: va más allá, en cuanto debe determinarse como han sido distribuidos los poderes, las responsabilidades y las funciones referidas a las partes mismas en el ejercicio de la empresa.

Del contrato nace la empresa. El contrato es fuente de derechos y obligaciones. Pero en él el ejercicio de la empresa es tan solo un programa de voluntades.

Para el nacimiento real del contrato es indispensable el inicio del ejercicio de empresa, como hecho de la iniciativa económica. El contrato agrario es productivo de todos sus efectos no cuando se celebra el acuerdo de voluntades, sino en el momento ulterior cuando de hecho nace la empresa.

Cuando el contrato no se limita a dar el goce del fundo a un concesionario, o no es solo esa, sino consiste en constituir una empresa agrícola, la producción de todos los efectos previstos en el contrato se verifica solo con el nacimiento de la empresa.

Es decir es necesario el real inicio efectivo de las actividades propuestas de producción o cultivo de vegetales y animales, dentro de un ciclo biológico de agrariedad.

3. El principio de consensualidad y la tipicidad innecesaria

La entrega de la cosa generalmente no se señala como nacimiento del contrato, sino del consentimiento. Por otra parte, recientemente se reconoce a la consensualidad como un requisito insuficiente para identificar este tipo de contrato pues consensuales son todos los tipos contractuales, como se establece desde el tiempo del Derecho Romano.

Cuando se indica consensualidad se hace referencia a la causa, con dos perfiles distintos:

- El encuentro de la voluntad prefigura el nacimiento de la empresa, y de ella derivan los efectos esenciales del contrato: si se externa la voluntad y la empresa no llegara a nacer, el contrato es inválido y debe resolverse porque es improductivo en sus efectos.

- La consensualidad diferencia los contratos agrarios de otras especies contractuales. Porque en el contrato agrario no basta la identificación de una serie de estipulaciones, sino del nacimiento de la empresa agrícola, en este aspecto la consensualidad propia de estos tipos contractuales se dirige, en alguna forma, a la estructura del contrato consensual del Derecho Romano.

Como se conoce, **Gaio** había enseñado que en el Derecho Romano se encuentran cuatro tipos de contratos, diferentes entre ellos como función económica social y como estructura: 1) ***emptio-venditio***, 2) ***locatio-condutio***, 3) ***societas***, y, 4) ***mandatum***, caracterizados con su falta de perfeccionamiento con solo el acuerdo, porque necesariamente deben cumplir un conjunto de intereses previstos por el ordenamiento jurídico (***iusta causa***). Entonces adquiría un particular significado la unión del acuerdo de las partes (***consensus***) y el conjunto típico de intereses configurados en el ordenamiento (***iusta causa***), llegando a ser el elemento fundamental y característico de la estructura interna del contrato.

Luego este estrecho contacto perdió significado. Pero en la doctrina de **Domat y Pothier** se regresó a un criterio para vincular a las partes jurídicamente. No era necesaria y puntual la referencia a la ***iusta causa***, es decir a un esquema contractual previsto por la ley, sino era suficiente la ***cause suffisante***, es decir cualquier motivo en cuanto fueren ***raisonable el juste***, entonces se afirma el principio ***solus consensus obligat***.

En el contrato agrario las partes puedan realizar un encuentro de voluntades y se puedan comprometer en algún contenido contractual fruto del ***nudo consensu***. La calificación de agrario al contrato no limita, sino más bien amplía el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad. Tal como sucede en la teoría del negocio jurídico, para disponer de una inmensa cantidad fórmulas contractuales existentes en la realidad, aunque no lo estuvieren en el ordenamiento jurídico. Serían figuras no concebidas ni pensadas para esta inmensa cantidad de contratos imprevistos.

En la realidad de los países fundados en el Código Civil, sin una nomenclatura bien concebida y terminada para los contratos agrarios, pueden perfectamente las partes pactar en relación con fórmulas contractuales existentes desde siempre, que van apareciendo, o paradójicamente existieron en el Derecho Romano y emergen entre las partes sin el más mínimo conocimiento histórico ni jurídico, menos de las consecuencias del contrato pactado.

Un ejemplo es el del arrendamiento de pastos, muy difuso en Guanacaste. Imprevisto en el ordenamiento jurídico. Pero sí se encuentra la figura, por ejemplo, en el Derecho italiano bajo el nombre de "***affitto di fondo rustico con conferimento di pascolo***". Existente en Roma, no estructurado por el legislador, pero que ha convivido entre nuestros ganaderos bajo una estructura de ***locatio condutio***, cuyos efectos se encuentran en la antiquísima

normativa.

4. Vinculación del contrato agrario con el de *societas* y el de *locatio condutio*

Tanto en los contratos agrarios de estructura conmutativa como los de estructura asociativa cuyo fin común, objetivamente valora la función económica y social perseguida, no necesariamente tienen porqué encontrarse previstos y protegidos por el ordenamiento jurídico, así como la constitución y el ejercicio de la empresa agrícola.

En esta forma se encuentran contratos a estructura asociativa, como la aparcería, junto a contratos conmutativos como el arrendamiento agrario. En ambos el fin es la constitución y el ejercicio de una empresa agraria.

Mientras el contrato de aparcería sí entra en el contrato romano de ***societas***, el de arrendamiento agrario forma parte del de ***locatio condutio***. Este fenómeno ocurre por analogía y es susceptible de abrirle estructuras a los contratos no tipificados.

El contrato de sociedad se ha venido configurando como un instrumento para recolectar capitales para el ejercicio de una actividad económicamente común al fin de repartir utilidades. La actividad económica a ejercitarse en común es un instrumento contractual de poner uno el bien agrario y otro la actividad para dividirse las utilidades entre los socios con la terminación de la cosecha.

La tentativa de reconducir el contrato agrario conmutativo dentro del esquema de locación se ha basado en el convencimiento de distinguir entre arrendamiento y locación pueda reducirse al solo objeto del contrato. Desde esta perspectiva se puede sostener que el arrendamiento es una locación tendiente a ser objeto del contrato.

Las similitudes mencionadas tienen gran valor para la construcción de los institutos contractuales carentes de una normativa desarrollada, pues las estructuras romanas enriquecidas con las funciones económicas y sociales del Agrario deben darle personalidad y sentido a los nuevos institutos.

La referencia así al Derecho Romano, como ocurre en gran cantidad de institutos del Agrario, permiten la reconstrucción institucional de una significativa cantidad de figuras contractuales sin previsión normativa.

5. El acuerdo de las partes

De la estrecha correlación entre contrato y empresa, la tipología del contrato agrario, caracterizado bajo el perfil causal, resultan calificados todos los elementos o requisitos esenciales que definen esta figura contractual. Entre ellos se encuentra el acuerdo de las partes, el objeto, y la misma duración.

El acuerdo de las partes se manifiesta entre sujetos que son portadores de intereses típicamente diferentes. Esta diversidad de intereses se encuentra unida a la obligación que las partes siempre asumen, del aporte de los factores de la producción. Y las fases de obligaciones relativas al aporte de los factores de la producción considerados en el contrato agrario son siempre

esencialmente dos: 1) los relativos al aporte del fundo o el ganado o cualquier otro tipo de animales con los que se ha programado producir (es el bien principal, alrededor del cual gira la entera organización de la explotación (o "***azienda***") agrícola, y, 2) los relativos a los aportes de trabajo directivo y ejecutivo. El capital inmueble puede ser aportado, según el caso, por una u otra parte o entre ambas.

En el contrato agrario el acuerdo se realiza entre sujetos, cada uno diferentes, quienes se comprometen a conferir en forma predeterminada factores de la producción en estrecha correlación con los aspectos o temas conferidos a la otra o de las otras partes. Para esto el contrato garantiza la retribución de cada uno de los factores productivos a través del resultado de la producción, ya sea que falte o resulte insuficiente, cada parte, también la extraña a la responsabilidad de la gestión, es expuesta a un riesgo de producción.

6. El objeto

Objeto del contrato agrario es el contenido de las prestaciones. Las partes se han obligado y, por la estrecha vinculación entre contrato y empresa, consiste en el otorgamiento de los factores de la producción necesarios y suficientes para constituir la empresa. Objeto del contrato agrario no es, por tanto, el bien puesto a disposición o consignado por una parte a la otra, sino es el complejo de los bienes y de los servicios que las partes han conferido o que se comprometen a entregar para permitir la posibilidad de la gestión productiva.

- El objeto del contrato agrario se diversifica cualitativamente del contenido de la prestación: En los contratos a estructura de la *locatio condutio*, es el bien que el concedente pone a disposición del conductor para que pueda ejercitar su derecho de goce sobre la cosa ajena.
- En los contratos a estructura de *societas*, es la actividad económica que los socios se proponen desarrollar en común.

7. La duración

Todos los contratos agrarios son *de duración*, por la ejecución continuada de las prestaciones contractuales prolongadas en el tiempo (no confundir jamás con el plazo). La duración es un requisito esencial del contrato agrario vinculado estrechamente a la causa, y esto significa que el contrato no podría incumplirse con su función típica si no se prolonga en el tiempo. Pero, precisamente, con referencia a la causa, lo que distingue al contrato agrario de todo otro tipo de contrato a ejecución continuada o periódica (por ejemplo de suministros, o del mismo contrato subordinado) es que la duración del agrario se debe adecuar y perfectamente coincidir con la duración de la empresa a la cual las partes han dado vida.

No está vinculada exclusivamente a la voluntad de las partes sino a la vida de la empresa. Las partes no son libres de determinar la duración del

contrato porque la empresa agrícola, al cual el contrato da vida, se encuentra siempre vinculada a un ciclo biológico de vegetales o animales, inscribibles bajo un perfil natural imposible de ser variado por los contratantes. De otra parte las razones técnicas, económicas y sociales referidas a las exigencias de una rotación de los cultivos, de un aumento de capital, de una estabilidad del trabajo, capaces de obligar a una más amplia duración del contrato necesaria para la duración de la empresa.

8. Clasificación de los contratos agrarios

El análisis verificado permite individualizar a la empresa como la causa del contrato agrario. Así a la luz del elemento funcional, adquieren un significado más preciso y claro los elementos estructurales y los requisitos esenciales que identifican el tipo contractual.

Cuando se caracteriza un contrato como "consensual" es el consentimiento de las partes el dirigido a cumplir el sistema o el ordenamiento económico social de la empresa. Si se le menciona como "de comunión" del fin sería todo contrato agrario, asociativo o de intercambio, son los intereses de las partes las que convergen hacia el fin común de la empresa.

Si es asociativo los poderes de dirección y control se dividen entre las partes contratantes.

Todos los contratos agrarios están destinados a la constitución o el ejercicio de la empresa agraria.

La naturaleza de la concesión es más difícil de distinguir en el asociativo. En el de intercambio el concedente entrega a la otra un bien productivo para su utilización en el ejercicio de la empresa, pero, más allá de la entrega del bien (fundo o ganado) lo que califica el contrato es que el concedente no trasmite solo el derecho de goce, transmite, o mejor, concede sobre todo el ejercicio de un poder. Su fundamento jurídico es que el titular confiere un destino productivo a otro sujeto para el ejercicio del poder para la organización de la empresa y atribuirle las consecuentes responsabilidades.

Dentro de la categoría de los contratos de intercambio pueden distinguirse contratos de concesión, que constituye derechos obligacionales y contratos sometidos a una determinada caducidad, es decir derechos reales.

El prototipo del contrato de concesión obligacional es el arrendamiento agrario, y a esta categoría podría llevarse también el del conferimiento de pasto.

Una figura intermedia entre los contratos con efectos obligacionales y los contratos con efectos reales sería el de asignación de tierras a los campesinos, que es una venta con reserva de dominio de naturaleza instrumental.

Contratos asociativos bilaterales y plurilaterales (cooperativas de producción y sociedades con acciones en agricultura).

Entre los asociativos hay algunos de naturaleza bilateral con más estrecha relación estructural con la empresa, (aparcería) pudiendo

considerárseles, bajo el perfil de la concesión, como concesión mixta, con prestación de trabajo de una o ambas partes.

Entre los asociativos plurilaterales se puede clasificar la cooperativa agraria de conducción y la sociedad por acciones en agricultura.

Una distinción entre estructura de la sociedad y la estructura de la empresa no es posible en la sociedad cooperativa, donde a la actividad económica no interesa el contrato, bajo el perfil del objeto, sino el de la causa.

9. Contratos de empresa agraria (preparatorios, de ejercicio y de coordinación)

Los contratos de empresa se distinguen de los civiles porque una de las partes es el comerciante y porque el intento practico perseguido iría dirigido a un fin ulterior respecto del tipo del contrato civil (compraventa, locación, mutuo, etc.) es decir al fin comercial activamente, a la profesión de comerciante (comprar, vender, alquilar, prestar dinero, trasportar, etc., profesionalmente).

El contrato de empresa agraria es, entonces, el que ve siempre como parte al empresario agrícola, estipulado para responder típicamente a las exigencias de la empresa, calificado junto al contrato agrario en sentido estricto, como contrato ***para*** la empresa.

En una clasificación de los contratos de empresa agraria, es difícil distinguir entre los meramente preparatorios de los de ejercicio, porque constituyen una categoría de contratos preordinados a suministrar, en todo o en parte, a la empresa agraria factores de la producción necesarias a la empresa misma: tierra, capital, organización o trabajo. En estos contratos pueden ser estipulados antes que venga asumida la iniciativa económica o en el curso de su desarrollo (puede ser la compraventa de fundos agrarios idóneos para la constitución de "aziende" para empresas familiares eficientes). Causalmente son negocios preparatorios a la constitución de una empresa.

También los créditos agrarios por los que empresa agraria se financia del capital necesario puede ser clasificado como contrato de empresa agraria.

Los contratos de trabajo subordinado serian contratos de empresa agraria porque por medio de ellos el empresario en ejercicio del trabajo directivo o ejecutivo tiene necesidad. En todo caso siempre será contrato subordinado.

Los contratos referidos a la fase de coordinación de la empresa agraria se califican como sociedades cooperativas o consorciales entre empresarios agrícolas a los fines de la adquisición de bienes o del suministro de servicios destinados a la empresa por los socios, o bien a la trasformación o comercialización de los productos agrícolas de la misma empresa.

11. EL COBRO DE DEUDAS AGRARIAS

a. Créditos cuyo plan de inversión esté vinculado con las actividades agrarias

Corresponde a la materia agraria "Los actos y los contratos vinculados con la constitución o el ejercicio de actividades y servicios agrarios. Quedan

comprendidos el cobro de deudas cuyo plan de inversión esté vinculado con las actividades citadas, o cuya garantía esté constituida por los bienes indicados en el inciso 1) de este artículo…" -art. 2.3 CPA-.

Lo referentes al cobro y ejecución de créditos agrarios desarrollados por la doctrina[256] y la Sala Primera[257], referente a operaciones de créditos comunes[258] o reales sobre bienes destinados al "desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos. Además, de las actividades de transformación, industrialización, valorización y comercialización de productos agrarios, su trazabilidad, así como las auxiliares a estas, referidas a actos y contratos propios del ejercicio de la actividad agraria y el desarrollo rural" y "aptos para el "desarrollo de actividades y servicios agrarios", aunque el acreedor sea una institución pública o banco estatal.

b. Cuando la "garantía esté constituida por los bienes indicados en el inciso 1) de este artículo"

Este inciso tiene dos supuestos: **a)** "deudas cuyo plan de inversión esté vinculado con las actividades" **b)** la "garantía esté constituida por los bienes", en ambos casos "aptos para el "desarrollo de actividades y servicios agrarios" y "respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos", ahora bajo los términos del art.1 y este 2.1 CPA- aunque el crédito no haya sido otorgado para tales fines. Aquí prevalece la naturaleza agraria de bien o actividad y no el objeto del crédito.

c. Los contratos de seguro

Entendemos el contrato de seguro de garantías, cosechas o similares, cuando sean "aptos para el "desarrollo de actividades y servicios agrarios" y "respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos", ahora bajo los términos del art.1 y este 2.1 CPA-, de manera que una discusión sobre un contrato de seguro agrario, será de conocimiento de la esta materia. Debe tomarse en cuenta que incluso puede referirse a la aseguradora estatal, que será agrario, pues el art. --- de la Ley de Seguros, permite su

[256] Ulate Enrique. Manual de Derecho Agrario…, pág. 324 "crédito agrario es el contrato donde es parte un empresario agrícola, cuyo destino es el financiamiento de actividades relativas a la producción, o conexas a esta, de transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas".

[257] S. I C. N° 988-C del 24-07-2014, "es el contrato donde es parte un empresario agrícola, cuyo destino es el financiamiento de actividades relativas a la producción, o conexas a esta de transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas. Este crédito no se restringe solo a la fase de producción, sino se amplía a otros campos, debido a que los agricultores o empresarios agrícolas tienen como fin mediato la industrialización de sus productos y como meta final, su comercialización. De manera que debe tenerse presente la íntima relación existente entre la actividad principal de producción y las conexas de industrialización y comercialización, a la hora de determinar la existencia del crédito agrario".

Ver en igual sentido: S. I C. N° 006-C del 09-01-2014, N° 189-C del 21-04-1999, N° 157-C-98 del 04-09-1998, N° 142-C del 12-08-1998, N° 229-C del 24-12-1997.

[258] Arburola William. "El derecho agrario y la razón de su aplicación al cobro judicial", en Temas de Derecho Agrario Contemporáneo, 2012, pág. 537.

conocimiento a la jurisdicción común, no la contenciosa.

d. "Aquellos entre particulares relacionados con la prospección de la biodiversidad cuando tengan relación con el desarrollo de actividades de producción agraria o conexas a estas"

Otra vez una pretensión de agroambiental o de biodiversidad, el legislador la limita a conflicto entre particulares -vid. art. 282 CPA-, esto porque si es contra entidades estatales o actos administrativos, correspondería a lo contencioso administrativo -art. 3 CPA y 3 CPCA-. Estarían incluidos aquellos contratos o relaciones de prospección de la biodiversidad, examen, exploración, investigación, reconocimiento y producción de recursos biológicos en busca de compuestos activos para uso agrícola, farmacéutico o industrial, insistimos, conflictos entre particulares.

No sería competencia de lo agrario, sino de lo contencioso, cuando se discuta la conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, de acuerdo los arts. 2.12 y 3 CPA y el voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, en los términos que analizamos en el inciso 12 de este artículo 2 CPA.

12. ACTIVIDADES AGRARIAS DE VARIEDADES DE ORGANISMOS VIVOS MODIFICADOS

En el inciso 5° se prevé como competencia:

> "Las controversias entre particulares originadas en el ejercicio de las actividades agrarias vinculadas con especies y variedades endémicas, orgánicas, mejoradas, derivadas, esencialmente derivadas o provenientes de organismos vivos modificados; incluyendo los relativos a los derechos de obtentores de variedades vegetales, y los relativos a lo regulado en el inciso 12) de este artículo".

Esta es una de las normas infelizmente introducidas dentro de la competencia material del CPA, porque va contra todos los principios de la lógica jurídica en general, no solo del Derecho Agrario, por atrevida y fantástica. Y bajo ese alero debería comprenderse como inexistente, entre otras razones:

- Erróneamente, a la luz de toda la doctrina, la competencia material de comentario introduce, reiterando la cita del Art. 1°, la mención a los "organismos vivos". Esta inteligencia para clasificarlos como parte del Derecho agrario no se encuentra en ninguna norma de carácter sustantivo ni siquiera en las interpretaciones más arriesgadas (exageradas, atrevidas o imprudentes).
- Frente al posible argumento de tratarse de "cría de animales y vegetales", los organismos vivos de comentario se "manipulan" por el biólogo en el laboratorio. Quizá podrán entrar dentro de la ingeniería genética. Pero su actividad no es propia del empresario agrícola.

- El mismo análisis corre la dimensión absurda de "especies y variedades endémicas, orgánicas" independientemente si ellas fueren "mejoradas", "derivadas", "esencialmente derivadas" o "provenientes de organismos vivos modificados".
- Y a mayor falta de la más elemental lógica se prevé que si la competencia fuere propia del contencioso administrativo habría un fuero atractivo hacia la jurisdicción agraria en cuanto contempla dentro de ella el inciso 12) por si "la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente".
- No sería competencia de lo agrario, sino de lo contencioso, cuando se discuta la conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, conforme al art. 2.12 y 3 CPA, 3 CPCA, 3 CPA y a contrario sensu, arts. 2.4, 2.5 y 2.12 CPA-, y el voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, en los términos que analizamos en el inciso 12 de este artículo 2 CPA.
- La competencia material de este inciso está, a su vez vinculada, con el Convenio UPOV, Acta de 1991, ratificado mediante la Ley 8635 la Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales[259] N° 8631 del 19 de marzo del 2008 y su Reglamento Ejecutivo -N° 35677 del 19-11-2009. El objeto de la Ley y el Convenio es "el régimen jurídico para la protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales, salvaguardando el uso por parte del pequeño y mediano agricultor" -art. 1-. Y el descubrimiento, para la protección "incluye la observación de una variación natural de una especie vegetal, su identificación, aislamiento, selección, reproducción o multiplicación, caracterización y evaluación. No quedará comprendido en la definición anterior el mero hallazgo[260]".
- No sería competencia de lo agrario, sino de lo contencioso, cuando se discuta la conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, conforme al art. 2.12, 3 CPA, 3 CPCA y el voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, en los términos que analizamos en el inciso 12 de este artículo 2 CPA.

13.PROPIEDAD INTELECTUAL

"Las pretensiones entre particulares, derivadas de controversias en materia de propiedad intelectual".

[259] Un importante precedente en la aplicación de esa Ley y la figura, puede verse en la sentencia de la S. I C. N°02562-F del 12-09-2019 sobre la Ley señala "lo que viene a provocar es prácticamente la "positivización", de derechos del obtentor de variedades genéticas obtenidas previo a su vigencia, frente a este tipo de situaciones a la que hoy nos enfrentamos".

[260] Las referencias doctrinales de la figura en Morales Campos Juan Pablo. Propiedad intelectual sobre variedades vegetales en Costa Rica: Alcances y límites de los derechos del obtentor, Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, 2010, páginas 57 a 59 y 163 a 164, citada por T. Agra. N° 243-F- del 20-03-2018 y T. Cont. Adm. Sec. 6ª Nº 180 del 07-09-2012.

La propiedad intelectual refiere exclusivamente al Derecho comercial, en tanto se relaciona con creaciones de la mente en invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio.

Se protege mediante patentes, derechos de autor y las marcas para la obtención de su reconocimiento o ganancias por las invenciones o creaciones. La propiedad intelectual procura fomentar un entorno propicio para fomentar la creatividad y la innovación, equilibrando el interés de los innovadores y el interés público.

Institucionalmente los Estados están inscritos a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-, cuyas fuentes jurídicas se encuentran en tratados y convenios internacionales

La previsión de introducir "la propiedad intelectual" aunque se deduzca "en todo lo referido al Derecho agrario" es un contrasentido porque su ámbito es totalmente ajeno, pues por el contrario abarca temas como el comercio electrónico, la biotecnología, los conocimientos tradicionales y la gestión del derecho de autor y los derechos conexos, y la visión y los planteamientos de la OMPI para afrontar nuevos desafíos en un creciente círculo de asociados.

Aun cuando la OMPI presta apoyo a las autoridades judiciales para responder a las nuevas cuestiones jurídicas que a menudo surgen de las controversias en materia de propiedad intelectual en un entorno tecnológico en rápida evolución, todo lo referido a ocursos sobre patentes, derechos de autor y marcas fue de conocimiento de la Sala Primera por los tratados y convenios internacionales, habiendo pasado hoy a una sección del Tribunal Contencioso Administrativo, en tal sentido es absurdo dividir su conocimiento entre una y otra jurisdicción. Y tratándose de procesos ordinarios la competencia es civil y comercial, no agraria.

14. ASPECTOS FITOSANITARIOS Y ZOOSANITARIOS

"Los asuntos relativos a aspectos fitosanitarios y zoosanitarios".

- Resulta ilógico una disposición del CPA para darle competencia a la jurisdicción agraria sobre las medidas fito y zoosanitarias, pues ellas son propias del comercio internacional, y su discusión está reservada para la **Organización Mundial del Comercio**. Si bien el Acuerdo sobre la **Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC** autoriza a los países a establecer sus propias normas fundadas en principios científicos ellas no pueden generar discusiones judiciales nacionales, pues son genéricas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales sin que puedan discriminar de manera arbitraria o injustificable a otros Estados Miembros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares
- La FAO destaca la importancia y necesidad de la Inocuidad Alimentaria durante toda la cadena alimentaria y el cumplimiento de

normativa internacional para proteger la salud de los consumidores, fomentar el comercio internacional de alimentos y promover el acceso de alimentos sanos, nutritivos e inocuos a toda la población. Por tal razón, el estatus sanitario y fitosanitario tiene un gran impacto socio-económico tanto en la salud pública como en la producción y comercialización de productos agroalimentarios por el alto costo que significa para los servicios de salud públicos y privados, la atención de las enfermedades causadas por alimentos. Dentro de los mandatos de la FAO está que los sistemas alimentarios y agrícolas deben mejorar la eficiencia para satisfacer la creciente y cambiante demanda de alimentos, en este proceso la vinculación de los pequeños agricultores, silvicultores y pescadores con las empresas agroindustriales es vital para su participación efectiva en los mercados de rápido cambio global, regional y nacional.

- La segunda hipótesis contemplada no es propia de lo agrario. Es puro Derecho del Consumidor, es decir del conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinadas a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones, cuya normativa sería la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor N° 7472 del 20 de diciembre de 1994 (conforme a la reforma introducida, **in fine**, al Artículo 46 Constitucional por Ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996: Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias).
- Debe subrayarse la doble falta de la lógica de la norma competencial porque ella legitima a los consumidores a demandar a los empresarios agrícolas. En este sentido se aplicaría el Régimen de responsabilidades contemplado en el Artículo 48 de la N° 7472 del 20 de diciembre de 1994: "El productor, el proveedor, y el comerciante **deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. **Solo se liberará quien demuestre que ha sido ajeno al daño**. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio, son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta ley en perjuicio del consumidor".

- Serán de conocimiento de la jurisdicción agraria, aquellas controversias fitosanitarias[261] y zoosanitarias[262], entre particulares, relacionado con "situaciones y las relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos" -art. 1 CPA y cuyo "contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios" y no se refiera a conductas o nulidad de actos administrativos, en cuyo caso será de competencia de la jurisdicción contenciosa -art. 2.12 CPA y 3 CPCA-
- Deben estar vinculados a productos o servicios agrarios. Fitosanitarias, referentes a la prevención y curación de las enfermedades de las plantas o relacionado con ellas. Ambos en la aplicación e interpretación de Ley de Protección Fitosanitaria[263] N° 7664-1997 y reglamento.

15. DEMANDAS DE CONSUMIDORES VINCULADOS CON PRODUCTOS O SERVICIOS AGRARIOS

Esta disciplina es propia del Derecho comercial y procesalmente es competencia del contencioso administrativo.

En efecto el Derecho comercial o mercantil lleva en su corazón al comerciante en cuanto sujeto que obtiene ganancias al interponerse en productor y consumidor. Su fundamento constitucional está en la libertad de comercio, en cuanto protege el libre accionar de los comerciantes en su ánimo de lucro, estableciendo la libre y leal competencia entre ellos.

Con el desarrollo del capitalismo las personas deben relacionarse masivamente para satisfacer sus necesidades económicas fundamentales, a través de la producción e intercambio de bienes y servicios, bajo la órbita del Derecho comercial.

---

[261] Zeledón Ricardo. El contenido del derecho agrario contemporáneo. A la luz de la Teoría Pura del Derecho Agrario, 2012, pág. 61.

[262] Zeledón Ricardo. El contenido del derecho agrario contemporáneo…, pág. 65 "como consecuencia de las ciencias exactas, aplicables a la agricultura, se ha considerado que se puede distinguir la agricultura, en sentido puro y propio, de la zootecnia, en cuanto trate de la producción y cría de algunos tipos de animales… La zootécnica es la ciencia biológica encargada del estudio de los animales, sus factores nutritivos, fisiológicos, genéticos y sociológicos". Sobre el tema ver "Carrozza Antonio. "Empresa zootécnica y derecho agrario", en Teoría general…, con Zeledón Ricardo, 2013, pág. 553.

[263] Cuyos objetivos son "a) Proteger los vegetales de los perjuicios causados por las plagas. b) Evitar y prevenir la introducción y difusión de plagas que amenacen la seguridad alimentaria y la actividad económica sustentada en la producción agrícola. c) Regular el combate de las plagas en los vegetales. d) Fomentar el manejo integrado de plagas dentro del desarrollo sostenible, así como otras metodologías agrícolas productivas que permitan el control de plagas sin deterioro del ambiente. e) Regular el uso y manejo de sustancias químicas, biológicas o afines y equipos para aplicarlas en la agricultura; asimismo, su registro, importación, calidad y residuos, procurando al mismo tiempo proteger la salud humana y el ambiente. f) Evitar que las medidas fitosanitarias constituyan innecesariamente obstáculos para el comercio internacional".

Debido a una competencia desmedida en beneficio del comerciante y en perjuicio de los destinatarios, se comenzó a desvirtuar el comercio, y se planteó la necesidad de crear contrapesos. La teoría económica se opuso en defensa de una economía de mercados cuya pureza obliga a regularse por sí misma. Pese a que en la práctica los comerciantes no actuaban trasparentemente, distorsionando el mercado o violentando los derechos fundamentales de los consumidores.

Dentro del mismo Derecho comercial se plantearon nuevas exigencias contra muchos atropellos como:

- Tratativas preliminares abusivos,
- Contratos de adhesión o injustos,
- Actividades de productos y servicios peligros, y,
- Problemas que se plantean en el ámbito de la protección procesal de los consumidores.

Porque las bases de los principios del derecho liberal son la libertad de contratación, la libre competencia, la responsabilidad subjetiva de la culpa, la igualdad de derechos y deberes de las personas así como la mínima intervención del Estado en el mercado. Todo ello conduce a que el principio de la libertad contractual, presente en toda relación comercial, fortalece a las grandes empresas, que unilateralmente introducen cláusulas contractuales en perjuicio del consumidor.

Fue en este ámbito, con influencia social hasta de los derechos humanos sobre el comercio salvaje como surge esta protección especial, para equilibrar el nuevo comercio, para superar las insuficiencia del Derecho para proteger las relaciones jurídicas nacientes de las épocas contemporáneas.

Quedó clara la inferioridad del consumidor dentro del comercio. Se exigió una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, adicionando a su consentimiento todos los elementos necesarios para expresar su voluntad con toda libertad, por medio del conocimiento cierto de la verdadera calidad de los bienes y servicios ofrecidos.

Fue así como el Estado protegió efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor. Constitucionalmente se introdujo en su Artículo 46 (Ley N° 7607 del 29 de mayo de 1996 el párrafo:

> "…Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo…".

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 del 20 de diciembre de 1994 establece una responsabilidad de culpa objetiva en su artículo 35:

> "Régimen de responsabilidades. El productor, el proveedor, y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por

> razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Solo se liberará quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio, son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta ley en perjuicio del consumidor".

16. CONSTITUCIÓN Y DISOLUCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS AGRARIAS

Suman a la competencia agraria la constitución y disolución de personas jurídicas agrarias, conforme al 2.8 del CPA.

> "La constitución, el desarrollo, la transformación, la disolución y la liquidación de personas jurídicas, cuando la actividad principal sea agraria".

Esta disposición es típica del Derecho Civil, jamás del agrario aun cuando pudiere de tratarse de personas jurídicas agrarias.

La norma no discrimina el tipo de persona jurídica, para atribuir la competencia material a la jurisdicción agraria, puede ser una sociedad comercial, civil, cooperativa, asociación, cooperativa o similares, cuya actividad principal sea la agraria, en los términos de los artículos 1 y 2.1 del CPA, "situaciones y las relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos" -art. 1 CPA-, cuando ha entrado en una causa de disolución y posterior liquidación.

17. COMPETENCIA DESLEAL ENTRE EMPRESAS

El inciso 6 del numeral 2 del CPA incorpora la siguiente competencia:

> "Los conflictos de competencia desleal entre las empresas vinculadas con las actividades agrarias o conexas a estas.

Para el conocimiento de las causas generales referidas a la competencia desleal el numeral 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 de 1995 establece que los agentes económicos afectados solo podrán acudir a la vía judicial conforme el Código Procesal Civil, sin perjuicio de los procedimientos administrativos y judiciales existentes para proteger al consumidor.

Pese a ser admitida por la jurisprudencia de la Sala Primera[264] y del Tribunal

[264] S. I C. N° 1106-C del 29-10-2009 "La sociedad accionante, en la demanda, afirma dedicarse al mejoramiento genético de plantas, especialmente, ornamentales y hortalizas. Reconoce haber realizado, durante más de 90 años, labores de producción... En síntesis, el proceso reviste naturaleza agraria, no solo respecto al objeto debatido, en tanto comprende la producción agrícola de la demandante y su protección; sino también, las labores sociales de la empresa codemandada, lo mismo que las que se pretenden prohibir, mediante sentencia, a los otros coaccionados, consistentes en la producción y comercialización agraria. En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 de la Ley de Jurisdicción

Agrario[265], esta norma atribuye expresamente esa competencia a la jurisdicción agraria, cuando el conflicto este vinculados con actividades agrarias o conexas con esta, el criterio parece discutible, y eventualmente sujeto a revisión si se comprende la dimensión y alcances de la materia.

La **competencia desleal** constituye un conjunto de prácticas económicas agresivas usadas para obtener una ventaja sobre los competidores de manera deshonesta. En principio se trata de conflictos mercantiles entre consumidores y comerciantes.

Por otra parte, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 de 1995 creó como órgano encargado de dilucidar los conflictos a la Comisión Nacional del Consumidor, o a los órganos jurisdiccionales competentes.

Por esta mención a "los órganos jurisdiccionales competentes", obliga a un análisis para descartar la competencia agraria.

Son muchas las prácticas viciosas en la competencia desleal, como el dumping de precios: vender a un precio inferior al coste final del producto; engaño: inducir a los compradores que el producto tiene un precio diferente al real; denigración: difundir información falsa sobre los productos de los competidores; confusión: asemejarse a un competidor para inducir al consumidor a preferir sus productos y no los del competidor; dependencia económica: la exigencia de condiciones al proveedor cuando se le compra casi toda su producción; desviación de la clientela y explotación de la reputación ajena; monopolización del mercado contra la libre competencia.

Véase como se vea la competencia desleal no parece tener un campo dentro de la competencia pensada para el CPA, porque lo previsto son conflictos entre empresas agrarias, y los sujetos en la competencia desleal son otros completamente distintos. Porque todo se refiere a los conflictos entre consumidores y comerciantes.

La competencia desleal contempla los derechos de los consumidores en el Artículo 33 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472 de 1995:

- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.
- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

Agraria, corresponde al Juzgado Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, el conocimiento de este asunto, en el entendido de que la tramitación deberá seguir la vía sumaria, por cuanto el precepto 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, aunque no señala que los asuntos derivados de cuestiones atinentes a competencia desleal deben radicarse en sede civil, sí establece el proceso sumario para canalizar esos conflictos."

[265] T. Agr. N° 173 del 22-02-2011 . En dicho caso, el tribunal analizó las medidas cautelares en un proceso sumario de competencia desleal, por la utilización de signos distintivos, conflicto entre dos empresas agroindustriales. Vid. N° 840-F- del 12-08-2011, también sobre medidas cautelares relacionadas con propiedad intelectual.

- El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.
- La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.
- La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.
- Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.
- Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

En el numeral 34 se consignan las obligaciones de los comerciantes:

- Respetar las condiciones de la contratación.
- Informar suficientemente al consumidor, en español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda, las características de los bienes y servicios, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto, la góndola o el anaquel del establecimiento comercial y de cualquier otro dato determinante. De acuerdo con lo dispuesto en el reglamento de la presente ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, deben indicarse, siempre en forma visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona, física o jurídica, que brinda el financiamiento, si es un tercero.
- Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de esta ley.
- Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañe el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.
- Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos.
- Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.

- Garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor, de conformidad con el artículo 43 de esta ley.
- Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo.
- Resolver el contrato bajo su responsabilidad, cuando tenga la obligación de reparar el bien y no la satisfaga en un tiempo razonable.
- Fijar plazos prudenciales para formular reclamos.
- Establecer, en las ventas a plazos, garantías de pago proporcionales a las condiciones de la transacción.
- Cumplir con los artículos 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 44 bis de esta ley.
- Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.
- Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas las pesas, las medidas, las registradoras, las básculas y los demás instrumentos de medición, que utilicen en sus negocios.
- Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.
- Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores.

Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo, faculta al interesado para acudir a la Comisión nacional del consumidor creada en esta ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 45 de la presente.

18. INTERVENCIÓN JUDICIAL DE PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS AGRARIAS

"La administración y reorganización por intervención judicial de las personas físicas o jurídicas, cuando sea su actividad principal".

Aparte de la producción agraria también se debe destacar en el derecho agrario, la presencia de un gran cúmulo de sólidos institutos jurídicos de amplísima y diversa naturaleza, los cuales se encuentran al servicio del sistema productivo, a través de organizaciones, dentro de ellos se encuentra en la cúspide de la empresa

agraria. Para su constitución o ejercicio se han concebido una serie de contratos cada vez más complejos y acabados surgidos del ordenamiento jurídico o de la economía contractual[266].

El proceso concursal preventivo de Intervención Judicial, que históricamente -desde 1989- correspondió conocerlos a los juzgados civiles y a partir de la reforma de 1996 al Juzgado Concursal, con competencia en todo el país -que entró a funcionar en el 2008[267]-, vía art. 711 CPC/1989 reformado por ley 7643 de 1996[268]. Esta competencia no estaba atribuida a la jurisdicción agraria, de manera que hay una competencia concurrente, pero en esta materia solo debe ser conocida cuando "esa sea su actividad principal". No dice cuál es así actividad, integrando esta norma, con el art. 1 "situaciones y las relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos" y por analogía el 2.8 CPA para actos de "constitución, el desarrollo, la transformación, la disolución y la liquidación de personas jurídicas, cuando la actividad principal sea agraria", aunque obviamente la Intervención Judicial es un proceso concursal preventivo, no liquidatorio[269].

Haciendo una simbiosis entre ambos incisos y el art. 1 del CPA, lo que determina la competencia, como dijimos, es que sea la actividad agraria del empresario, por lo que corresponde a la jurisdicción agraria, cuando esa sea su actividad principal.

La norma no impone otro criterio en la procedibilidad de este proceso concursal, como si lo hace el art. 709 CPC/1989 que lo asocia más a grandes y medianas empresas, pues exige[270] "Los beneficios de este procedimiento serán únicamente para las empresas cuya desaparición pueda provocar efectos sociales perniciosos, sin posibilidades de fácil sustitución. Esta decisión quedará a criterio del juez, quien considerará, entre otros, el número de empleados cesantes, de proveedores y acreedores afectados y de clientes de los cuales la empresa afectada sea proveedora". Por lo que, en materia agraria, al aplicarse a personas físicas y jurídicas y no existir este requisito del 709 CPC, bastará con que se cumplan los demás requisitos formales de la norma procesal civil, para que su conocimiento y tramitación en la vía agraria.

---

[266] Zeledón Ricardo. Sistemática del derecho..., pág. 147.

[267] La Corte Plena en sesión Nº 33-07, celebrada el 17 de diciembre del 2007, artículo XXV, aprobó la creación del Juzgado Concursal, que inició funciones a partir de enero del 2008.

[268] Art. 711 CPC/1989 "Autorízase a la Corte Suprema de Justicia, para que, cuando lo considere pertinente y con fundamento en el volumen de trabajo en la materia regulada por este Código, establezca uno o más tribunales especializados que tendrán a su cargo las siguientes funciones: 1. Recibir para su tramitación, las solicitudes de administración y reorganización con intervención judicial, concursos civiles y quiebras…"

[269] Sobre la figura, Artavia Sergio. La administración y reorganización con intervención judicial, San José, 2019.

[270] Artavia Sergio. La administración y reorganización…, pág. 17.

El convenio preventivo, la quiebra e insolvencia, seguirán siendo de conocimiento del Juzgado Concursal Nacional, no siendo posible, en este caso, la acumulación de ambos procesos concursales preventivos.

19. RECURSOS EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS DEL INDER

El art. 2 inciso 11) CPA señala que corresponde a lo agrario conocer

> "En grado y de forma definitiva, de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto de Desarrollo Rural (Inder) en procedimientos administrativos de revocatoria de asignación y nulidad de títulos de propiedad, otras modalidades de dotación de tierras, así como de las resoluciones vinculadas al desarrollo rural".

El CPA amplía la competencia, como superior jerárquico impropio, a la Ley de Jurisdicción Agraria, porque ahora contempla la "revocatoria de asignación y nulidad de títulos de propiedad ***(a) otras modalidades de tierras, así como de las resoluciones vinculadas al desarrollo rural***".

Por razones estrictamente históricas la Ley de Tierras y Colonización N° 2825 del 14 de octubre de 1961, en su Artículo 68.4 dispuso "Que el Instituto deberá, de conformidad con el procedimiento estipulado en el Capítulo de Tribunales de Tierras, revocar o extinguir la adjudicación por los siguientes motivos: ...". Por años la jurisdicción contencioso administrativa conoció como superior jerárquico impropio de las mencionadas revocatorias de los contratos de asignación de tierras. Con la promulgación de la Ley de Jurisdicción Agraria, de 1982, se estableció como parte de su competencia, Artículo 2.f: "En grado y en forma definitiva, de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto correspondiente".

Puede resultar atendible incorporar las nuevas "modalidades de dotación de tierras", pero parece un control extraño también a "las resoluciones vinculadas al desarrollo rural", pues del desarrollo rural es eminentemente político y no jurídico.

20. COMPETENCIA AGRARIA PARA TODOS LOS ASUNTOS DONDE SE DEDUZCAN PRETENSIONES REFERIDAS AL INDER

El inciso 12) pretende otorgarle competencia especial a todos los asuntos del INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL, extrayéndolo de la competencia contencioso administrativa hacia la agraria, dentro de la vieja y superada concepción de la Ley de Jurisdicción Agraria

> "Las situaciones y las relaciones jurídicas relacionadas con conductas administrativas o manifestaciones específicas de la función administrativa, que por el contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente"

Esta norma, sin decirlo, pretende otorgarle competencia a la jurisdicción agraria para conocer de todas las pretensiones en que sea parte el

Instituto de Desarrollo Rural. Se deduce ese espíritu porque el tema fue objeto de discusión judicial entre el 2012 y el 2017.

Por principio todas las discusiones judiciales del INDER o contra el INDER deben conocerse y resolverse en la jurisdicción contencioso administrativo con base en la normativa procesal del CPCA.

No existe ningún fundamento jurídico, base científica, lógica o doctrinaria como para atraer hacia la sede agraria por medio del referido inciso 12 del art. 2 del CPA como para pasar los asuntos del INDER de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la agraria.

¿Qué principio procesales de Derecho agrario podrían atraer esas pretensiones para su conocimiento? O en sentido contrario ¿Qué principios procesales del contencioso administrativo están llamados a excluirlo de la aplicación del CPCA?

Como no puede haber una respuesta positiva en ninguno de los interrogantes anteriores, tal desatino solo puede tener explicación en un antecedente anterior ***infraus legis*** descubierto y planteado como acción a la Sala Constitucional, que lo declaró contrario al bloque de constitucionalidad, con infracción de su Artículo 117 porque alguien lo introdujo a la ley (publicado en La Gaceta, sin haber sufrido el trámite establecido por la Carta Magna para aprobar las leyes).

El antecedente mencionado, muy parecida en la redacción pero con el mismo espíritu, se ubica en el art. 86 de la Ley de Transformación del IDA en INDER N° 9036 del 22 de marzo del 2012 (publicada en La Gaceta N° 103 del 29 de mayo del 2012). El Proyecto llevado a discusión del Plenario de la Asamblea tenía solo 85 artículos, sin embargo una mano ignominiosa le introdujo el 86 (publicado en La Gaceta) cuyo texto fue el siguiente:

> "**Controversias.** El conocimiento de las situaciones y relaciones jurídicas originadas en la presente ley corresponderá a la jurisdicción **agraria, cuando por su contenido material o sustancial esté relacionada con una conducta administrativa en que esté de por medio la actividad agraria, agroambiental o de desarrollo rural, y de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa,** cuando la pretensión sea para cuestionar la invalidez o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico administrativo de una conducta administrativa o de cualquier manifestación singular de la función administrativa[271]".

[271] La sentencia **N° 2017-12905-0007-CO de las 11 horas del 16 de agosto del 2017** acogió la inconstitucionalidad porque la norma nunca formó parte del texto de la LEY INDER. Nunca estuvo contenida en ningún proyecto, no fue puesta en conocimiento de ninguna comisión, no fue llevada a discusión legislativa, y tampoco fue consultada al Poder Judicial infringiendo el Artículo 167 de la Carta Magna que dice: "Para la discusión y aprobación de Proyectos de Ley que se refieran a la organización o funcionamiento del Poder Judicial, deberá la Asamblea

La norma competencial delimita el conocimiento a resoluciones del INDER "vinculadas al desarrollo rural", la pretensión, para que corresponda a la jurisdicción debe contener una de naturaleza estrictamente agraria pura, conforme al voto de la Sala Constitucional "1°) El contenido material o sustancial de la pretensión y 2°) el régimen jurídico aplicable; de modo que si se discute la conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa"[272].

Si el "contenido material sustancial de la pretensión" es agraria o propia de las "que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos" y no se pretende la nulidad de un acto administrativo, por alguno de los vicios por los que se permite impugnar, la competencia será agraria.

Pero si solo se pretende la nulidad del acto que se impugna, de "conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa", entonces la competencia merece nueva discusión por el fondo respecto de lo establecido la sentencia vinculante N° 9928-2010 de la Sala Constitucionalidad, tantas veces citada.

Pese a que el art. 3 de la Ley 9036 amplía sus competencias y desarrolla en ese numeral una cantidad de conceptos e institutos vinculados con el derecho agrario, aún en esas circunstancias resulta inaceptable la equivocada premia que "el Derecho agrario es el Derecho del INDER", pues ella tan solo es una institución público y carece de fundamento para reducir la disciplina a una institución tan circunstancial.

Su redacción lleva a dudar si esta previsión es constitucional, tanto por el contenido del voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, que había señalado que si solo se pretende la nulidad del acto que se impugna, o de "conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa", como lo contemplado en los art. 1 y 2 CPCA que atribuye aquella competencia exclusiva a lo contencioso, conforme al texto de la citada sentencia constitucional[273].

Legislativa consultar a la Corte Suprema de Justicia; para apartarse del criterio de esta, se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea".

Independientemente de las vicisitudes constitucionales mencionadas la hipótesis planteada también resulta violatoria del Artículo 48 de la Constitución Política.

[272] S. Const. N° 9928 del 09-06-2010.

[273] S. Const. N° 9928 del 2010 sobre este punto se extrae en la sentencia "cuando un justiciable deduce una pretensión para cuestionar la invalidez o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico-administrativo de una conducta administrativa o cualquier manifestación singular de la función administrativa (omisión formal o material, actividad formal o actuación material o relación jurídico-

Debe tomarse en cuenta que la propia Sala Constitucional[274] varió sus precedentes, en los que sí había atribuido una competencia concurrente a otras jurisdicciones con la contenciosa, al afirmar la Sala en el voto 9929-2010 citada:

> "el constituyente derivado o poder reformador estableció una reserva constitucional de la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa al estatuir que su objeto es *"garantizar la legalidad de la función administrativa"*, razón por la cual el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de conformación o configuración, no puede atribuirle esa competencia a otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo, puesto que, de ser así, estaría vaciando de contenido la garantía institucional y el derecho fundamental que consagra el artículo 49 de la Constitución. Sobre este punto en particular y, bajo una mejor ponderación, este Tribunal Constitucional varía o revierte la tesis expuesta[275]".

Entonces el declarado inconstitucional art. 86 Ley de Inder, siendo congruente con el voto 9928-2010 de la Sala Constitucional sí se excluye de la jurisdicción agraria y se atribuye el "conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la pretensión sea para cuestionar la invalidez o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico administrativo de una conducta administrativa o de cualquier manifestación singular de la función administrativa". Sin embargo, esa frase no se reprodujo en este art. 2.12 del CPA, lo que ha llevado rápidamente a la doctrina agrarista-procesal[276] a señalar "es una disposición sumamente amplia, pues sin duda alguna abre la competencia para conocer de actos administrativos agrarios, pues se refiere a términos más generales como lo son las situaciones y relaciones jurídico-administrativas". Lo que incluso, había admitido la propia Sala en la citada sentencia 9928 [277].

---

administrativa), debe conocerla y resolverla, indefectiblemente, la jurisdicción contencioso-administrativa…" "IV…Consecuentemente, la jurisdicción contencioso-administrativa, según el Derecho de la Constitución, fue instituida tanto para velar por la legalidad de la función administrativa como para la tutela efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados frente a los poderes públicos. Se conjuga, así, constitucionalmente, un rol objetivo y subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa".

[274] S. Const. N° 9928 del 09-06-2010 Considerando IV, punto 3°.

[275] La S. Const. se refiere a los votos Nos 3095 del 03-08-1994, 7540 del 21-12-1994, N° 5686 del 18-10-1995 y 14999 del 17-10-2007.

[276] Ulate Enrique. "Competencia material de la jurisdicción agraria en el sector público agropecuario y la función administrativa", en Revista de Ciencias Jurídicas, N° 151, enero-abril 2020, pág. 40.

[277] S. Const. N° 9928 del 09-06-2010 "Obviamente, si la pretensión, por su contenido material, aunque esté relacionada con alguna conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa –en la medida en que interviene un ente u órgano público-, se encuentra regida por el régimen jurídico laboral, de familia o agrario, debe ser conocida y resuelta por esos órganos jurisdiccionales, por cuanto, no se cuestiona, propiamente, la conformidad o disconformidad sustancial de la función o conducta administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo que es lo que el artículo 49 constitucional le reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa"

En nuestra opinión la "reserva" y exclusión que hacía el art. 86 inconstitucional si quedó en el art. 3 CPA cuando señala "Pretensiones excluidas. Quedan excluidas del conocimiento de los tribunales agrarios, las pretensiones propias de las jurisdicciones…contencioso-administrativa", por lo que excluye de la jurisdicción agraria la competencia para conocer de pretensiones que corresponde a lo contencioso, a excepción de las contenidas en el art. 2.12 inc. 12, 4 y 5 citados.

La omisión legal y mientras que la "pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente" y su interpretación no contrarían el citado precedente vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional[278].

Es necesario puntualizar entonces, que se entiende por "contenido material o sustancial de la pretensión"; que utiliza tanto el art. 2.10 CPA, el art. 1.2 CPCA como "diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa" y polémico voto de la Sala Constitucional[279] que introdujo ese concepto "contenido material o sustancial de la pretensión", como elemento determinante para atribuir la competencia material a una jurisdicción diversa de contenciosa, supuesto en que estaría entraría la competencia en este art. 2 inc. 12 CPA.

La Sala Constitucional introduce y precisa esa frase "contenido material o sustancial de la pretensión", en el citado voto 9928-2010[280] al señalar:

> "Lo anterior significa que cuando un justiciable deduce una pretensión para cuestionar la invalidez o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico-administrativo de una conducta administrativa o cualquier manifestación singular de la función administrativa (omisión formal o material, actividad formal o actuación material o relación jurídico-administrativa), debe conocerla y resolverla, indefectiblemente, la jurisdicción contencioso-administrativa. Obviamente, si la pretensión, por su contenido material, aunque esté relacionada con alguna conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa –en la medida en que interviene un ente u órgano público-, se encuentra regida por el régimen jurídico

[278] En el mismo sentido Ulate Enrique. "Competencia material…", pág. 42 "es necesario recurrir a los criterios de interpretación y aplicación ya vertidos por la propia Sala Constitucional, como criterio de delimitación de las jurisdicciones especializadas, a saber: a) Que el contenido material o sustancial de la pretensión sea exclusivamente agrario y de desarrollo rural; b) que el régimen jurídico aplicable sea la normativa especial agraria y desarrollo rural; c) Se comprenden excluidas las pretensiones que discutan la conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, que serán de conocimiento de la JCA, sin excepción, para la tutela efectiva de situaciones jurídicas sustanciales del administrado".

[279] S. Const. N° 9928 del 09-06-2010 punto 3°.

[280] Y que la Sala reitera y transcribe en el voto 17900 del 27-10-2010 al declarar la inconstitucionalidad del art. 402 inc. d) del Código de Trabajo, antes de la Reforma Procesal Laboral, así como la jurisprudencia de la Sala Primera en la aplicación de ese inciso, pues todos los conflictos contra la CCSS los remitía a la jurisdicción laboral, sin importar la relación jurídica material. Citada en los votos N° 4491 del 03-04-2013; N° 7250 del 31-05-2013; N° 12801 del 25-09-2013; N° 9879 del 03-07-2015 y N° 7886 del 10-06-2016

> laboral, de familia o agrario, debe ser conocida y resuelta por esos órganos jurisdiccionales, por cuanto, no se cuestiona, propiamente, conformidad o disconformidad sustancial de la función o conducta administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo que es lo que el artículo 49 constitucional le reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este Tribunal Constitucional, estima que los criterios determinantes para deslindar el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa de otros órdenes jurisdiccionales especializados –que, en adelante, deben tenerse en consideración por la jurisdicción ordinaria- serán, entonces, los siguientes: **1°)** El **contenido material o sustancial de la pretensión** y **2°)** el **régimen jurídico aplicable**; de modo que si se discute la conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa"[281].

Por su parte la Sala Primera ha señalado sobre esa expresión "contenido material o sustancial de la pretensión", a propósito de conflictos de competencia entre lo contencioso y lo laboral:

> "para dilucidar la jurisdicción competente en cada caso particular, se debe considerar; 1. El contenido material o sustancial de la pretensión y 2. El régimen jurídico aplicable. En el caso del contenido material de la pretensión, a la luz del numeral 49 de la Constitución Política, se le otorga a la jurisdicción Contencioso Administrativa la competencia y atribución de ejercer la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, su conformidad sustancial o adecuación con el bloque de legalidad. En el caso del régimen jurídico aplicable, la Sala Constitucional en la resolución de cita indicó "… *Es preciso resaltar que el constituyente optó por órdenes jurisdiccionales especializados por razón de la materia-por lo menos hasta cierta instancia-, como una garantía de acierto y un medio para el logro del imperativo constitucional de una justicia pronta y cumplida*…", lo anterior obliga a que el análisis del contenido material de la pretensión sea congruente con el régimen jurídico aplicable[282]".
>
> En otro voto, que ha reiterado, señaló la Sala Primera:
>
> "entre los alcances de la competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, es a partir de los artículos 1, 2 y 4 del …CPCA, en los cuales se dimensionan los alcances del artículo 49 constitucional, encomendándosele a esa jurisdicción la competencia y atribución de ejercer la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, esto es, su conformidad sustancial o adecuación con el

[281] S. Const. N° 9928 del 09-06-2010 Considerando IV, punto 3°. Vuelve a usar esa frase en la adición a ese voto 9928, según resolución N° 11034 del 23-06-2010 y los votos que de seguido se citan.

[282] S. I C. N° 0111-C del 02-03-2016. Vid. N° 4643 del 19-12-2019; N° 372 del 07-0-2019; N° 684 del 14-07-2018, N° 653 a la 648 todas del 04-07-2018, entre muchas.

> bloque de legalidad, de modo que la interpretación de las disposiciones contenidas en esos artículos del CPCA, debe hacerse a favor de la admisión del control jurisdiccional de las actividades del Estado y no de su exclusión. En el caso concreto, las pretensiones del proceso, serán a modo de brújula, las que definirán el norte que deba seguir este proceso para efectos competenciales. Bajo esta perspectiva, se puede señalar que en las pretensiones de la demanda se solicita la declaración de una supuesta disconformidad con el ordenamiento jurídico y el pago de los daños y perjuicios, encontrándose como demandados el Estado y…, lo que resulta eminentemente de conocimiento de la jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con los artículos 1, 2 y 12.2 del CPCA. Ahora respecto a las demás pretensiones del proceso, deberán conocerse de manera conjunta ante esa misma jurisdicción, de conformidad con el artículo 4 del CPCA, que permite y obliga conocer los aspectos jurídico-públicos, y también como derivación de aquellos, los extremos aunque sean de conocimiento de otra jurisdicción, salvo la penal".

Con base en estos precedentes de la Sala Constitucional y Primera de la Corte, aplicándolos a esta novedosa previsión en agrario, si la pretensión de una demanda, es la anulación de actos administrativos, la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, la conformidad sustancial, adecuación o no, con el bloque de legalidad, será de competencia del contencioso administrativo, aunque cuando se trate de "relaciones jurídicas que se susciten con respecto al desarrollo de las actividades de producción agraria de animales, vegetales u otros organismos" e incluso aunque los bienes objeto de controversia "estén destinados o aptos para el desarrollo de actividades y servicios agrarios, así como los vinculados a su tutela y aprovechamiento".

La frase que hiciera famosa la Sala Constitucional, luego retomada por la Sala Primera "contenido material o sustancial de la pretensión", deben entenderse, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Primera, como el examen de la pretensión procesal principal de una demanda. Si el demandante pretende la anulación de actos administrativos, con sus efectos legales, esto es, la legalidad de la función administrativa, aunque tenga pretensiones complementarias o accesorias, que involucren actividad agraria, será competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la pretensión procesal, no ataque o impugne actos administrativos el bloque de legalidad, sino que pretenden extremos indemnizatorios o interpretativos relacionado con contenido exclusiva agrario, aunque sea una administración pública, siempre que no se pretenda la nulidad de actos administrativos individuales o generales, correspondan a extremos exclusivamente agrarios.

21. CONFLICTOS SURGIDOS ENTRE EMPRESAS SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE BIENES AMBIENTALES PARA ACTIVIDADES AGRARIAS; LOS RELATIVOS A CONDUCTAS ADMINISTRATIVAS CUYA PRETENSIÓN CORRESPONDA A LO AGRARIO O DESARROLLO RURAL (O DERIVADOS DEL INDER) Y LOS DAÑOS CAUSADOS POR O CONTRA LAS ACTVIDADES AGRARIAS

Aun cuando este inciso 4° merecía un comentario jurídico anterior, se ha colocado después de los temas referidos a conceptos competenciales de materia contencioso administrativa atraída hacia la nueva jurisdicción por su vinculación con empresas agrarias u otros temas propios de ella. Se busca lograr una misma inteligencia al momento de la interpretación.

Se redacta el referido inciso 4° con remisión al 12 del mismo artículo 2, para su correcta comprensión pues debería leerse así:

> "Los conflictos surgidos entre particulares por el aprovechamiento de bienes o servicios ambientales para actividades agrarias y los relativos a relacionadas con conductas administrativas o manifestaciones específicas de la función administrativa, que por el contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente. Además, la prevención, la restauración e indemnización de daños causados por las actividades agrarias, así como aquellos que impacten tales actividades".

La norma es sumamente compleja (para evitar calificarla de complicada, con incidencia de nuevo en asuntos propios del contencioso administrativo) cuyo ***thelos*** busca introducir en la nueva competencia algunos temas ambientales.

- Los conflictos surgidos entre empresas agrarias (aunque utiliza la expresión "entre particulares" Evidentemente se trata de los conflictos surgidos entre empresas agrarias dedicadas a las actividades forestales.
- La norma así comprendida contemplaría discusiones por derechos reales (inciso 1) o personales (inciso 13). Y contempla la indemnización por los daños causados.
- La incorporación de esta disposición presenta los siguientes errores conceptuales en perjuicio de las competencias generales, especialmente la contenciosa administrativa.
- La incorrecta técnica legislativa usurpa de la indiscutible competencia material contenciosa administrativa, e introduce indebidamente en la agraria. Esto obliga a considerar aplicable el art. 3 del CPA, e ignorar esta remisión inapropiada.

- La norma invade ilícitamente de la jurisdicción contenciosa toda pretensión o conflicto sobre bienes o servicios ambientales o ecológicos[283] entre particulares, y la atribuye en exclusiva a la competencia agraria para
    - La anulación de actos administrativos o conductas administrativas.
    - Dentro de los bienes de dominio público[284] estarían: el recurso hídrico -conforme a la reforma al art. 50 de la Constitución y reiterada jurisprudencia constitucional-, el Patrimonio Natural del Estado[285], la zona marítimo terrestre[286], el mar territorial, los

[283] Ulate Enrique. Manual de Derecho Agrario…, pág. 205 sobre la posesión ecológica y su tutela.

[284] S. Const. N° 10034 del-02-06-2020; N° 6055 del 24-03-2020, N° 2823 del 11-02-2020, N° 2617 del 07-02-2020, N° 1957 del 31-02-2020 "El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometido a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa".

[285] S. Const. N° 017397 del 11-09-2019 "Ahora bien, respecto al patrimonio natural del Estado, tema de importancia para el presente caso, se ha mencionado, conforme con las sentencias parcialmente transcritas, que es un bien de dominio público cuya su conservación y administración están encomendadas, por la ley, al Ministerio del Ambiente y Energía, mediante el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (Ley Forestal, arts. 6 inc. a y 13 pfo.2°, y 14; Ley Orgánica del Ambiente, artículo 32, pfo. 2°). Lo integran dos importantes componentes: a) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales (Ley Forestal 7575, arts. 1°, pfo. 2°, 3° inciso i; Ley Orgánica del Ambiente 7554, artículo 32; Ley de Biodiversidad N° 7788, arts. 22 y sigts. y 58; Ley del Servicio de Parques Nacionales N° 6084, artículo 3° incs. d y f, en relación con la Ley Orgánica del MINAE N° 7152 y su Reglamento; Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317, artículo 82, inciso a). b) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal del Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley Forestal), que tienen una afectación legal inmediata. Para la zona marítimo terrestre, la misma Ley 6043 (artículo 73) excluye de su ámbito las Áreas Silvestres Protegidas y las sujeta a su propia legislación. El resto de áreas boscosas y terrenos de aptitud forestal de los litorales, están también bajo la administración del Ministerio del Ambiente y se rigen por su normativa específica (Ley Forestal, artículo 13 y concordantes)". Ver en igual sentido: N° 2375 del 15-02-2019; N° 3855 del 15-03-2016, N° 16362 del 21-10-2015; N° 12973 del 25-09-2013, N° 7394 del 14-06-2013 y N° 16975 del 12-11-2008 -de donde es la cita original-.

[286] S. I C. N° 234 del 28-02-2013, N° 799 del 2013 y N° 977 -C el 23-08-2012 "Si bien la controversia se suscita entre particulares, independientemente de la pretensión, en el fondo el tema objeto de debate versa sobre inmuebles colindantes con la zona marítimo terrestre…El artículo 1 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre dispone : "La zona marítimo terrestre constituye parte del patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible. Su protección, así como la de sus recursos naturales, es obligación del Estado, de sus instituciones y de todos los habitantes del país. Su uso y aprovechamiento están sujetos a las disposiciones de esta ley". Del estudio del expediente en la especie, las partes se disputan la posesión de terrenos pertenecientes a la circunscripción territorial de la Municipalidad…que se encuentran colindantes a la zona marítimo terrestre, por lo que existe un

humedales -conteros y los ubicados en bienes estatales-, el subsuelo, fauna silvestre y propiedades bioquímicas y genéticas de biodiversidad

- La conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, conforme al art. 2.12 y 3 CPA y el voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, en los términos que analizamos en el inciso 12 de este artículo 2 CPA.

- La competencia material por daños y perjuicios, que impacten actividades agrarias, cuando se refieran a: **a)** Prevención: por amenaza, provisión, previsión, cautela, prudencia o medida preliminar de una acción dañosa, previsible o imprevisible, sospecha o indicios de un eventual daño agrario a bienes destinados a ella, **b)** Restauración: que se refiere a la reparación, reposición, reconstrucción, restablecimiento, restitución, regeneración, recuperación de un daño a bienes o de la actividad agraria, **c)** Indemnización de daños: referente al reclamo, compensación, resarcimiento, remuneración, pago, retribución o prestación económica por algún agravio, daño o perjuicio provocados a bienes o actividades agrarias.
- Aunque el inciso no menciona que se trate de "controversias entre particulares", no sería competencia de lo agrario, sino de lo contencioso, cuando se discuta la conformidad o disconformidad sustancial de la función administrativa con el bloque de legalidad, conforme al art. 2.12 y 3 CPA y el voto vinculante 9928-2010 de la Sala Constitucional, en los términos que analizamos en el inciso 12 de este artículo 2 CPA.

22. COMPETENCIA EN DESALOJOS ADMINISTRATIVOS AGRARIOS

"En inmuebles destinados o destinables a actividades agrarias, el desahucio administrativo será improcedente cuando: 1) Exista proceso judicial en trámite, donde se pretendan el desalojo y la restitución del inmueble, si existe coincidencia de partes en sede administrativa y jurisdiccional. 2) A quien se pretenda desalojar, se encuentre en posesión del bien por causa de un contrato acordado con la persona gestionante o por mera tolerancia cuando esta sea superior a un año. 3) Se trate de personas que tengan una ocupación del inmueble superior a un año".

23. EN EL PROCESO AMBIENTAL ENTRE PARTICULARES

El art. 282 del CPA establece:

> "Los tribunales agrarios conocerán de las controversias que se susciten entre particulares vinculadas con la biodiversidad, donde no medie un acto administrativo ni del dominio público, mientras no exista una jurisdicción ambiental"

Por su parte el art. 108 de la Ley de Biodiversidad, mientras no exista una jurisdicción ambiental, otorga la competencia de los asuntos referidos a la biodiversidad a tres jurisdicciones distintas:

- A la contencioso administrativa todas las controversias,

evidente interés estatal…En consecuencia de conformidad con el artículo 110, inciso 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su conocimiento debe radicar en el Juzgado Contencioso".

- A la penal cuando se cometan delitos contra ella, y,
- A la agraria en controversias que se susciten entre particulares, sin que medie acto administrativo ni del dominio público.

Como se menciona infra 25 existirían varias leyes referidas al ambiente y la biodiversidad, pero procesalmente el ámbito de acción en sede agraria parece inadecuada. Porque la acción fundamental es la popular (art. 105), el procedimiento y los recursos (arts. 106 y 107) son los estipulados en la Ley General de la Administración Pública, consecuentemente a falta de mención del proceso propio de la jurisdicción agraria sería el ordinario, ello en nada beneficia a la biodiversidad.

24. DERRIBO DE OBRAS EN MAL ESTADO, QUE ESTÉN EN ZONAS PÚBLICAS

Un ejemplo del absurdo criterio de judicialización de muchísimas actividades como propias de lo agrario cuando no lo son, o de usurpación de contenidos de otras sedes judiciales rompiendo indebidamente la unidad de las otras disciplinas, se presenta en el CPA como un error monumental.

Porque por el contrario el movimiento mundial se llama desjudicialización, para sustraer de los sistemas de administración de justicia muchos asuntos cuya resolución se encuentre en otras vías y no entorpezca el sistema judicial en general.

Lamentablemente, como en este caso, tantos manoseos a la competencia del CPA se dieron a la tarea de seguir procesos indebidos de judicialización, como en este caso de derribo de obras en mal estado en zonas públicas, para las que no se requiere un proceso judicial.

Esta competencia atribuida al juez agrario es absolutamente ilógica, sin relación alguna con el Derecho agrario y solo servirá para complicar la labor de la jurisdicción agraria.

Este es uno de los errores más lamentables, poco técnicos y con desconocimiento de la disciplina, de llevar a la sede judicial asuntos no agrarios.

Véase lo incoherente de la hipótesis. Se trataría de fenómenos que afecten la producción agraria o sus bienes y para ello sería necesario un derribo de un árbol en mal estado (en este caso debería suponerse al interdicto como trámite).

En tal eventualidad se debe tener como parte a la Procuraduría General de la República. Más inoperante resultaría la ya innecesaria acción si se considera que si se ubicare en un territorio de dominio público, podrá tramitarse el proceso contra persona ignorada. Si se localiza en un inmueble privado, será necesario acreditar de forma idónea a quien pertenece o, en su caso, quien lo posee.

25. LA COMPETENCIA PREVISTA EN LEYES ESPECIALES

Estos serían por normas especiales, como informaciones posesorias, localización de derechos, normativa ambiental especial, siempre que no se discutan sobre bienes públicos, que permite atribuir a lo agrario y demás normativa especial.

- **Ley de Biodiversidad**

Esta ley responde al compromiso asumido por Costa Rica, en el ámbito mundial, de conservar la diversidad biológica, los recursos genéticos, las especies y los ecosistemas, dentro del marco del desarrollo sostenible.

Se proyecta dentro del marco del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, Iba más allá -siguiendo el mismo convenio- de la conservación, pues se regula la utilización sostenible de los recursos biológicos, se incorporan normas sobre el acceso a los recursos genéticos, y se pretende lograr una distribución equitativa de los costos y beneficios derivados de la utilización del material genético,[287] el acceso a la tecnología y la biotecnología.

- **La ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos**[288]

Esta Ley también le otorga competencia exclusiva a los Tribunales Agrarios para conocer y resolver, definitivamente, los conflictos derivados de su aplicación.[289]

Es de fundamental importancia para el cumplimiento de la función económica, social y ambiental de la propiedad. Se pretende lograr el manejo, conservación y recuperación de los suelos en forma sostenible, integrada con los demás recursos naturales, logrando una participación más activa de las comunidades y los productores -sea individualmente o como asociaciones de productores[290]-, e impulsando la implementación y control de prácticas mejoradas en los sistemas de uso, para evitar la erosión y la degradación del recurso[291].

Se regula la agroecología, como una forma de lograr la convergencia entre los objetivos de la producción agrícola y la conservación de los recursos suelo y agua. Finalmente, al establecer: "Quien contamine o deteriore el recurso suelo, independientemente de la existencia de culpa o dolo o del grado de participación, será responsable de indemnizar, en la vía judicial que corresponda, y de reparar los daños causados al ambiente y a terceros afectados" -Art. 52 de esa Ley[292].

- **Ley Orgánica del Ambiente**

También le atribuye competencia material a lo agrario, la Ley Orgánica del Ambiente[293], estableciendo una responsabilidad objetiva, a: "Quién contamine el ambiente o le ocasione un daño será responsable…" -Art. 2 inciso d)-.

"En cualquier manejo y aprovechamiento de agua susceptibles de producir contaminación, la responsabilidad del tratamiento de los vertidos corresponderá a quién produzca la contaminación" -Art. 66-.

"El daño o contaminación al ambiente puede producirse por conductas de acción u omisión y le son imputables a todas las personas físicas o jurídicas que la realicen" -Art. 98-. "Solidariamente también responderán los títulos de las empresas

[287] Ley de Biodiversidad, artículos 1 y 3. El ámbito de su aplicación no alcanza el material bioquímico y genético humano, regulado por la Ley de Salud, ni el intercambio de recursos bioquímicos y genéticos ni al conocimiento asociado resultante de prácticas, usos y costumbres, sin fines de lucro, entre los pueblos indígenas y las comunidades locales (artículo 4).

[288] Ley de uso, manejo y conservación de suelos, N°7779 de 30 de abril de 1998.

[289] Ley de Suelos 7779, artículo 56.

[290] Carrozza Antonio. Lezioni di diritto…, pág. 259.

[291] Ley de Suelos, artículos 1 Y 6.

[292] "Corresponderá a los Tribunales Agrarios conocer y resolver, definitivamente, los asuntos originados en la aplicación de la presente ley." Ley de Suelos, articulo 56.

[293] Ley Orgánica del Ambiente, N°7554 del 4 de octubre de 1995.

o las actividades donde se causen los daños, ya sea por acción o por omisión". Igual responsabilidad corresponderá a los profesionales y los funcionarios públicos qué suscriban una evaluación del impacto ambiental contra las disposiciones técnicas imperantes o no den el seguimiento debido al proceso originado en un daño al ambiente o a la diversidad biológica" -art. 101-.

- **Ley Forestal**

Para la aplicación del art. 282 CPA, esta ley define el marco de competencia, en tema de responsabilidad objetiva por su infracción, al establecer: "… Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad civil se extenderá a sus representantes legales. Asimismo, tanto las personas físicas como jurídicas serán responsables, civilmente, por el daño ecológico causado, de acuerdo con lo que establece el artículo 1045 del Código Civil. "-Art. 57-.

"Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado." (artículo 59, segundo párrafo).

Conforme con el art. 282 CPA, debe tratarse de controversias entre particulares sobre temas forestales[294].

- **La Ley de Protección Fitosanitaria**

Que establece la protección y competencia para "Quienes realicen investigación, movilización, liberación al ambiente, importación, exportación, multiplicación y comercialización de vegetales o de los organismos o productos derivados del artículo 41, serán responsable de los daños y perjuicios que ocasionasen a la agricultura, el ambiente y la salud humana y animal. " (artículo 31). "Quienes importan, fabriquen, formulen, reenvasen, reempaquen, distribuyan, almacenen, transporten, Vendan y apliquen sustancias químicas, biológicas o afines para su uso agrícola, estarán obligados a resarcir los daños y perjuicios que, con sus acciones u omisiones ocasionen a la agricultura, la ganadería, la salud humana y el ambiente"-Art. 32-.

- **Ley de informaciones posesorias y derechos indivisos**

Aunque existen ambas normativas especiales, aplicables a la materia agraria y civil, el CPA ha previsto del art. 327 al 331 una regulación específica para estos procesos, concurriendo con la normativa especial señalada

26. MATERIAS EXCLUIDAS DE LA COMPETENCIA AGRARIA

Al igual que la derogada LJA se excluye expresamente de la competencia materia de los tribunales agrarios:

- **Materia penal**

La potestad punitiva, por la naturaleza, las consecuencias personales, por el principio de legalidad y del juez natural, solo pueden estar sometidas al juez penal, de ahí que el art. 45 CPP señala "La competencia de los tribunales de justicia se extiende al conocimiento de los hechos delictivos cometidos en el territorio

[294] Zeledón Ricardo. El contenido del derecho agrario…, pág. 71.

nacional" y el art. 3 CPP "La potestad de aplicar la ley penal, corresponderá solo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley".

- **Materia laboral**

La competencia en materia laboral, en virtud de sus fines y de la especial protección que se da a los trabajadores, también es improrrogable, ahora por disposición del art. 430 RPL[295], que atribuye esa competencia a los juzgados laborales, aunque se origine, por ejemplo, de un reclamo entre particulares o entidades públicas, de empresas o actividades agrarias, por ejemplo, discusiones sobre la seguridad social de una empresa agrícola[296] o agraria[297] de ahí que se excluya de la materia agraria.

- **Materia contencioso-administrativa**

Los conflictos de competencia entre la materia agraria y contenciosa son de larga data. El art. 1 CPCA atribuye una competencia plena a la jurisdicción contenciosa ante "cualquier conducta de la administración sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativo", por lo que en principio pareciera que comprendía, incluso, los aspectos de derecho agrario de actividades de entidades de derecho público. La competencia la amplía el art. 2.e) CPCA "Las conductas o relaciones regidas por el Derecho Público". Luego, el tema de los conflictos de las dos materias se agravó con el polémico voto de la Sala Constitucional,[298] que atribuye a lo contencioso una especie de jerarquía constitucional superior a la materia contenciosa[299] que declara inconstitucional el art. 3.a) del CPCA que excluía de la competencia contenciosa a la "materia de relaciones de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la jurisdicción laboral".

- **Otras materias excluidas**

Aún no mencionadas en la norma en comentarios están excluidas las normas constitucionales, la de familiares y los procesos concursales civiles como quiebra, convenio y concurso civil de acreedores.

[295] Varela-Picado- Artavia. Manual de los procesos laborales, 2ª edic., San José, 2018, pág. 27.

[296] Carrozza Antonio. Lezioni di diritto…, pág. 177.

[297] S. I C. 317-C- del 10-04-2019.

[298] Jinesta Lobo. Manual de los procesos… pág. 31.

[299] Así lo establece el citado voto 9928 del 09-06-2010.

LA IMPROPONIBILIDAD E INADMISIBILIDAD LABORAL

David Lara Torres[300]

Resumen: La demanda improponible es una figura de reciente aplicación en Costa Rica. Aunque de manera prematura podríamos indicar que tiene como una de sus finalidades ser un filtro para terminar anticipadamente el proceso judicial, lo cierto es que algunas personas juzgadoras son reticentes a aplicar la figura como corresponde. De allí que la intención de estas líneas sea dar a conocer en que consiste la figura de la demanda improponible en materia laboral. Ahora bien, existe una figura procesal que -sin entender por qué- se confunde con la improponibilidad de la demanda, me refiero a la inadmisibilidad de la demanda. Tal como se explicará en las líneas siguientes, son figuras disímiles tanto en su concepto como en su finalidad en la práctica judicial.

Palabras claves: derecho laboral; derecho procesal laboral; improponibilidad de la demanda; inadmisibilidad de la demanda; proceso; finalización anticipada del proceso judicial.

Sumario: 1. Introducción y advertencia a la persona lectora. 2. Situación de la jurisdicción laboral en Costa Rica. 3. Derecho al Debido Proceso y el Principio de Tutela Judicial Efectiva. 4. Conceptualizando la improponibilidad de la demanda. 5. Marco legal de la improponibilidad de la demanda. 5.1. Regulación en el Código de Trabajo. 5.2. Regulación en el Código Procesal Civil. 6. Algunas cuestiones prácticas en relación con la improponibilidad de la demanda. 7. Conceptualizando la inadmisibilidad de la demanda. 8. Marco legal de la inadmisibilidad de la demanda. 8.1. Regulación en el Código de Trabajo. 8.2. Regulación en el Código Procesal Civil. 9. Efectos de la

---

[300] Licenciado en Derecho por la Universidad Federada de Costa Rica. Egresado de la Especialidad en Derecho Notarial y Registral de la Universidad Internacional de las Américas. Miembro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Miembro del Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Miembro de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral. Miembro de la Asociación Internacional de Profesionales en Derecho Costa Rica. Miembro de la Federación Iberoamericana de Abogados. Colaborador de la Alianza Interamericana de Abogacía Oral. Socio fundador de González & Lara Abogados. Consultor externo de diferentes firmas de abogados en temas de derecho civil y laboral.

Los comentarios y opiniones contenidas en este documento son criterios de su autor y no reflejan la postura de ninguna de las agrupaciones a las que pertenece.

inadmisibilidad de la demanda en materia laboral. 10. Reflexiones finales. 11. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIA A LA PERSONA LECTORA.

Un tema innegable en Costa Rica es que en la última década se han venido dando una serie de reformas normativas con especial énfasis en el ámbito procesal. Parece que aquella "espinita" y espíritu de cambio implementado por los redactores del Código Procesal General dio como resultado que se impulsaran reformas procesales en distintas materias.

Estos cambios comenzaron con la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo[301], el cual se auguraba que iba a operar de forma milagrosa en una jurisdicción compleja y hasta un tanto entrabada con procesos sumamente extensos. Sin embargo, los cambios no se han notado significativamente. Ahora bien, yo me atrevería a afirmar que no todo ha sido negativo, pues los errores detectados con el CPCA contribuyeron para que otras jurisdicciones "*jalaran para su saco*" y establecieran acciones de mejora en las redacciones iniciales de sus proyectos de reforma.

Ahora bien, dentro de los cambios normativos, enfocados en la preponderancia de la oralidad, se fueron introduciendo figuras procesales de especial relevancia y algunas de ellas hasta de carácter novedoso. Tal es el caso de la figura de la improponibilidad de la demanda, conocida comúnmente como "demanda improponible" con una simple inversión de su nomenclatura.

Como indicaba en líneas anteriores, la ola de reformas normativas con énfasis en lo procesal, conllevaron por ejemplo al nacimiento de la Ley 9342 Código Procesal Civil y la Ley 9343 conocida como Reforma Procesal Laboral.[302]

¿En qué consiste la advertencia a los lectores? Pues bien, siendo que la legislación laboral en su parte procesal es en ocasiones insuficientes y recurre a la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, estaremos analizando la figura de la improponibilidad de la demanda con ambos Códigos.

Escuché al Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas decir en un foro reciente que el Código de Trabajo no da una cobertura adecuada a muchos aspectos procesales como lo hace el procesal civil. Coincido con la apreciación acertada de mi maestro y me sirve de antesala para justificar en este documento el

[301] En adelante CPCA

[302] Algunos operadores del derecho en una errónea técnica del uso de la nomenclatura de las normas hacen referencia al Código Procesal Laboral o Código Procesal de Trabajo, cuando esto es un error grave. Debe recordarse que el Código de Trabajo es un solo cuerpo normativo que comprende tanto las normas sustanciales o derecho de fondo junto con las normas relacionadas a la parte adjetiva, es decir, las normas que regulan los diferentes procesos que integran la jurisdicción laboral. De allí que sea importante hacer marcado énfasis en que basta únicamente referirse al "Código de Trabajo" como cuerpo normativo que unifica lo sustantivo con lo procesal.

análisis de ambas normativas frente al tema de la improponibilidad y la inadmisibilidad de la demanda, pues mi deseo es que quien lea este material pueda tener una visión amplia de las dos figuras procesales.

2. SITUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN LABORAL EN COSTA RICA.

La Constitución Política de la República de Costa Rica en su ordinal 70 dispuso que se estableciera una jurisdicción de trabajo, dependiente del Poder Judicial. Tanto solo unos veintinueve artículos antes, la misma Constitución dispone una de las normas que con más frecuencia citamos los abogados y abogadas costarricenses, me refiero con ello al contenido del artículo 41 de la Constitución, donde se registra el afanado y en ocasiones desilusionante principio de justicia pronta y cumplida.

¿Por qué estas líneas de carácter negativo? Pues bien, aquellos que nos encontramos en la acera de los litigantes y que con frecuencia ejercemos en materia laboral, vemos cumplidas las profecías que muchos de nosotros nos hicimos cuando "nos vendieron" la Ley 9343 como "la pomadita canaria" que iba a curar todos los males para la administración de justicia en materia laboral.

Recuerdo que varios litigantes fuimos escépticos y marcadamente incrédulos cuando algunos de los que impulsaron la reforma en la jurisdicción laboral salieron pregonando las maravillas que traería, señalando con exceso de confianza que los procesos laborales se resolverían en tan solo seis meses con la *reforma procesal laboral*. Lamentablemente, no hay nada más alejado de la realidad que ello.

Acá quisiera aclarar que no pretendo criticar a los jueces de los diferentes despachos judiciales del país por la mora judicial, pues conozco que muchos laboran extensas jornadas para sacar adelante la pesada carga de trabajo que tienen. Además, conozco por referencia verbal de algunos de ellos que prácticamente son sometidos a una *maquila jurisdiccional* donde deben cumplir con un determinado número de resoluciones judiciales y practicar un número establecido de audiencias a la semana o al mes; es decir, cantidad sacrificando calidad. Sin embargo, la realidad no se puede obviar ni tapar como quien pretende tapar el sol con un dedo. Lo cierto es que los cambios en la jurisdicción laboral no pudieron tener la misma eficiencia como la obtenida por la Comisión de la Jurisdicción Civil del Poder Judicial. Falta de recursos, falta de personal, falta de espacio físico, falta de contrataciones; pueden ser muchos los factores, no me corresponde analizarlos en este documento, pero lo cierto es que seguimos con una jurisdicción laboral lenta y engorrosa.

Ejemplo de lo anterior, es que algunos colegas tenemos audiencias de juicio (audiencia preliminar y complementaria) ya señaladas para finales del 2021 y ya algunas audiencias para el año 2022 en relación con procesos judiciales que iniciaron en el año 2017 y 2018. Conozco un colega muy cercano que en los primeros días de octubre del 2020 le suspendieron una audiencia por motivo de la "pandemia" y trasladaron su realización para abril del 2022. Y aunque se supone que existe un protocolo aprobado por la Corte para la

realización de audiencias virtuales, este no se pudo aplicar, pues la contraparte no manifestó su consentimiento para realizar la audiencia virtual, lo que dio como resultado su suspensión; haciendo nugatoria la esperada "justicia pronta y cumplida" como derecho constitucional.

Asimismo, hay asuntos que todavía esperan sentencia desde hace meses, por ejemplo, tengo dos asuntos en un mismo Juzgado de la provincia de San José donde estoy esperando el dictado de la sentencia anticipada desde mediados del año 2019 sin que a la fecha se vea cerca esa posibilidad pese a los múltiples recordatorios que hemos enviado.

Repito con marcado énfasis, **acá no pretendo desprestigiar ni atacar la labor de los jueces de primera y segunda instancia**, los cuales -en su mayoría- realizan una labor seria, se preparan y estudian día a día, desempeñando jornadas más allá de lo establecido para sacar el trabajo adelante porque entienden lo que significa verdaderamente la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Sin embargo, esto no me cohíbe para señalar los aspectos que se deben mejorar, pues siento que falta mucho por hacer para brindar al usuario de la jurisdicción laboral una verdadera justicia pronta y cumplida.

3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Coherente con lo que he afirmado en el acápite anterior, deseo entrar brevemente a mencionar dos temas que me parecen fundamentales y que están contenidos en el título de este punto. Pues bien, el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva están estrechamente relacionados con la situación actual de la jurisdicción laboral en Costa Rica y procedo a explicar mis razones como aquel que fundamenta jurídicamente sus pretensiones en una demanda o en una contestación.

Precisamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución: 06325-2000 de las dieciséis horas con diecisiete minutos del diecinueve de julio del dos mil, señaló que:

> "…II.- La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de cobertura universal y de aplicación inmediata, posee dos vertientes, uno es el que se ocupa del señalamiento que se hace para que todas las personas tengan la posibilidad de ejercer sus derechos, en otras palabras, del acceso a la justicia, el segundo se refiere a la materialización de esa tutela en forma efectiva y pronta, de manera que no solo haya acceso sino que se cuente con los instrumentos requeridos y necesarios para que el ente encargado al que se acude con la petición, otorgue una respuesta a esa solicitud en un plazo razonable -la cual obviamente podrá ser afirmativa o negativa a la pretensión solicitada-, y con fuerza ejecutoria…"

En ese mismo sentido, una parte esencial del derecho al debido proceso es contar con una sentencia en un tiempo razonable, así lo dejó plasmado el

ilustre Magistrado Rodolfo Piza Escalante[303] (qdDg) en el Voto 01739-1992 cuando indicó en lo que es objeto de interés:

> "…2. Y pertenecen a los segundo -derecho de todos por igual a acceder a la justicia-, además del genérico derecho de petición del artículo 27 y del específico derecho a la justicia del artículo 41 de la Constitución ya citados, una serie de atributos complementarios -pero también fundamentales-, entre los cuales:
> (i) el derecho y principio generales de igualdad -y su contrapartida de no discriminación-, que recoge el artículo 33 de la Constitución, así como todos los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, por ejemplo los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, con la particularidad de que la dualidad de éstos demuestra que la igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es ella misma un derecho fundamental, de modo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales; principio y derecho que, si bien no son incompatibles con ciertas distinciones razonables conforme a la máxima de "igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales", también conocido como principio de igualdad sustancial, en materia penal no parece permitir ninguna posible distinción;
> (ii) en general, el acceso universal a la justicia para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o antecedentes, o cualquier otra condición social, todo lo cual plantea, a su vez, consecuencias que no es necesario examinar aquí por no estar implicadas directamente en el caso en consulta, como la gratuidad de la justicia, el informalismo, etc.;
> (iii) Finalmente, el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente. De lo primero se ocupa precisamente el "derecho a una sentencia justa" que se dirá; en cuanto a los segunda, ya esta Sala ha venido estableciendo criterios de los cuales se puede tener por consolidada jurisprudencialmente la tesis de que la duración excesiva y no justificada de los procesos penales constituye una grave violación del derecho a una justicia pronta, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución, aunque no se ha

[303] Para criterio del suscrito, el Voto 01739-1992 sigue teniendo plena validez pese a sus 28 años de existencia para tutelar el derecho al debido proceso. Además, su contenido marca un camino a seguir en muchos procesos judiciales y procedimientos administrativos. Me atrevería a afirmar que su contenido ha resultado de interés en el derecho comparado. Para aquellos que no han tenido la oportunidad de leer esta exquisita obra jurisprudencial, acá dejo un enlace de fácil acceso a la base de datos de jurisprudencia del Poder Judicial de la República de Costa Rica para que puedan estudiar el voto de manera directa. https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83512

> llegado a establecer una duración determinada, ni absoluta ni en función de las normas que los disciplinan, dependiendo de las circunstancias de cada caso en cuestión. Por lo demás, la Sala ha preferido, hasta ahora por mayoría, ante una duración excesiva del proceso, declarar con lugar el recurso de hábeas corpus, pero con la expresa consecuencia de ordenar al tribunal de la causa proceder a la celebración del juicio a la mayor brevedad, frecuentemente en un plazo fijado por la propia sentencia constitucional…".

Precisamente, en este último párrafo del extracto transcrito encontramos uno de los puntos medulares de la tutela judicial efectiva, esto es, que no exista una duración excesiva e injustificada del proceso judicial. Ahora bien, es claro que el voto del Magistrado. Piza estaba enfocado a una situación de la jurisdicción penal, pero ello no obsta para que el criterio sea aplicable a cualquier clase del proceso judicial.

Por eso es por lo que el suscrito cuestiona si efectivamente puede existir una tutela judicial efectiva cuando por ejemplo una demanda interpuesta en el año 2017 por un trabajador, aun hoy no se ha celebrado la audiencia de juicio (audiencia preliminar y complementaria) y donde por motivos de la "pandemia" la audiencia fue trasladada a mediados del próximo año (2021).

Esto implica que un trabajador ha tenido que esperar, y deberá esperar, cuatro años para apenas llegar a la audiencia preliminar de su proceso laboral. Esto sin contar el calvario procesal que posiblemente le espera si el asunto tuviese que llegar hasta la sentencia de segunda instancia en casación, donde fácilmente podría sumársele de uno a dos años más.[304]

Omitiré referirme en este documento de manera extensa a los problemas que conlleva el tener un sistema de administración de justicia laboral saturado, como por ejemplo el desgaste emocional de la parte trabajadora en el caso de reclamo de derechos, así como la distracción de bienes en los casos que no se dicta embargo preventivo, así como la dificultad para localizar a los testigos ofrecidos después de varios años de presentado el proceso judicial, y que aun cuando se les encuentra, conserven su memoria intacta sobre los detalles de interés de la dinámica de la relación laboral o de

[304] Opinión muy personal del suscrito resulta el tema que la "pandemia" ha sido la justificante perfecta para achacarle todos los males políticos, económicos y hasta de administración de justicia que no han salido bien en años anteriores a la pandemia. Debe indicarse que por secreto profesional y por respeto a las partes involucradas se reservan los datos específicos del número de expediente y nombre de los involucrados. Llama de nuevo la atención que en este caso se pudo haber realizado la audiencia virtual y llegar a esa justicia pronta y cumplida. Sin embargo, en un acto de mala fe procesal la parte demandada decidió no dar su consentimiento para la realización de la audiencia virtual, lo que dio como resultado que se suspendiera la audiencia señalada para hace unas cuantas semanas y se reprogramara de manera presencial para mediados del próximo año.

las situaciones objeto del debate. En síntesis, resulta evidente que una justicia tardía, deja de ser una verdadera justicia.

Retomando el principio de tutela judicial efectiva, es menester indicar que uno de los ingredientes esenciales de esta tutela es el dictado de la sentencia. Precisamente sobre este tema en un fallo interesante del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda se le llama la atención a una juzgadora, indicándosele lo siguiente:

> "III- SITUACIONES DE TRAMITE: Revisado que fuera el presente proceso y siendo que la señora Jueza de primera instancia, realiza omisiones esenciales a la hora del dictado de la sentencia que se revisa, como son la confección del listado de hechos probados y el pronunciamiento mínimo que debe realizarse a las alegaciones de las partes, procede este órgano colegiado en pleno y a fin de que en el futuro se subsanen dichas omisiones, recordarle a la juzgadora de primera instancia lo siguiente: **Dentro de la tutela judicial efectiva, se encuentra inmerso el derecho que tiene toda persona, debidamente legitimada por el derecho vulnerado, cuando acude a la protección jurisdiccional, de que su conflicto sea resuelto en forma concreta y clara, lo que es materializado por medio de la sentencia que dicta el Juzgador. Por ello se habla que dentro de la tutela judicial efectiva, podemos ubicar el derecho a la obtención de una sentencia, la cual debe contener por principio procesal una debida motivación con el fin de que las partes entiendan los motivos de hecho y de derecho por el cual es dirimido su conflicto.** Esta labor fue encomendada al Poder Judicial, en la figura de los operadores del der echo por medio del numeral 153 de la Constitución Política, de la misma forma el articulo 7 en relación con el 98 inciso 6) del Código Procesal Civil, establece la obligación de los Juzgadores de conocer los conflictos sometidos a su resolución o revisión. Entonces el dictado de una sentencia se traduce en consecuencia directa de ese derecho fundamental. Dicho lo anterior, tenemos que es al Juez o Jueza, a quién con el objeto de brindar una efectiva tutela judicial, se le ha otorgado el deber constitucional y legal de dictar el fallo que resuelve el conflicto sometido a su escrutinio. El cual debe estar debidamente motivado y razonado, dándose a plenitud la satisfacción de todas las pretensiones o alegaciones que realizan los intervinientes del proceso, o como en el presente caso, el motivo por el cual la Juez toma una decisión contraria a lo alegado por el Estado. Es claro entonces, que las sentencias o resoluciones dictadas dentro de un proceso judicial, cualquiera que sean, deben concebirse como una exposición clara del principio constitucional de tutela judicial efectiva, al que todos los administrados tienen

> derecho como una manifestación del servicio justicia, por ello, el Juez debe dictar sus fallos, debidamente motivados, para que cumpla con todas y cada una de las expectativas de quién solicita la protección del orbe jurisdiccional labor mínimos de conocimiento de quién ejerce la función de juzgar, dicho lo anterior se procede a resolver el recurso formulado." (Voto No. 00244-2008 del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SECCIÓN SEGUNDA. II Circuito Judicial de Goicoechea a las once horas treinta y cinco minutos del dieciocho de Julio del dos mil ocho. El resaltado no corresponde al texto original).

En consecuencia, tenemos que el derecho al debido proceso y el principio de tutela judicial efectiva se encuentran estrechamente relacionados, pero ¿cómo se relaciona esto con el tema principal de nuestra consideración? La conexión de estos temas con la demanda improponible y la sentencia anticipada es fuerte. Negarse injustificadamente a la aplicación de una figura como la demanda improponible sería tanto como lesionar el derecho al debido proceso y hacer nugatoria la tutela judicial efectiva que merece todo ciudadano y ciudadana por mandato constitucional en Costa Rica.

4. CONCEPTUALIZANDO LA IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA.

Con la finalidad de establecer una conceptualización de la improponibilidad de la demanda, quisiera hacer uso de lo ya expresado por el Dr. Sergio Artavia Barrantes, el cual indicó con absoluta precisión:

> "…La improponibilidad de la demanda, es una figura procesal que permite al tribunal el rechazo de plano -in limine- de una demanda al inicio o en el umbral del proceso, sin necesidad de celebrar audiencias o evacuar pruebas, por concurrir algún motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento para rechazar ad portas tal proceso, con efectos de cosa juzgada y sin necesidad de avanzar en el proceso. Aunque puede alegarse y declararse la improponibilidad en un momento posterior -en una audiencia por ejp- cuando se descubre ahí la improcedencia absoluta de la demanda.
>
> La improponibilidad se confunde con la inadmisibilidad. Ambas figuras son totalmente diferentes. La inadmisibilidad se refiere al rechazo de la demanda, que, por no cumplir requisitos formales y taxativos, previa subsanación prevenida al demandante, no se corrigen, ordenándose su archivo por razones formales y facultando a la parte a volverla a presentar, tantas veces como se declare inadmisible. En cambio, la improponibilidad se trata del rechazo de plano de la demanda por una razón de fondo, no formal, que impide conocer el fondo de una demanda, permitiendo su rechazo de plano por causas taxativas legales, cuya decisión

> produce cosa juzgada…" (ARTAVIA, S. Breves Explicaciones al Código Procesal Civil. Editorial Jurídica FARO. Diciembre 2018. p.187).

Siendo un poco atrevido con la definición que nos brinda el Dr. Artavia, yo le agregaría que la declaratoria con lugar de la figura de la demanda improponible da como consecuencia jurídica procesal necesaria el dictado de una sentencia anticipada.[305]

Ahora bien, un aspecto fundamental que se debe enfatizar de la definición que propone el Dr. Artavia Barrantes es que debe *concurrir algún motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento* para que precisamente pueda operar la improponibilidad de la demanda. Esto conlleva que no puede ser cualquier motivo, o aquel que le parezca al litigante elaborar, pues de nuevo, debe ser un motivo objetivo y expresamente previsto en el ordenamiento.

Acá resulta sumamente oportuno traer a mención el extracto de una resolución judicial redactada por un juez de amplia trayectoria como don José Rodolfo León Díaz. Específicamente, me refiero al Voto número 351 de las diez horas once minutos del veintiocho de junio de dos mil diecinueve dictado en el seno del Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Segunda de San José, en el cual se indicó lo siguiente sobre la certeza de la configuración taxativa de la causal de improponibilidad de la demanda:

> "…V.- Aunque se trate de un proceso de naturaleza especial, la solicitud de apertura de un concurso civil por parte de uno o varios acreedores, puede equipararse procesalmente a una demanda, en la cual la pretensión está compuesta por la solicitud de apertura de una ejecución colectiva, el eventual reconocimiento del crédito de los solicitantes y establecimiento de una nueva situación civil del demandado, cual es la condición de insolvente, con todas las derivaciones jurídicas que ella conlleva. Por este motivo, no cabe descartar la aplicación del artículo 35.5 del Código Procesal Civil de 2016 -aplicable supletoriamente a la materia concursal en virtud de lo establecido por su numeral 1-, en cuanto a la posibilidad de declarar este tipo de demandas improponibles, con sentencia anticipada. Sin embargo, este nuevo instituto procesal ha de aplicarse con sumo cuidado, por cuanto podría generar graves trastornos procesales en supuestos en los cuales no nos encontremos ante situaciones donde sea "manifiestamente

[305] En una forma muy simple, se podría afirmar que la sentencia anticipada es el acto procesal emanado de la persona juzgadora que le pone fin al proceso de manera anormal, es decir, sin que se hayan efectuado todos los procedimientos establecidos (actos procesales de las partes) en la normativa adjetiva para un determinado proceso judicial. La sentencia anticipada no necesariamente va a referirse al verdadero fondo de la litis, pues existe un motivo objetivo y expresamente normado que hace innecesaria o imposible la continuación del proceso judicial.

> improponible" lo pedido. Este calificativo requerido por el artículo 35.5, pone de manifiesto la necesidad de tener un alto grado de certeza en cuanto a la existencia de alguno de los supuestos establecidos en sus 9 incisos. Así, por ejemplo, cabría la declaratoria de improponibilidad si quien está gestionando no es acreedor, o no está legitimado con un título ejecutivo líquido y exigible; también cuando se demanda a un sujeto de derecho público, o simplemente no existe pluralidad de acreedores. Sin embargo, cuando se trate de aspectos sumamente debatibles, respecto de los cuales pueden formularse diversas posiciones fundamentadas, las cuales podrían ser admitidas o rechazadas, no se estaría ante supuestos de una manifiesta improponibilidad. En este caso particular, hay un fuerte debate respecto a dos puntos, para poder alcanzar la pluralidad de acreedores: 1- ¿necesariamente debe estar firme la resolución que inicia una ejecución, como por ejemplo el auto intimatorio en un monitorio dinerario, para que exista una de las ejecuciones pendientes requeridas para cumplir con la pluralidad subjetiva prevista por la ley? 2- ¿Se trata solo de ejecuciones judiciales fundadas en títulos ejecutivos las que calificarían como ejecuciones pendientes a la luz del artículo 760 del CPC de 1989, o pueden aceptarse como tales ejecuciones extrajudiciales basada en títulos ejecutorios o bien procesos de ejecuciones reales como la prenda, la hipoteca o las garantías mobiliarias? Sin lugar a duda, la existencia de tesis jurídicas contrapuestas, fundadas en argumentos claramente desarrollados -independientemente de que se lleguen a compartir o no-, llevan a la conclusión de que no hay una manifiesta improponibilidad de la demanda que justifique el dictado de una sentencia anticipada…".

La resolución anterior es de suma importancia, pues constituye no solamente una garantía para que exista una buena fe procesal entre las partes, esto debido a que la lista taxativa de los "motivos objetivos" para alegar la improponibilidad de la demanda están en una norma de conocimiento público. Sino que, además, implica una garantía para que la Autoridad Judicial no decida poner fin a un proceso de manera anticipada por cualquier motivo a su antojo.[306]

[306] Esta tesis garantista no es creación del autor de este ensayo, sino que es propia del Dr. Jorge Alberto López González quien en su obra Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense Tomo I, señala en su página 222 que: "…Es preciso advertir. El instituto de la demanda improponible tiene una estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia y es una herramienta que en manos de funcionarios judiciales poco garantistas del derecho fundamental al proceso, podría constituir una limitación violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva. No es ninguna invención, que en muchos casos existe la tendencia a terminar los procesos a la mayor brevedad y por cualquier razón. Por ese motivo, el código establece que la demanda improponible solo se

5. MARCO LEGAL DE LA IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA.

La figura procesal de la improponible de la demanda se regula -para los efectos de la presente consideración- en el Código de Trabajo y en el Código Procesal Civil, siendo que cada cuerpo normativo le da un abordaje relativamente similar al tema.[307]

5.1. Regulación en el Código de Trabajo.

Quien escribe estas líneas, considera que la improponibilidad de la demanda esta temerosa y escuetamente regulada en el Código de Trabajo, para tal efecto conviene ver lo dispuesto en los ordinales 508 a 510 del Código citado:

> **Artículo 508.** Podrá dictarse también sentencia anticipada, de oficio o mediante la interposición de la correspondiente excepción, declarando la improponibilidad de la demanda y su consiguiente archivo, cuando:
> 1) La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.
> 2) El derecho hubiera sido transado con anterioridad.
> 3) Cuando haya evidencia de demanda simulada o el fin perseguido en el proceso sea ilícito o prohibido.
> **Artículo 509.** La prescripción y la caducidad autorizada expresamente por el ordenamiento sustantivo, de los derechos pretendidos en juicio, son declarables en sentencia anticipada.
> **Artículo 510.** La improponibilidad y la caducidad pueden declararse de oficio[308] únicamente por el juzgado de instancia, pero de previo deberá oírse al respecto a las partes por tres días.
> Si en alguno de los casos tratados en los dos artículos anteriores fuera necesario evacuar pruebas de hechos sustentantes o

puede declarar en supuestos de demandas manifiestamente improponibles. La referencia a que la improponibilidad sea manifiesta, lanza un claro mensaje que dicho instituto debe aplicarse en forma restrictiva y en supuestos muy evidentes. En otras palabras, si no hay absoluta certeza, lo que corresponde es iniciar o continuar el proceso, a la espera de mejores elementos de convicción que permitan adoptar una resolución correcta y respetuosa del derecho a la tutela judicial efectiva. Por esa razón, para que no se constituya en una limitación al derecho de accionar, lo (Sic) supuestos previstos legalmente, deben considerarse taxativos y de interpretación restricta…".

[307] Desde ya el autor desea ser tajante en su preferencia en la forma que se regula la figura en el Código Procesal Civil, pues se establece con mejor detalle que en el Código de Trabajo.

[308] En un primer momento, en una lectura rápida podría criticarse la redacción del ordinal, pues pareciera que está dejando a la persona juzgadora en una posición de absoluto poder, donde tiene plena facultad de poner fin a un proceso judicial por cualquier motivo. Sin embargo, este numeral debe ser analizado con la "madurez procesal suficiente" para entender que previo al dictado de la improponibilidad es necesario dar audiencia a las partes por tres días, lo que conlleva la aplicación del resguardo al derecho al debido proceso, el cumplimiento del principio procesal de igualdad procesal y una protección a la tutela judicial efectiva.

> enervantes de la excepción o intención oficiosa, se postergará la resolución para la etapa de la audiencia.

Como puede apreciarse de los anteriores numerales, el artículo 508 del Código de Trabajo nos brinda tres escenarios fácticos puntuales, a saber:

> 1) La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.[309]
>
> 2) El derecho hubiera sido transado con anterioridad.[310]
>
> 3) Cuando haya evidencia de demanda simulada o el fin perseguido en el proceso sea ilícito o prohibido.

Ahora bien, podría pensarse entonces que fuera de estos tres escenarios fácticos no existiría más posibilidades para la interposición de una improponibilidad de la demanda, pues la lista taxativa de motivos objetivos se limitaría a tres. Sin embargo, debe recordarse que en no pocas ocasiones el Código de Trabajo remite a las normas del Código Procesal Civil para complementarse, esto conforme lo permite el artículo 428 del Código de Trabajo.[311] De allí la importancia de conocer la forma en que se regula la improponibilidad de la demanda en el Código Procesal Civil.

5.2. Regulación en el Código Procesal Civil.

[309] Acá lo que debería acreditarse es que se trata de la misma causa petendi.

[310] En lo personal me parece que la redacción de la norma no es la más adecuada desde un punto de vista técnico de lo que conlleva señalar "transado", pues transado en sentido estricto hace alusión a la figura de la transacción contenida en los artículos 1367 a 1385 del Código Civil, figura que dicho sea de paso requiere de ciertas formalidades para alcanzar su validez y eficacia. Por lo que el término transado en sentido estricto dejaría por fuera figuras tales como la mediación, conciliación o arbitraje. En lo personal, hubiese preferido una redacción más inclusiva en cuanto a lo que se refiere a las diversas formas de resolución alterna de conflictos.

[311] "Artículo 428. La inexistencia de normas procesales expresamente previstas para un caso o situación concreta se llenará mediante la aplicación analógica de las otras disposiciones de este mismo Código y sus principios, en cuanto resulten compatibles.

La legislación procesal civil y la procesal contencioso-administrativa, en los procesos contra el Estado y las instituciones, serán de aplicación supletoria, para llenar los vacíos normativos de este Código o para utilizar institutos procesales no regulados expresamente, que sea necesario aplicar para la tutela de los derechos de las partes y los fines del proceso, con la condición de que no contraríen el texto y los principios procesales de este título.

En todo caso, si hubiera omisión acerca de la forma de proceder, los órganos de la jurisdicción laboral estarán autorizados para idear el procedimiento más conveniente, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes, con tal de que se les garantice a estas el debido proceso. En todo caso, se respetará la enunciación taxativa de los recursos hecha en este Código."

Son múltiples los momentos que ocurren en la práctica del litigio laboral donde tanto los jueces como litigantes recurren al artículo 428 citado para tener la llave de acceso a la aplicación de las normas procesales del Código Procesales Civil por su mayor capacidad de normar las situaciones procesales, lo que conlleva un mejoramiento de la seguridad jurídica dentro del proceso judicial laboral.

En el Código Procesal Civil Ley 9342[312], la improponibilidad de la demanda la encontramos regulada en el artículo 35.5 donde se cuenta con nueve situaciones fácticas objetivas que podrían dar como resultado que la Autoridad Judicial dicte la improponibilidad de la demanda. Por lo anterior, conviene conocer la redacción del ordinal de cita:

> **35.5 Demanda improponible.** Será rechazada, de oficio o a solicitud de parte, mediante sentencia anticipada dictada al inicio o en cualquier estado del proceso, la demanda manifiestamente improponible.
> Será improponible la demanda cuando:
> 1.El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés.[313]
> 2. Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso.[314]
> 3.Exista caducidad.[315]
> 4. La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.[316]
> 5. Quien la propone carece de forma evidente de legitimación.[317]

---

[312] En adelante CPC.

[313] Para la aplicación de esta causal es estrictamente necesario que los litigantes conozcan el derecho de fondo de lo que se discute en el proceso para poder captar con certeza razonable la existencia o no de la causal del 35.5.1 del CPC.

[314] Esta situación fáctica debe necesariamente relacionarse con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 427 del Código de Trabajo. Ahora bien, tanto para complemento como para aquellos procesos de corte estrictamente civil, debe remitirse el operador del derecho a los ordinales 2.3, 4.2, 6, 41.5 en su párrafo final, todos del Código Procesal Civil. Así como, a los artículos 20 a 22 del Código Civil.

Para un mayor abundamiento sobre el tema, se recomienda la lectura de la obra "La Sanción al Abuso Procesal" escrita por el Dr. Carlos Adolfo Picado Vargas.

[315] Sobre el particular, señala el Dr. Jorge Alberto López González "que esa caducidad tiene que ser manifiesta, es decir, que haya claridad en cuando a su existencia. La caducidad a la que se refiere esa norma, por tratarse de una excepción procesal, es a la caducidad del derecho de accionar" (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2017, p.223).

[316] La cosa juzgada es "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla" (COUTURE, 2010, p.326).

Referencia de votos relacionados con el tema de la cosa juzgada: Resolución No. 2017-000619 de las 10:05 horas del 05 de mayo del 2017, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2018-000911 de las 10:10 horas del 05 de junio del 2018, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. En ambos casos la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia consideró que había cosa juzgada material dándole plena validez al acuerdo conciliatorio sostenido entre las partes.

[317] Este es un tema básico de teoría general del proceso, por lo que únicamente me limitaré a proponer un ejemplo desde el ámbito laboral. Un trabajador sabe que únicamente ha trabajado para la empresa X, pero decide demandar a la empresa "X" y al mismo tiempo demanda a la empresa "Z", sin que tan siquiera haya un grupo de interés económico. Así las cosas, el

> 6.En proceso anterior fue renunciado el derecho.[318]
> 7. El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad.[319]
> 8. El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron.[320]
> 9. Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión.[321]
> Previo a la declaratoria de improponibilidad se concederá audiencia hasta por un plazo de tres días.

Como cierre de este acápite y que me parece importante no dejar de lado, es que el artículo 35.5 del CPC cierra la lista indicando que previo a la declaratoria de improponibilidad se le debe dar audiencia a la parte por el plazo de tres días. Este no es un tema que pueda ser tomado a la ligera, pues está inmerso el derecho al debido proceso, el principio de tutela judicial efectiva junto con el principio procesal de igualdad procesal del ordinal 2.3 del CPC. Sobre este punto en particular resulta de interés mencionar que el Tribunal Segundo de Apelación Civil, Sección Segunda de San José, mediante el voto 493 de las ocho horas cuarenta y cuatro minutos del veintinueve de agosto de dos mil diecinueve en redacción del Juez José Rodolfo León Díaz indicó:

> "…III. Dada la naturaleza de los agravios planteados, ha de analizarse en primer lugar el vicio procesal invocado, el cual, de ser procedente, conllevaría la nulidad de lo resuelto. Efectivamente, antes del dictado de la resolución apelada no se le confirió a la parte actora el plazo de tres días previsto por el artículo 35.5, párrafo final, del Código Procesal Civil, para que se refiriera a la posible

representante de la empresa "Z" podría interponer la improponibilidad de la demanda debido a la falta de legitimación del actor.

Para el jurista nacional Dr. Jorge A. López González, es ordinal (35.5.5) hace referencia únicamente a la falta de legitimación del actor. Mientras que la falta de legitimación pasiva está encasillada en el numeral 35.5.9 del mismo CPC.

[318] Jamás se debe confundir la renuncia del derecho con una desestimación de una demanda, pues son figuras totalmente diferentes. De hecho, la renuncia del derecho está regulada en el artículo 53 del CPC, mientras que el desistimiento encuentra su regulación en el ordinal 56 del CPC, teniendo efectos completamente distintos.

[319] Considero que esta redacción es mejor que la contenida en el inciso 2) del artículo 508 del Código de Trabajo, pues al menos la redacción civil si contempla la conciliación como forma de resolución alterna de conflicto diferente a la transacción.

[320] Sobre el particular, en estricta referencia al proceso laboral es necesario remitirse al artículo 475 del Código de Trabajo.

[321] Este constituye uno de los presupuestos más delicados dentro de la lista taxativa que brinda el Código Procesal Civil, pues se corre el riesgo que una inadecuada valoración de los elementos materiales de la pretensión se decrete una incorrecta improponibilidad de la demanda que implique como consecuencia natural una denegatoria al acceso a la justicia.

improponibilidad de la demanda. Si bien ha existido en doctrina una tesis según la cual ello no sería necesario cuando la declaratoria se hace de oficio, tal posición no es compartida por este juzgador. No solo se requiere dicha audiencia previa porque el párrafo indicado no hace distinción alguna si la declaratoria se hace de oficio o a solicitud de parte, lo cual estaría acorde con una interpretación literal de norma, sino también porque dicha audiencia encuentra asidero en la tutela del debido proceso, ínsita en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 41 de la Constitución Política. En efecto, una garantía judicial fundamental para las partes, es su derecho a ser oída antes del dictado de una sentencia, aunque sea anticipada, para que pueda alegar lo que estima jurídicamente relevante en defensa de sus derechos. Basta con indicar a la parte que se manifieste, según estime necesario, con respecto a la posibilidad de que su demanda sea improponible, en virtud de alguna de las causales previstas por el citado artículo 35.5 del CPC. Ante la prevención, la parte podría verter sus criterios para considerar que no se estaría ante una demanda manifiestamente improponible o bien, si está aún en tiempo, para modificar o ampliar su demanda en los términos del numeral 36.6, y efectuar la (Sic) modificaciones que estime procedentes para evitar tal declaratoria. Si en el plazo de tres días efectúa las alegaciones que estime necesarias, éstas deberán ser tomadas en cuenta para resolver lo que corresponda. En tal tesitura, sin con los argumentos esgrimidos el tribunal estima que no se está ante una demanda manifiestamente improponible y que los aspectos debatidos deben ser dilucidados en la sentencia definitiva -una vez completado el íter procesal correspondiente-, deberá dictar un auto ordenando la continuación del proceso, reservando los aspectos de fondo respectivos para ser resueltos en la sentencia definitiva. Si se hacen modificaciones a la demanda conforme al 35.6, deberá decidir si con ellos se evita el aspecto sustantivo que podría haber dado lugar a la declaratoria de improponibilidad. Por el contrario, si las alegaciones efectuadas, en criterio del tribunal, no son idóneas para evitar la improponibilidad, se podrá dictar la sentencia anticipada declarándola, analizando los argumentos esgrimidos por la parte y fundamentando el motivo por el cual de todas maneras sí se presenta el motivo previsto por el citado artículo 35.5 por el que se le había dado audiencia a la accionante. Conforme a lo indicado, sí estamos ante una violación del debido proceso que causa indefensión, lo cual conlleva a la nulidad de lo decidido, a tenor de lo dispuesto por el numeral 32.1 del Código citado. IV. Por

> economía procesal, al haber expresado la ejecutante sus argumentos contra la declaratoria de improponibilidad al apelar, no es necesario conferirle un nuevo plazo de 3 días para que se refiera a la posible causal contemplada por el Juzgado; ello es innecesario porque ya se han plasmado dichos motivos, los cuales deberán ser analizados por el juzgado, ya sea para dictar la sentencia anticipada de demanda improponible, en caso de que estime que pese a esos argumentos estamos ante el supuesto del artículo 35.5, inciso 4, del CPC; o bien para emitir un auto donde considere que no estamos frente a una pretensión manifiestamente improponible, reservándose para el dictado de la sentencia de fondo el análisis de los puntos que habían sido objeto de la audiencia conferida, luego de finalizadas todas las etapas procesales. Por ende, debe el juzgado pronunciarse, según corresponda, sobre la improponibilidad de la demanda. En todo caso, se le indica al Juzgado que de estimar improponible la demanda, lo que procede es el dictado de una sentencia, en la cual se deben cumplir todos los requisitos del artículo 61.2 del CPC."

Como corolario de este acápite quinto, se puede afirmar que la regulación de la improponibilidad de la demanda está regulada de una mejor forma en el Código Procesal Civil que en el Código de Trabajo. Siendo posible remitirse a las situaciones fácticas del proceso civil en la forma que lo permite el ordinal 428 del Código de Trabajo. Aunado a lo anterior, debe hacer marcado énfasis en que es requisito necesario para el dictado de la improponibilidad de la demanda, que se configure el motivo de manera objetiva y que esté debidamente fijado tal motivo en la norma.

6. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON LA IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA EN MATERIA LABORAL.

Quisiera utilizar algunas líneas para rescatar algunos aspectos prácticos en relación con la improponibilidad de la demanda en materia laboral. Aclaro que no pretendo abordar toda la gama de situaciones que podrían darse, pues solamente pretendo destacar unos cuantos aspectos.

¿Cómo planteo la figura de la improponibilidad de la demanda? ¿Se debe hacer como excepción o como alegato?

Debe recordarse que el Código de Trabajo no es amplio en regular la improponibilidad. Además, el Código Procesal Civil no me indica la forma en que se debe invocar o interponer la improponibilidad. Así las cosas, siendo que conforme al párrafo primero del ordinal 35.5 del CPC la improponibilidad se podrá alegar en cualquier etapa del proceso, entonces la forma dependerá de la etapa en que me encuentre.

Dicho de otro modo, si estoy en la fase de contestación de la demanda, la improponibilidad se deberá invocar como defensa o excepción. Lo mismo

ocurrirá si estoy contestando la reconvención o contrademanda.[322] Ahora bien, si me encuentro en otra fase del proceso lo deberé interponer como un alegato de improponibilidad de demanda.[323]

¿Se debe interponer la improponibilidad por escrito o de manera oral?

De nuevo dependerá de la fase procesal donde nos encontremos, pues si estamos en la fase de contestación de la demanda o en la contestación de la contrademanda, será necesario hacerlo por escrito.[324]

Ahora bien, si nos encontramos en la audiencia preliminar puede plantearse la improponibilidad de manera oral.[325]

¿Cómo puedo hacer para invocar normas del Código Procesal Civil en material laboral?

Cuando estemos desarrollando un alegato en material laboral y necesitemos hacer referencia a la normativa procesal contenida en el Código

---

[322] Debe recordarse que conforme al párrafo segundo del artículo 497 del Código de Trabajo, la contrademanda solo es posible proponerla en el procedimiento ordinario. Misma tesitura contiene el ordinal 38.1 del CPC que en su parte final señala que "Salvo disposición legal en contrario, la reconvención solo será admisible en procesos ordinarios".

[323] Valga indicar acá, que, siendo que el Código de Trabajo y el Código Procesal Civil no definen una fórmula específica para interponer la improponibilidad de la demanda, todo parece indicar que el litigante deberá remitirse a la aplicación del 113.1 del CPC, es decir, utilizar la herramienta del proceso incidental, pues el mismo ordinal citado señala que es "admisible el proceso incidental cuando sea necesario resolver cuestiones que tengan relación inmediata con el proceso principal y no exista otro procedimiento establecido".

[324] En este punto considero necesario señalar que en materia laboral rige el principio de informalismo contenido en el artículo 421 del Código de Trabajo, principio que comparto parcialmente, pues en algunas ocasiones se utiliza para dar paso o carta abierta a la "mediocridad procesal" o "insuficiencia procesal" de algunos litigantes. Ahora bien, un reflejo del numeral 421 citado, es que en materia laboral "las partes no tienen obligación de indicar los fundamentos jurídicos de las proposiciones, pero deben plantearlas con claridad y precisión e indicar las razones que a su juicio las amparan, tesitura del 502 del Código de Trabajo.

De nuevo, el suscrito no comparte esta postura, y ello se debe a que -en teoría- las partes en un proceso en la jurisdicción laboral gozan de representación letrada, sea mediante asesoría privada o bien mediante la asistencia de la Unidad Laboral de la Defensa Pública. Esto implica que hay un órgano asesor técnico que representa los intereses de las partes, por lo que al ser un órgano técnico debería conocer la norma sustantiva y de rito aplicable al proceso en que está "asesorando".

Coherentes con lo anterior, el suscrito gusta más de la línea que impone el artículo 37.2 del CPC, donde se dispone que las excepciones deben estar debidamente razonadas, lo que -a mi criterio- implica conocer y exponer los fundamentos jurídicos de las proposiciones.

Por último, mi recomendación respetuosa sería que el litigante se preparé adecuadamente para interponer la improponibilidad de la demanda de manera razonada, exponiendo con claridad sus fundamentos jurídicos y ofreciendo la prueba que sustente su improponibilidad, demostrando que efectivamente se desempeña como un órgano técnico para la parte que representa en el proceso.

[325] Ver sobre el particular los ordinales 2.6 y 114.1 del CPC.

Procesal Civil, se recomienda invocar la aplicación del artículo 428 del Código de Trabajo, que es el numeral que precisamente remite a las normas del Código Procesal Civil.

¿Qué puedo hacer si la persona juzgadora me pone requisitos no existentes o exige formalidades no contempladas en la norma para resolver la interposición de improponibilidad de la demanda?

En ese supuesto se recomienda hacer uso de los artículos 421 y 426 del Código de Trabajo. El primero corresponde a los principios procesales en materia laboral, que incluye el principio de sencillez e informalismo. Mientras que el segundo artículo, el 426, corresponde a la prohibición que tiene la persona juzgadora de establecer formalidades exageradas, innecesarias y abusivas.

¿Qué pasa si me aplican la improponibilidad de la demanda?

Conforme al artículo 583 del Código de Trabajo, al tratarse de una sentencia anticipada tiene recurso de apelación. Y dependiendo la cuantía del asunto tendrá recurso de casación conforme al ordinal 586 del Código de Trabajo.[326]

Como cierre de este acápite debo indicar que algunos despachos judiciales de primera instancia en materia laboral de manera acertada y en resguardo de una tutela judicial efectiva han dictado la improponibilidad de la demanda, pero para ello se requiere que la parte argumente adecuadamente tal improponibilidad. A modo de ejemplo, deseo citar la resolución del Juzgado de Trabajo del III Circuito Judicial de San José, en la Sentencia No. 2019000210 de las 14:35 horas del 03 de mayo del 2019, donde resolvió:

> "…La parte demandada contestó según consta en las imágenes 32 y siguientes de la vista general del expediente electrónico. Opuso la defensa de falta de competencia en razón del territorio, resuelta de forma interlocutoria. También alegó la improponibilidad de la demanda (…) Establece el numeral 508 del Código de Trabajo que podrá dictarse sentencia anticipada, declarando la improponibilidad de la demanda y su correspondiente archivo

[326] Debe recordarse que mediante la Circular No. 184-2020 de la Secretaría General se comunica el acuerdo IX de la Sesión No. 46-2020 del 24 de agosto del 2020 donde la Corte Plena acordó aumentar la cuantía para el conocimiento de los procesos que deban tramitarse como de menor cuantía en los juzgados de trabajo a ¢15.000.000,00 (quince millones de colones exactos). Estableciendo como de mayor cuantía los procesos cuyas pretensiones superen ese monto. Asimismo, se aumentó la cuantía para la interposición del recurso de casación en materia laboral, para los procesos en que se formulen pretensiones superiores a ¢15.000.000,00 (quince millones de colones exactos).

Tomando en consideración lo dicho en relación con el monto de la cuantía, debe indicarse que la sentencia anticipada si puede ser objeto de casación, tal como se estableció en la resolución número 2018-001853 de las once horas quince minutos del catorce de noviembre de dos mil dieciocho de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

> cuando la pretensión ya fue objeto de pronunciamiento anterior con autoridad de cosa juzgada (…) Así las cosas, al haberse suscrito entre las partes, ahora en conflicto, un acuerdo válido de mediación, se cumple con el presupuesto previsto en el artículo 508 del Código de Trabajo, por lo que la presente demanda resulta improponible, por cuanto las pretensiones, sea el pago de horas extras, vacaciones y aguinaldo, ya fueron objeto de acuerdo, el que reúne la condición de cosa juzgada, lo que impide que la suscrita juzgadora emita resolución al respecto…".[327]

7. CONCEPTUALIZANDO LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA.

En este punto de la consideración, se tiene claro el concepto de improponibilidad de la demanda, la normativa que le regula en el ámbito laboral y la legislación procesal civil. De igual forma, el lector ha podido conocer algunas cuestiones básicas de tipo práctico que rodea a la improponibilidad de la demanda en materia laboral. Sin embargo, nos falta por conocer la figura de la inadmisibilidad de la demanda para comprender cómo se diferencia de la improponibilidad y cómo jamás se deberían confundir ambas.

Es menester indicar que el Código de Trabajo ni el Código Procesal Civil aportan una definición precisa de lo que debe entenderse por inadmisibilidad de la demanda. De ahí que resulte útil remitir al lector a Diccionario

[327] Véase como apoyo coherente a esta resolución de primera instancia, lo dicho por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la resolución 2019-001919 de las once horas treinta y cinco minutos del diez de octubre de dos mil diecinueve, donde en lo que es objeto concreto de interés la Sala Segunda señaló: "…Las pretensiones del asunto que nos ocupa, así como las dilucidadas en el otro expediente, son las mismas. Por eso, al existir identidad de partes, objeto y causa, de conformidad con el ordinal 64 del Código Procesal Civil (aplicable al caso por haberse presentado la demanda simultáneamente con la entrada en vigencia de la Reforma), se declara con lugar la defensa de cosa juzgada material. En ambos procesos, la accionante alegó un trato discriminatorio y requirió que se le otorgue un trato igualitario con respecto a los demás profesionales en Nutrición, suprimiéndole a ella los roles rotativos, o bien, asignándoselos a todos. Lo indicado ya fue discutido y resuelto en el proceso anterior. RECURSO POR LA FORMA. SENTENCIA ANTICIPADA. NO SE VULNERÓ EL DEBIDO PROCESO NI EL DERECHO DE DEFENSA. La parte demandada presentó la excepción de improponibilidad de la demanda en virtud de que el objeto de esta litis ya fue resuelto mediante sentencia firme, así como la defensa de cosa juzgada. La Reforma Procesal Laboral contempla la posibilidad de dictar una sentencia anticipada (artículo 506 del Código de Trabajo). Se posibilita la terminación del proceso sin el agotamiento y sustanciación de todas sus etapas, incluso la práctica de prueba, esto por razones de economía procesal, de manera que una vez presentada la demanda, emplazado al demandado y al reconvenido, cuando se susciten las causas que se establecen como requerimiento para su procedencia, el juez podrá dictar la sentencia. En el caso concreto, se dio audiencia oral y pública así como escrita, a la accionante, la cual expuso sus alegatos. Se realizó el correspondiente análisis fáctico y jurídico, fundamentando la sentencia como corresponde, refiriéndose a los elementos probatorios en los que basó su decisión…".

Panhispánico de Español Jurídico que es una obra realizada por la Real Academia Española. Específicamente en el volumen II de la obra citada, se propone como definición de inadmisión lo siguiente: "*Proc*. Rechazo de un recurso, pretensión o documento que no reúne los requisitos mínimos para ser tomado en consideración por el juez o tribunal" (Real Academia Española, 2017, p. 1126).

Esta pequeña pero valiosa definición nos remite a un punto medular, esto es, el rechazo como sanción procesal ante el incumplimiento de requisitos. Ahora bien, ¿cuáles requisitos? Para ello será necesario verificar que establece la normativa al respecto.

Ahora bien, con mucho agrado debo mencionar que en la comunidad jurídica nacional contamos con una obra en la que se define doctrinariamente la inadmisibilidad de la demanda.[328] Precisamente, en este 2020 los experimentados litigantes Rafael A. Rodríguez Salazar y Kendal D. Ruíz Jiménez en su obra Aspectos Prácticos de la Demanda Laboral y su Contestación, plasmaron la siguiente definición: "Podríamos entonces decir en palabras sencillas, que la demanda es inadmisible, cuando existiendo una formalidad prevista en la ley, estas no se cumplen. Y como efecto de su incumplimiento, se niega el dar continuidad al proceso" (Rodríguez y Ruíz, 2020, p. 62).

8. MARCO LEGAL DE LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA.

8.1. Regulación en el Código de Trabajo.

En el Código de Trabajo la inadmisibilidad de la demanda la encontramos en el ordinal 496, el cual dispone que:

> **Artículo 496.** Cuando la demanda no cumpla los requisitos antes señalados, excepción hecha del que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, el juzgado ordenará su subsanación dentro del plazo de cinco días; para ello, deberá indicar los requisitos omitidos o incompletos, bajo pena de ordenar la inadmisibilidad y el archivo del expediente. El archivo provocará el fenecimiento del asunto desde el punto de vista procesal y solo podrá readmitirse para su trámite subsanándose las omisiones o los defectos prevenidos, teniéndose la demanda como no puesta para todo efecto.
>
> También, ordenará a la parte integrar debidamente la litis, cuando esta se encuentre incompleta o incorrectamente planteada e indicará las omisiones en que hubiera incurrido sobre extremos irrenunciables, para que, si a bien lo tiene, los incorpore como parte de la demanda o contrademanda, hasta la fase preliminar de la audiencia. Sin embargo, cuando el defecto en la integración se origine en un litis consorcio pasivo necesario, la integración podrá ordenarse de oficio.

[328] Se recomienda respetuosamente al lector remitirse a la obra Aspectos Prácticos de la Demanda Laboral y su Contestación en las páginas 62 a 69 para profundizar sobre la inadmisibilidad.

Como se indica claramente en el ordinal transcrito, la inadmisibilidad se produce ante la falta de cumplimiento de los requisitos por la parte demandante. Entendiéndose que esto se refiere a los requisitos establecidos para la demanda laboral, siendo esta inadmisibilidad aplicable a la contrademanda, es decir, cabe perfectamente la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de la reconvención por incumplimiento de requisitos.

Ahora bien, ese incumplimiento de requisitos que señala la parte inicial del artículo 496 del Código de Trabajo, corresponde a los requisitos contenidos en el artículo 495 del Código de Trabajo.[329]

[329] **Artículo 495.** Se sustanciará en el procedimiento ordinario toda pretensión para la cual no exista un trámite especialmente señalado.
La demanda deberá ser presentada, por escrito o en formato electrónico, en los despachos en los cuales se tramiten los procesos en forma virtual. Obligatoriamente contendrá:
1) El nombre del actor, sus calidades, el número del documento de su identificación, y su domicilio y dirección exactos, si los tuviera.
2) El nombre del demandado, sus calidades, el domicilio y la dirección exactos. Si se tratara de una persona jurídica o de una organización empresarial, se deberá hacer referencia al nombre o la razón social del centro de trabajo y, de ser posible, al nombre de la persona o las personas bajo cuya dirección se ha laborado.
3) La indicación del lugar donde se han prestado los servicios.
4) Los hechos y los antecedentes del caso, relacionados con el objeto del proceso, expuestos uno por uno, numerados y especificados.
5) Las pretensiones que se formulen, las que deben exponerse de forma clara y separada unas de otras, debiendo indicarse cuáles son principales y cuáles subsidiarias, en el supuesto de que la modalidad de la pretensión incluya a estas últimas. Cuando se reclamen daños y perjuicios deberá concretarse el motivo que los origina, en qué consisten y su estimación, la cual podrá hacerse de forma prudencial.
6) El ofrecimiento detallado de todos los medios de prueba. La documental debe presentarse en ese acto. Podrá solicitarse en la demanda orden del tribunal, que este no negará a menos que lo pedido sea ilegal, para obtener de registros o archivos, particulares o privados, informes documentados, constancias o certificaciones que sean de interés para el proceso. Es obligación de la parte diligenciar directamente la obtención de esas pruebas. Deberá advertirse a los destinatarios que deben cumplir lo ordenado en un plazo máximo de cinco días, bajo pena de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad. El tribunal dispondrá, en cada caso, si la prueba debe ser entregada a la parte o remitida por el destinatario de la orden directamente al tribunal. La prueba podrá ser evacuada por medios electrónicos, directamente por el órgano.
La parte puede proponer prueba pericial a su costa, aun en los casos en que, de acuerdo con la ley, deba nombrarse un perito del Organismo de Investigación Judicial (OIJ). Si el ofrecimiento fuera hecho por ambas partes, el nombramiento recaerá en una misma persona y se hará de acuerdo con las disposiciones de la legislación procesal civil o mediante terna que se pedirá por cualquier medio de comunicación, incluido el electrónico, al respectivo colegio profesional. El ofrecimiento de prueba pericial por las partes no excluye la designación de peritos oficiales, cuando así esté dispuesto o permitido por las leyes.
7) La dirección para notificar a la parte demandada. Si para ese efecto fuera necesario comisionar a otra autoridad, la parte actora podrá hacer llegar la comisión a la respectiva autoridad y

8.2. Regulación en el Código Procesal Civil.

En el Código Procesal Civil la inadmisibilidad de la demanda la encontramos en el ordinal 35.4, el cual señala que:

> **35.4 Demanda defectuosa.** Si la demanda no cumple los requisitos legales, el tribunal los puntualizará todos de una vez y ordenará su corrección en el plazo de cinco días. Si la prevención no se cumple, se declarará la inadmisibilidad de la demanda y se ordenará su archivo. No obstante, por única vez, se podrá hacer una segunda prevención en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de subsanar los defectos señalados.
>
> El demandado, dentro del emplazamiento, podrá pedir que se corrijan los defectos de la demanda o se subsane cualquier vicio de capacidad o representación de la parte actora. La petición deberá ser resuelta de inmediato. Si la corrección implica cambios sustanciales en la demanda se conferirá un nuevo emplazamiento, el cual se notificará donde la parte haya señalado.

En forma de cierre de este octavo acápite, se comprende que la inadmisibilidad es una especie de sanción procesal que se produce cuando la parte demandante incumple los requisitos para la interposición de la demanda laboral, o bien, de la contrademanda; siendo tales requisitos los que se establecen en el artículo 495 del Código de Trabajo.

9. EFECTOS DE LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA EN MATERIA LABORAL.

El efecto principal de la inadmisibilidad de la demanda laboral es el archivo del proceso. Este archivo "provocará el fenecimiento del asunto desde el punto de vista procesal y solo podrá readmitirse para su trámite subsanándose las omisiones o los defectos prevenidos, teniéndose la demanda como no puesta para todo efecto", tesitura del artículo 496 del Código de Trabajo.

"Así, a pesar de que la persona no satisfizo las prevenciones hechas por el Juzgado en el plazo otorgado, puede presentar nuevamente su reclamo, pero sin que la demanda presentada anteriormente haya interrumpido la

---

suministrarle la información que se requiera para realizar el acto; de lo contrario, el despacho hará el envío por correo certificado o comunicación electrónica.

8) Cuando así se requiera, la prueba de la cual se deduzca que la vía administrativa está agotada.

9) El lugar, la forma o el medio electrónico para atender la notificación de las resoluciones escritas.

10) La parte actora podrá estimar su demanda como una de menor cuantía, en cuyo caso el proceso seguirá el procedimiento especial regulado en el artículo 539 de este Código.

prescripción, o como dice la norma, "teniéndose la demanda como no puesta para todo efecto" (Fallas, 2019, p. 57).[330]

10. REFLEXIONES FINALES.

Siendo que estamos en las últimas líneas del tema propuesto, quisiera plantear algunas reflexiones o conclusiones puntuales a modo de resumen:

1. La improponibilidad de la demanda es completamente distinta a la figura de la inadmisibilidad de la demanda.
2. La improponibilidad de la demanda requiere de un motivo objetivo y debidamente contenido en una norma, no puede ser cualquier motivo, debe haber certeza de su taxatividad.
3. La improponibilidad de la demanda puede darse de oficio, pero es necesario que se brinde audiencia a las partes, esto en respeto al derecho al debido proceso, al principio de tutela judicial efectiva, así como al principio de igualdad procesal.
4. La improponibilidad de la demanda puede darse al inicio o en cualquier estado del proceso.
5. La declaratoria de la improponibilidad de la demanda conlleva el dictado de una sentencia anticipada.
6. La inadmisibilidad de la demanda -en el ámbito laboral costarricense- es una especie de sanción procesal que conlleva el rechazo de la demanda cuando la parte (sea en la demanda o en la contrademanda) ha incumplido con los requisitos establecidos en el artículo 495 del Código de Trabajo para su formulación.
7. El principal efecto de la inadmisibilidad es el archivo del expediente, teniéndose la demanda como no puesta, por lo que no se interrumpe la prescripción, tesitura del ordinal 496 del Código de Trabajo en relación con los artículos 413 y 417 del mismo Código.
8. Esta última reflexión es del profesor Villalobos Soto, quien en una de sus obras señaló de forma acertada: "el mejor desarrollo de la parte fundamental del proceso se puede producir solo si el mismo tiene un comienzo adecuado y bien estructurado, no se puede pretender ganar una demanda en la audiencia oral, sea preliminar o de juicio, si no se ha preparado bien la demanda" (Villalobos, 2012, p. 29).[331]

[330] Este importante aspecto que menciona el Juez. Fallas Villaplana es de suma importancia, pues el efecto de la inadmisibilidad en cuanto a la no interrupción de la prescripción debe revisarse especialmente con los artículos 413 y 417 del Código de Trabajo.

[331] Sobre como desarrollar una demanda laboral y su contestación de manera efectiva se recomienda la lectura de la obra Aspectos Prácticos de la Demanda Laboral y su Contestación de los autores Rafael Ángel Rodríguez Salazar y Kendall David Ruíz Jiménez, obra que fue publicada por Editorial Jurídica FARO en este año 2020.

11. Bibliografía.

Artavia Barrantes, S. (2018). *Breves Explicaciones al Código Procesal Civil*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

Artavia Barrantes, S. (2019). *Las Audiencias Orales en el Proceso Civil*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

Artavia Barrantes, S., & Picado Vargas, C.A. (2018). *Curso del Proceso Civil. Tomo I*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

Artavia Barrantes, S., & Picado Vargas, C.A. (2017). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Civil. Tomo I*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley 9342, Código Procesal Civil.* San José, Costa Rica. 03 de febrero del 2016.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley 9343, Reforma Procesal Laboral.* San José, Costa Rica. 25 de enero del 2016.

Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires, Argentina. Editorial BdeF.

De la Oliva Santos, A. (2017). *Sistema de Tutela Judicial Efectiva*. España. Ediciones CEF.

Fallas Villaplana, J. (2019). *La nueva legislación laboral costarricense*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

López González, J.A. (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense, Tomo I*. San José, Costa Rica. EdiNEXO.

Picado Vargas, C. A., & Calderón Sumarriva, Ana. (2015). *Técnica & Estrategia Procesal -Cómo Litigar-*. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, S.A.

Picado Vargas, C. A. (2018). *Reforma Procesal Civil Práctica*. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, S.A.

Real Academia Española. (2017). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Madrid, España. Editorial Santillana Educación, S.L.

Rodríguez Salazar, R.A., y Ruíz Jiménez, K.D. (2020). *Aspectos Prácticos de la Demanda Laboral y su Contestación*. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica FARO.

Taruffo, M. (2011). *La Motivación de la Sentencia Civil*. Madrid, España. Editorial Trotta.

Villalobos Soto, J.J. (2012). *Manual de Técnicas de Oralidad en el Juicio Contencioso Administrativo*. San José, Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, S.A.

¿EXISTE EN COSTA RICA UN CAMBIO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL CAMPO DE LOS RIESGOS DE TRABAJO? UNA HIPÓTESIS AL AMPARO DE LA MODIFICACIÓN A LOS NUMERALES 303 Y 538 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

Jorge Olaso Álvarez

I.- ANTECEDENTES PREVIOS DEL TEMA.

El tema de la posibilidad de resarcir daños y perjuicios de diversa naturaleza en el campo de los riesgos de trabajo, ha tenido distintas posiciones a nivel jurisprudencial y doctrinario. Específicamente, nuestra legislación nacional -antes de la reforma introducida por la ley número 9343, vigente desde el 25 de julio de 2017-, establecía en el numeral 303 que, en el campo de los riesgos de trabajo, la competencia jurisdiccional exclusiva corresponde a los órganos de la materia laboral del lugar en el que ha ocurrido el riesgo[332].

En este contexto, la disposición en cuestión señalaba que dicha competencia exclusiva correspondía a la persona juzgadora en materia laboral, sin establecer de forma clara qué tipos de daños derivados de esos riesgos podían ser cobrados a través de este mecanismo procesal. El tema de la vía procesal del reclamo es un tema importante para entender cuál ha sido la interpretación jurisprudencial que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido a través de muchos años.

II.- LA VÍA PROCESAL SUMARIA PARA EL TRÁMITE DE LAS PRETENSIONES EN MATERIA DE RIESGOS Y SUS EFECTOS PROCESALES.

El numeral 545 -siempre antes de la reforma procesal introducida por la Ley número 9343-, era la norma de la cual se interpretaba que la vía para el cobro de las pretensiones derivadas de un riesgo de trabajo era de naturaleza sumaria.

De esta disposición se infiere que en ésta no se establece que el proceso de riesgos deba de tramitarse en la vía sumaria, si no que, por el contrario, es la autoridad policial o de trabajo que recibe la denuncia inicialmente la que debe dar trámite sumario a la investigación de los hechos, si es que no ha recibido antes ningún tipo de solicitud por parte de la autoridad jurisdiccional a la que puso en conocimiento de los hechos. En otras palabras, de tal disposición no se extrae que el procedimiento en materia de riesgos laborales ha de ser sumario, no obstante, se ha interpretado de otra forma por parte de

---

[332] Dicha norma había sido modificada ya con anterioridad por el artículo 1° de la "Ley sobre Riesgos de Trabajo", número 6727, del 9 de marzo de 1982, y así reformado así tácitamente por la "Ley número 7360 del 4 de noviembre de 1993", que modificó la numeración del antiguo 454.

los diversos órganos jurisdiccionales en esta materia. Reitero, esta interpretación va a ser trascendental para los efectos de análisis en este trabajo.

Ya en cuanto al conocimiento de las pretensiones propias de este proceso, el numeral 305 -no modificado por la reforma laboral 9343-, indica que si el riesgo laboral fuera generado por dolo, negligencia o imprudencia (visión clásica de la responsabilidad civil subjetiva, conforme al numeral 1045 del Código Civil costarricense), por "delito" atribuible a la parte patronal o "falta" inexcusable del mismo, la parte trabajadora o sus causahabientes podrán **RECURRIR EN FORMA SIMULTÁNEA A DOS INSTANCIAS:**

a) Los tribunales comunes (civil, penal, contencioso administrativo, etcétera) y
b) Los Tribunales laborales.

Esta posibilidad, de acudir a ambas vías en forma simultánea, no implica la posibilidad de un doble cobro de prestaciones económicas en una doble vía, ya que la misma norma prevé que, en el caso de que en el proceso laboral se logre la satisfacción de algunas de esas prestaciones, los tribunales comunes citados le rebajarán el monto de esas prestaciones en la hipótesis de que en esos procesos se dicte sentencia contra el patrono.

Más adelante, el citado numeral 305 ibídem, establece que, en caso de que la parte trabajadora decida acudir únicamente a la jurisdicción laboral, el órgano de esta materia deberá poner de oficio esto en conocimiento de los tribunales comunes. En mi criterio, lo que dicha norma establece es una posibilidad procesal de parte de quien plantea la demanda que debe ser interpretada en aras del principio de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política).

Ahora bien, en torno a la posibilidad de reclamar a terceras personas por causas derivadas de un riesgo de trabajo, el numeral 306 del Código de Trabajo establece la posibilidad de reclamar ante los "tribunales comunes", sin menoscabo de los reclamos que se pueden hacer en materia laboral. Ejemplo de esta normativa sucede en muchos casos en los que la parte trabajadora sufre un accidente de trabajo, pero el mismo deriva de una tercera persona ajena a la relación laboral, en supuestos de accidentes de tránsito en los que es factible plantear reclamos a esa tercera persona -en tribunales comunes-, pero también al empleador por las situaciones derivadas de la naturaleza del percance (riesgo "in itinere) -en tribunales laborales- (Ver entre otros Voto número 111, de las nueve horas treinta minutos del treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, de la Sala Segunda).

III.- LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA (ANTES DE LA REFORMA LABORAL DE LA LEY 9343) EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE UN RIESGO LABORAL.

Hago la aclaración de que la totalidad de esos pronunciamientos fueron dictados antes de la entrada en vigencia de la ley 9343.

Dentro del marco de análisis de los votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, el primero al que voy a hacer referencia es el número 93-2013, de las nueve horas cuarenta minutos del treinta de enero de dos mil trece. En ese proceso se planteó una demanda dirigida contra el Instituto Nacional de Seguros -al cual identificaré desde este momento con las siglas INS-, el Estado y una universidad estatal. La parte accionante pretendía, además de las peticiones a las que hacen referencia las normas que cité anteriormente, los daños y perjuicios, los cuales le fueron denegados en primera y segunda instancia. La actora recurre el aspecto del daño moral, sin embargo, solo aduce que los tribunales laborales son competentes para conceder ese rubro. La Sala analiza que no existe un verdadero agravio jurídico de parte de la recurrente que de pie para analizar la procedencia del daño moral. A pesar de esto, la Sala deja ver que la denegatoria de esa pretensión la efectuaron las personas juzgadoras **no basados en un aspecto de falta de competencia de los órganos jurisdiccionales laborales para conocer ese rubro** (supuesto que no es analizado por la Sala debido a esto), sino que los juzgadores de instancia denegaron el daño moral en un aspecto muy concreto, como lo es que ese daño no fue demostrado por la accionante. A pesar de esto, y quizás es lo trascendental de este voto, la Sala indica que el daño moral no es procedente en procesos de riesgos de trabajo, ya que según dicho órgano jurisdiccional las pretensiones que pueden ser concedidos en dichos procesos **son únicamente los previstos en el artículo 218 del Código de Trabajo, por lo que la inexistencia de norma que permita el reconocimiento del daño moral en este tipo de procesos es la razón para denegarlo.** En síntesis, la Sala Segunda recurre al argumento de que las pretensiones en materia de riesgos están "tasadas" y que no pueden ser concedidas más allá de las indicadas por el artículo 218 ibídem.

En el Voto número 554 de las diez horas treinta minutos del veinticuatro de mayo del año dos mil, la Sala Segunda se vuelve a plantear la posibilidad de pretender el cobro del daño moral, en un proceso sumario de riesgos de trabajo, a la entidad aseguradora y a la parte patronal. Concretamente, se pretende un resarcimiento al daño moral a cargo del INS. Esa resolución se basa en un antecedente previo de la Sala -el Voto número 226, de las 10:20 horas del 18 de febrero del año 2000-, en el que se establece nuevamente el criterio del sistema "tarifado" y con criterios objetivos que cubre al derecho laboral. Se recurre a este razonamiento para esbozar la tesis que las personas víctimas no pueden pretender mayores indemnizaciones que las establecidas previamente por el ordenamiento (lo que constituye, en mi criterio, una violación al derecho fundamental del resarcimiento previsto por el artículo 41 de la Constitución Política). A pesar de esta restricción esencial al derecho fundamental al resarcimiento, la Sala establece que la idea de un "sistema tarifado y objetivo" es beneficioso para las personas víctimas, dado que esa naturaleza objetiva le da la ventaja a éstas de tener que acreditar el daño (por su difícil

cuantificación). Más adelante, la misma Sala reconoce que ese sistema "tarifado" puede tener "deficiencias" cuando se pretenden indemnizaciones mayores a las tasadas, pero esas "deficiencias" – de alguna forma que no explica el pronunciamiento-, son suplidas al establecer parámetros objetivos de resarcimiento. De seguido, el voto cita textualmente lo indicado por los artículos 223 y 224 ibídem -a los que ya hice referencia líneas atrás-, y se dice que, a diferencia de la materia civil, se busca la "seguridad jurídica" en detrimento de una "justicia individualista" basado en una "filosofía social" que pretende un "resarcimiento genérico" para cada una de las pretensiones derivadas de un riesgo laboral (excluyendo el daño moral que la accionante pretendía cobrar al INS).

En mi criterio, el fundamento de la Sala carece de un asidero técnico, pues acude a conceptos jurídicos indeterminados como la "seguridad jurídica", la "justicia individualista" y el "resarcimiento genérico" para denegar la posibilidad de un reclamo a un daño moral a la entidad aseguradora. En otras palabras, son otros argumentos para llegar a la misma solución de que el sistema tarifado en el campo de riesgos de trabajo, a criterio de la Sala, constituye un obstáculo para denegar una tutela judicial efectiva al resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política). Vale destacar que en el Voto se incorpora un voto salvado del Magistrado Bernardo van der Laat Echeverría (q.d.D.g.) en donde el eminente laboralista nacional introduce su idea de que el daño moral es resarcible en materia de riesgos laboral, con base en el Voto dictado por este magistrado número 117, de las once horas del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Otro ejemplo que nos muestra esta línea jurisprudencial, es el Voto número 1379, de las diez horas diez minutos del dieciocho de diciembre de dos mil quince. En ese asunto, también en un supuesto de riesgo de trabajo, la parte actora pretende el pago de una suma a cargo de la entidad aseguradora, por lo que se denomina una deficiente atención médico-hospitalaria de esa entidad. En segunda instancia, el Tribunal Colegiado le había brindado la suma de tres millones de colones a la parte actora por ese rubro. A través del Voto citado, la Sala deniega revoca esa condena, debido a los siguientes argumentos: a) un sistema tarifado propio de los procesos de riesgo (fundado en el artículo 224 del Código de Trabajo); b) que dicho sistema se puede calificar como de "baremos" que genera indemnizaciones fijas, en el plano del daño en sus dos dimensiones (material y moral). Al respecto, este argumento es totalmente falaz, dado que de ninguno de los lineamientos del numeral 224 se puede inferir la posibilidad de resarcimiento de un daño moral, por lo que el razonamiento de que el daño moral obtiene tutela a través de los lineamientos de esa norma es una tesis que carece de todo asidero. Y aún así la Sala la utiliza como un cimento para denegar la posibilidad de reclamarle un daño moral ante la actuación generadora de daños que pudo haber desplegado la entidad aseguradora. Se cita como fundamento del Voto, otra sentencia de la Sala (la

número 226-00), pero quizás lo más grave es que se razone que los extremos de incapacidad permanente y temporal vienen a cubrir la eventualidad de un daño moral provocado por la supuesta deficiente actuación de la entidad aseguradora.

Así las cosas, si pretendiera sintetizar cuál ha sido el lineamiento jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en materias de riesgos o accidentes de trabajo, y los límites a la reparación que ha seguido la línea jurisprudencial de esa Sala se centra en los numerales 218, 223 y 224 del Código de Trabajo.

Dicha línea jurisprudencial tuvo casos de excepción, fundados no en el criterio sustantivo de la Sala, sino más en casos muy concretos en donde existe normativa especial que brindaba posibilidades de resarcimiento más allá de los sugeridos por esas tres disposiciones. Me refiero a los casos en los que la Ley 8130, denominada "Determinación de Beneficios económicos para la población afectada por DBCP", brindaba la posibilidad de indemnizar a las personas afectadas en los riesgos de trabajo como producto del NEMAGON. En estos supuestos los pronunciamientos de la Sala Segunda permitían -de acuerdo al criterio de los señores Magistrados y de las señoras Magistradas-, el brindar una reparación por el daño moral generado a las personas víctimas. Al respecto, se pueden citar varios pronunciamientos, entre ellos los números 766-11, 1131-12, 355-14, 524-14, 721-14 y 318-15.

IV.- LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA REFORMA PROCESAL LABORAL NÚMERO 9343 EN MATERIA DE RIESGOS DE TRABAJO.

Tal y como analicé líneas atrás, los pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en materia de indemnizaciones propias de los riesgos o accidentes de trabajo, se decantaron por denegar las indemnizaciones que no estuvieran taxativamente previstas en los numerales 218, 223 y 224 del Código de Trabajo. Esto porque los y las integrantes de esta Cámara consideraban que no era factible el brindar otro tipo de resarcimiento, como eventualmente lo podría ser un daño moral generado por el actuar de la parte empleadora al no contar con una póliza de riesgos de trabajo para la persona trabajadora, o bien también cuando se pretendiera un daño de esa naturaleza derivado del actuar negligente de parte de algún funcionario público o alguna funcionaria pública de la entidad aseguradora que hubiera acrecentado las dolencias de la persona que sufrió el riesgo o accidente laboral (artículos 190 y 199 de la Ley General de la Administración Pública). Tales supuestos no era factible concederlos de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, a no ser por los votos salvados y las notas consignadas en no pocos pronunciamientos de la Sala, por parte del Magistrado Bernardo van der Laat Echeverría (q.d.D.g.).

Sin embargo, la reforma procesal laboral parece abrir dos caminos por los que esa línea jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia podría ser eventualmente modificada.

El primero de estos senderos lo marca el numeral 586 del Código de Trabajo que, expresamente, le quita competencia funcional al órgano de casación para conocer los recursos formulados contra las decisiones dictadas por los juzgadores de trabajo y las juzgadoras de trabajo en procesos de riesgos de trabajo, siendo que la competencia funcional de conocer estos recursos es a través de la apelación ante los Tribunales colegiados de segunda instancia en materia laboral.

En este sentido, el numeral citado expresamente dispone "***…En los demás casos, así como en los procesos por riesgos de trabajo, cualquiera que sea su cuantía, la sentencia admite únicamente el recurso de apelación para ante el tribunal de apelaciones competente…***"(Lo destacado es mío).

Ello implica que a raíz de esto serán los tribunales colegiados de segunda instancia y no la Sala de Casación los que establezcan la futura línea jurisprudencial en la materia de resarcimiento en los procesos de riesgos de trabajo.

El segundo de estos caminos que abre la reforma procesal deriva de la situación que ahora plantea el artículo 303 de la reforma laboral. Expliquemos el por qué.

A diferencia de lo dispuesto anteriormente por el artículo 303 -anterior a la reforma laboral-, que establecía que los reclamos por riesgos de trabajo se tramitaban de acuerdo al procedimiento establecido por los numerales 543 a 545 del mismo código, o sea a través de un procedimiento sumario (artículo 545), el actual 303 establece otra vía procesal para tramitar este tipo de pretensiones. Concretamente el numeral 303 reformado dispone:

"...Los reclamos por riesgos de trabajo se tramitarán ante el juzgado competente y según el procedimiento indicado en el Título décimo de este Código…"

Importante indicar que, el actual Titulo 10° del Código de Trabajo, es el regula la jurisdicción especial de trabajo en la actualidad, estableciendo como procedimiento concreto el procedimiento ordinario (Capítulo VI) y como únicos procedimientos especiales (Capítulo VII) (los procesos de menor cuantía (Sección I), los procesos de protección en fueros especiales y de tutela del debido proceso (Sección II), la distribución de prestaciones de personas trabajadoras fallecidas (Sección III), las autorizaciones (Sección IV) y el procedimiento para la restitución de trabajadores que sufrieron riesgos de trabajo y reinstalación de origen legal (Sección V).

Por ende, de esta nueva estructura de los procesos en la jurisdicción laboral se infiere que será en el proceso ordinario en el que se deben tramitar las pretensiones ante riesgos o accidentes de trabajo, ya que el resto de los

procesos especiales indicados tienen una naturaleza totalmente distinta a la materia que nos ocupa.

Por si quedara alguna duda en tormo a la naturaleza del procedimiento ordinario para el conocimiento de las pretensiones derivadas de un riesgo de trabajo. El artículo 538 ibídem viene a fortalecer esta idea. Al disponer:

"ARTICULO 538. Las pretensiones correspondientes a la SEGURIDAD SOCIAL se sustanciarán por el PROCESO ORDINARIO, con las siguientes modificaciones…". (Lo destacado no es parte del original)

Dicha nueva estructura, en mi criterio, lleva a replantearse uno de los argumentos más fuertes que había utilizado la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia para denegar el cobro de pretensiones fuera de las previstas por los artículos 218, 233 y 234 del Código de Trabajo, como lo era la naturaleza sumaria del proceso de riesgos de trabajo, lo cual, según la Sala hacía imposible -en virtud de esa sumariedad-, la sola posibilidad de plantear resarcimientos de otra naturaleza, como por ejemplo, el daño moral. Ahora que el ordenamiento procesal laboral establece que es la vía ordinaria en la que se deben tramitar los reclamos generados por un riesgo de trabajo, sería perfectamente factible pensar en resarcimientos no solo tasados, sino más bien en otros que permitan una tutela judicial efectiva del derecho de la víctima de un accidente laboral a ser resarcida.

IV.- ANTECEDENTES DEL VOTO NÚMERO 10910-17 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

Unido a los cambios estructurales del proceso en cuanto al trámite de los accidentes de trabajo, el citado voto de la Sala Constitucional de nuestro país, vino a aclarar en cierta medida la temática que nos ocupa. Pero advierto que este voto requiere una interpretación concreta en torno a esta materia.

Dicho voto fue dictado con ocasión de una consulta judicial de constitucionalidad formulada por el M. Sc. Yury López Casal, quien para ese momento se desempeñaba como Juez de Trabajo de Heredia. La consulta fue promovida por resolución de las ocho horas diez minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, dictada dentro de un proceso de riesgo de trabajo que se tramitaba en ese juzgado. En dicho proceso de riesgos, el accionante pretendía el pago de un resarcimiento por el sufrimiento generado por la entidad aseguradora, al negarle la atención por considerar que su caso no podía ser considerado un riesgo de trabajo. Debido a esa negativa, aducía el demandante, que no se le efectúo una operación de rodilla al momento del percance, lo que le provocó terribles dolores y limitaciones, a pesar de que su empleador contaba con la póliza al día debidamente cancelada y fue reportado como accidente de trabajo ante el INS. Es por esto que pretendía un resarcimiento por daño moral.

En la consulta judicial de constitucionalidad, el jugador cuestionaba los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Segunda de la Corte Suprema de

Justicia, los cuales (como ya analicé líneas atrás), establecen que no es jurídicamente procedente pretender en un proceso de riesgos de trabajo el eventual pago del daño moral derivado del accidente o riesgo de trabajo, porque a criterio de esa Sala existe un sistema tarifado o tasado de indemnizaciones previamente reguladas en el Código de Trabajo, dentro del cual el "legislador infraconstitucional" no previó la posibilidad del daño moral. Como fundamento de la consulta se citaron varias sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (892-2015; 615-2004; 554-2000 y 1111-2015). El consultante argumentó que la jurisprudencia de la Sala Segunda violentaba el derecho constitucional a un resarcimiento eventual del daño (artículo 41 de la Carta Magna), ya que impedía la posibilidad de solicitar una reparación del daño. Aducía el gestionante que ese derecho fundamental al resarcimiento ya había sido reconocido, recientemente, por el Voto número 51 de las quince horas diez minutos del treinta de enero de dos mil nueve, dictado por la Sección Primera, del Tribunal Segundo Civil de San José (nomenclatura con la cual se designaba a dicho Tribunal en ese momento). Incluso se citan los fundamentos de esa sentencia (cuya redacción correspondió al suscrito), en el que se hace referencia expresa al Voto de la Sala Constitucional número 1562-93, que establece la necesaria existencia de normas sustantivas que garanticen el derecho al resarcimiento.

El actor del proceso de riesgos avaló la consulta efectuada por el juez. Recalcó que en el proceso iniciado en sede administrativa ante el INS se le denegó su reclamo como un riesgo de trabajo. Posteriormente, fue aceptada su gestión, pero nunca se le otorgó la incapacidad permanente ni temporal que le correspondía. Sufrió un daño en su rodilla, y se muestra disconforme con los montos brindados por el INS. Con respecto al daño moral considera que tiene derecho, ya que esa entidad se negó a atenderlo, por lo ese extremo puede ser fijado pericialmente.

La Procuraduría General de la República indicó que, si bien las particularidades del ordenamiento costarricense, específicamente el derecho laboral en materia de riesgos de trabajo deriva de una visión intervencionista legislativa ante la cuestión social y de una forma de proteger esas contingencias. Por ello, a pesar de que el resarcimiento de los accidentes de trabajo es producto de una perspectiva de la responsabilidad civil o aquiliana, ella fue reelaborada con una visión social con adaptaciones y limitaciones, estableciendo supuestos de responsabilidad objetiva ante el acaecimiento de accidentes de trabajo que provoquen una lesión corporal y disponiendo que el aseguramiento de esa responsabilidad es obligatoria y universal y aunque refuerza y mejora el sistema de reparación con garantías de carácter público -aunque el empleador haya cumplido sus obligaciones (artículos 193 y 201 del Código de Trabajo-. Lo cierto, según la Procuraduría, es que esas prestaciones "tasadas" en que se fundamente aquel régimen de responsabilidad objetiva, solo cubren una parte de las indemnizaciones de los daños materiales o

patrimoniales, dado que existen daños extra patrimoniales o no corporales (como el moral) que si bien no son objeto de reparación por las prestaciones derivadas del régimen tasado de la seguridad social, si pueden surgir de la responsabilidad e la parte empleadora. Esto es calificado por la Procuraduría como un sistema complejo o mixto de reparación por los daños derivados de un accidente de trabajo, en el que la Seguridad Social, solo cubre parte de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo (prestaciones asistenciales médico sanitarias, quirúrgicas, hospitalarias, farmacéuticas, de rehabilitación y prótesis, así como dinero en diversas modalidades: subsidios, gastos de traslado, de entierro e indemnizaciones por pérdida de capacidad general (artículos 206, 218, 219 del Código de Trabajo). El resto de las acciones tendientes a la reparación integral del daño, según la Procuraduría, SOLO SE PUEDEN EJERCER, contra el empresario o una tercera persona cuando éstos hayan incurrido en culpa o negligencia (artículos 305 y 306, ibídem), en donde se aplican los principios de reparación íntegra, prueba del daño y discrecionalidad judicial en la apreciación de los daños no materiales. Por ende, se argumenta que las prestaciones tasadas o tarifadas no agotan la indemnización en caso de culpa o negligencia de la parte empleadora o de un tercero, por lo que es factible dirigirse contra éstos para cubrir el daño moral no resarcido en razón de la naturaleza tasada de las prestaciones citadas. El daño moral, bajo la perspectiva de la Procuraduría, es interpretado como un tipo de indemnización complementaria de las prestaciones que brinda la Seguridad Social y, también surge como una posibilidad de cobrar el "resto" del daño patrimonial que corresponda, sin que por ello se derive en un enriquecimiento sin causa generado por el percance.

La Procuraduría interpreta que, el Código de Trabajo, establece un sistema "mixto" de indemnización en el que lo público y lo privado se combinan, de la siguiente forma: existe una responsabilidad "empresarial civil o laboral" por accidentes de trabajo, la cual no se "socializa" (en el argumento no se explica qué es lo que se entiende por este término) y hay "aseguramiento" de esta responsabilidad en el marco de la Seguridad Social, a través de prestaciones legalmente preestablecidas y razonablemente limitadas. Según dicho órgano, este sistema mixto fue una opción elegida por el Poder Legislativo para obtener una indemnización plena de los daños generados por una contingencia laboral, para así cumplir con lo establecido por el artículo 41 de la Constitución Política. Es por esto que la Procuraduría aduce que el planteamiento jurisprudencial de la Sala Segunda no resulta contrario al ordenamiento constitucional, siempre y cuando esa improcedencia se fundamenta en el régimen de responsabilidad objetiva instrumentalizado a través del contrato de seguro de riesgos de trabajo por el que el INS se subroga y limita la responsabilidad objetiva del empleador, sin excluir su responsabilidad civil o laboral ante las prestaciones no cubiertas por la seguridad social.

Especiales comentarios ameritan los planteamientos de la Procuraduría General de la República al referirse a la consulta judicial formulada. Los argumentos esbozados no son acordes a la consulta planteada. Nótese que la Procuraduría hace toda una argumentación basada en una casuística distinta al proceso laboral en el que el juzgador formula su consulta judicial. Tal y como lo reseñé al comentar los antecedentes del caso, la parte actora, no plantea un reclamo por un resarcimiento al daño moral dirigido contra su empleador o contra una eventual tercera persona, por los que los supuestos previstos en los numerales 305 y 306 del Código de Trabajo no se ajustan al proceso formulado. Lo que el actor pretende es un resarcimiento del daño moral por no haber recibido la atención en el momento debido por parte de la entidad aseguradora, la cual, en principio, no consideró que el percance pudiera calificarse como un accidente laboral. Esta situación es por la cual el accionante plantea el reclamo al daño moral de parte del INS.

En consecuencia, pareciera que la Procuraduría nunca entendió cual era el fundamento fáctico de la consulta, dado que carece de interés la existencia de un sistema tarificado o no o mixto -tal y como se le denomina-, puesto que el reclamo del resarcimiento era contra un actuar ilegítimo del INS al negarse la atención al trabajador por no considerar su accidente como un riesgo laboral.

La Sala Constitucional también solicitó un informe al Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Para él, no es correcta la consulta interpuesta, dado que los lineamientos jurisprudenciales de la Sala no infringen el numeral 41 de la Constitución Política ni el principio de reparación integral del daño. Para fundamentar esa apreciación se efectúa una cita textual de los votos 226-00, de las diez horas veinte minutos del dieciocho de febrero, 554 de las diez horas treinta minutos del veinticuatro de mayo y 615-04, de las nueve horas veinte minutos del treinta de julio de dos mil cuatro. Asimismo, él indicó que ese criterio se había reiterado en otros votos. Las citas textuales hacían mención al sistema tarifado legal y a los criterios objetivos, que según la Sala es lo único que puede brindarse en riesgos de trabajo, dado que lo único que permite brindar ese proceso es una indemnización fija, por lo que no es factible conceder indemnizaciones fuera de éstas, tales como el daño moral. Luego se resalta las "bondades" de este sistema tarifado para la cuantificación del daño, pero que escapa a indemnizaciones mayores. Dicha desventaja, según esa línea jurisprudencial se ve compensada con la organización de sistemas indemnizatorios en un régimen universal de seguridad social, que permite a la parte empleadora tomar las previsiones que correspondan. Para la parte trabajadora, según el informe de la Sala, se califica como una ventaja porque tiene certeza del valor de las indemnizaciones que se le pueden brindar (artículos 223 y 224 del Código de Trabajo). Dichas normas, según la Sala, están fundadas en una presunción que no admite prueba en contrario, respecto a la extensión del daño o del perjuicio. Es por esto que la responsabilidad del INS

está limitada, de forma tal que no se pueden pretender indemnizaciones fuera del sistema tarifado.

Para el informe de la Sala Segunda, el proceso de riesgos de trabajo, fundado en sistema tarifado de indemnización, otorga un mecanismo para garantizar la tutela efectiva del daño (artículo 41 de la Constitución Política), ya que la parte trabajadora puede ser indemnizado tanto en una dimensión moral como material.

De este planteamiento, es de donde surge mi principal cuestionamiento a la jurisprudencia de la Sala, dado que no es posible encontrar ninguna norma expresa dentro del sistema tarifado que brinde la posibilidad de reclamar un daño moral al INS como el que pretendía el actor en el proceso que da pauta para la consulta judicial. Nótese que el actor solicitaba una condena de un daño moral hacia el INS por la negativa inicial de no considerar su accidente como un riesgo de trabajo, entonces ¿en dónde encontrar en el sistema tarifado una respuesta a esa pretensión? La respuesta es muy clara. No hay respuesta en tal sistema a esa pretensión, por lo que no es correcta la afirmación de que el sistema tarifado es una respuesta al derecho fundamental al resarcimiento.

V.- EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

ACLARACIÓN PREVIA Y NECESARIA DEL VOTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

Para que la persona lectora de este artículo entienda el contexto del voto número 10910-17, de la Sala Constitucional, dentro del marco de la reforma procesal laboral, se debe tomar en cuenta un aspecto esencial. El voto fue dictado A LAS ONCE HORAS CINCUENTA MINUTOS DEL DOCE DE JULIO DE DOS MIL DIECISIETE, O SEA 13 DÍAS ANTES DE QUE ENTRARA EN VIGENCIA LA REFORMA PROCESAL LABORAL (Ley número 9343). Esta situación conlleva que mucho de los argumentos -sobre todo procesales-, que utiliza la Sala Constitucional difieren del actual procedimiento de riesgos de trabajo, que como ya vimos fue modificado de su estructura sumaria a una estructura ordinaria (artículos 303 y 538 de la reforma laboral).

Una vez indicado esto, procederé a desglosar los argumentos de la Sala Constitucional, pero teniendo lo que acabo de explicar.

PREMISA DE LA SUMARIEDAD DEL PROCESO.

En el considerando III del Voto, la Sala efectúa un resumen del planteamiento de la consulta judicial de parte del Juez de Trabajo de Heredia, citando incluso literalmente extractos de las sentencias de la Sala Segunda.

Después de esto, la Sala Constitucional interpreta que el artículo 74, párrafo 4°, de la Constitución Política establece que los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Para la Sala, entre esas disposiciones especiales, se promulgó la "Ley sobre Riesgos del Trabajo" #6727 del 9 de marzo de 1982, que modificó el Título IV del Código de Trabajo, para denominarlo "De la protección de los

trabajadores durante el ejercicio del trabajo". Se resalta que esa ley creó un ***proceso de naturaleza sumaria que tenía fijado sus alcances y objeto.***

Para los Magistrados de la Sala Constitucional esa ***naturaleza sumaria*** conlleva que en ésta vía procesal solo se puede conocer y resolver sobre las prestaciones sanitarias a que alude la ley citada, enumeradas por los artículos 218 y 223 del Código de Trabajo. Y esa **"*sumariedad*" vinculada con la "celeridad" es la razón por la que no es posible discutir y decidir sobre otros extremos como el relativo al daño moral. En virtud de esto, de acuerdo a la Sala Constitucional, independientemente de la decisión del proceso "sumario" no impide que la parte trabajadora acuda AL PROCESO ORDINARIO O PLENARIO correspondiente (laboral, contencioso administrativo, etcétera) a demandar a cualquier responsable la reparación de un eventual daño moral. En el que, según se indica se en el pronunciamiento, se tiene una vía procesal más amplia para ofrecer y producir prueba y ejercer el derecho de defensa, así como para determinar si se cumple o no con el nexo de causalidad y su atribución para satisfacer pretensiones como el daño moral.**

En otras palabras, el criterio de la Sala Constitucional para avalar los pronunciamientos de la Sala Segunda, con respecto a la denegatoria del daño moral en procesos de riesgos de trabajo se fundamenta en la naturaleza sumaria que deriva de la ley que modificó el procedimiento de protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo. Esa argumentación merece todo un comentario al respecto.

Nótese que bajo ese razonamiento priva lo procesal en detrimento del derecho fundamental a un resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política), dado que partiendo de esa premisa, la naturaleza sumaria lejos de proteger a la persona trabajadora lo coloca en un estado de desventaja, ante la eventualidad de formular dos procesos para discutir un tema accesorio de toda pretensión generadora de daños. O sea, pareciera que se argumenta que el derecho procesal está por encima de un derecho tutelado constitucionalmente, en total detrimento a la tutela judicial efectiva. Y es que jamás puede ser garantía a este tipo de tutela el tener que formular dos procesos (uno sumario y uno ordinario) para entrar la procedencia o no de un derecho que es accesorio al riesgo de trabajo, como lo es el daño moral que en este caso concreto pretendía la parte actora.

También se debe resaltar que el derecho laboral, tanto en su manifestación como procesal, tiene una raíz eminentemente social en el que priva la informalidad por sobre la rigidez que impera en el derecho adjetivo y que, incluso faculta a los órganos jurisdiccionales de la materia a diseñar procedimientos tendientes a la mayor conveniencia de la parte trabajadora (artículos 452 antes de la reforma y actual 428).

Este argumento de la naturaleza sumaria que emplea la Sala Constitucional cae por su propio peso en la actualidad, dado que como he

venido explicando el proceso de riesgos de trabajo pasó de ser un proceso sumario a ser un proceso ordinario, tal y como lo establecen los artículos 303 y 538 del actual Código de Trabajo.

En síntesis, de acuerdo a estas normas, la persona juzgadora en materia laboral, tendría necesariamente que resolver en un proceso de riesgos de trabajo en torno al tema del daño moral -y cualquier otro daño residual-, que desee plantear la parte actora en estos procesos. Situación que conllevará toda una línea jurisprudencial distinta a la de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, puesto que como expliqué antes lo resuelto en las sentencias de los procesos ordinarios de riesgo de trabajo solo goza de recurso de apelación ante los Tribunales Colegiados y no de casación ante la Sala Segunda (artículo 586 del Código de Trabajo).

LA PRELIMINAR CONTENCIOSA: ASPECTOS PRÁCTICOS

Luis A. Ortiz Zamora[333]

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ORALIDAD COMO ELEMENTO CENTRAL DEL PROCESO POR AUDIENCIAS. III. LA AUDIENCIA PRELIMINAR CONTENCIOSA. A. ORIGEN. B. NATURALEZA Y OBJETO. C. TEMPORALIDAD. D. FUNCIONES. E. PROCEDIMIENTO. IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La reconocida duración anormal de los procesos judiciales, que comporta una evidente denegación de justicia (artículo 41 de la Constitución Política), hizo que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se decantara por implantar un proceso por audiencias – y por tanto oral - como la solución más eficaz contra su excesiva duración. De esta forma, el núcleo del proceso se desarrolla a través de las audiencias: una preliminar y otra complementaria, ambas de forma oral. Nos ocuparemos, pues, en lo que sigue, de la preliminar contenciosa, no sin antes glosar algunos conceptos esenciales que le dan fundamento.

II. LA ORALIDAD COMO ELEMENTO CENTRAL DEL PROCESO POR AUDIENCIAS

Se dice que la oralidad tiene su origen en la antigua Grecia. En efecto, en la *Heliaia* o Tribunal de los Heliastas (Tribunal Supremo de la Antigua Atenas), se conocía de los asuntos criminales no reservados al Areópago o al Tribunal de los Esphetas. Como explica Platón en su Apología de Sócrates[334], el

---

[333] Ponencia al X Congreso Internacional de Derecho Procesal "AUDIENCIAS VIRTUALES Y TEMAS CONEXOS". El autor es especialista en Derecho Público, Regulación Económica y Contratación Administrativa. Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid (España) y de los Cursos de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Reconocido por el Directorio Legal Who´s Who Legal como uno de los cuatro expertos más reconocidos en Derecho Administrativo de América Central y por el Directorio Chambers and Partners como abogado recomendado en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones e Infraestructura. Experto en Derecho Público y Regulación Económica de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIEE). Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR). Autor de más de 10 libros en temas de su especialidad, entre los que resaltan: Manual de Derecho Administrativo y Derecho Público Económico. Socio de BLP en la oficina de San José y dirige las prácticas de Derecho Público, Contratación Administrativa & Regulación Económica a nivel regional.

[334] de Azcárate, P. (1871). Platón, Obras Completas. Madrid: Medina y Navarro Editores.

encausado comparecía ante el Tribunal y de viva voz debía exponer su caso y apenas terminada la exposición, se votaba.[335]

Empero, la oralidad también tiene raíces en la República Romana. Durante la época del Imperio, se mantuvo la forma oral de la *questio* o *accusatio* consistente en el ejercicio de la acción ante el magistrado, quien tenía el deber de recibirla e instaurar el *iudicium publicum*. Una vez que el actor hacía la denuncia y escribía el nombre del demandado en el protocolo judicial, se iniciaba el proceso. El procedimiento probatorio era oral y comenzaba con una breve exposición de los cargos por parte del actor. Asimismo, si examinamos los principales procedimientos civiles romanos, es posible comprobar que la forma oral era esencial en ellos. Así, por ejemplo, tanto el procedimiento de acciones de ley como el sistema extraordinario estaban basado en los principios de la oralidad.[336]

¿En qué momento fue que se perdió la tradición de la oralidad y se giró hacia la escritura? Fue en la Edad Media, gracias a un Decreto del Papa Inocencio III en el año 1216, mediante el cual se estableció que todo lo actuado ante el juez debía quedar por escrito, bajo pena de que, todo aquello que no constara en actas no tendría valor: *quod non estin actis non est in mundo*. Fue así como, tanto el interrogatorio del imputado como las pruebas ofrecidas por los testigos, se comenzaron a recoger por escrito.

El apogeo del sistema escrito o inquisitivo predominó en los tiempos más oscuros de las monarquías absolutistas de los nacientes Estados nacionales. Sin embargo, después de la Revolución Francesa, la Ilustración rescató el juicio oral e influyó para que los principios de publicidad y de inmediación quedaran consagrados en los diversos decretos que se emitieron entre los años de 1789 a 1791, los cuales estuvieron vigentes hasta la publicación del Código napoleónico de 1808, que introdujo el llamado procedimiento mixto.

Luego, Chiovenda, máximo exponente del proceso oral civil, tuvo gran influencia en la mayoría de los sistemas jurídicos latinos, pues desarrolló y defendió la oralidad como la forma funcional, practica, eficaz e inmediata de impartir justicia por los tribunales.

La cercanía de España con Francia e Italia y la extensión del Imperio Francés por la península Ibérica, influyeron en la inclusión – siquiera tímida – del juicio oral en sus procesos, en los que, si bien predominaba el sistema escrito, se dejaba a la oralidad la evacuación de las pruebas y las vistas, todo lo

[335] Pottstock, E. (1974, marzo). Estudio crítico del sistema procesal penal chileno. Revista de Derecho Procesal, 7, 33-34.

[336] Rodríguez, R. (2013, abril 30). La oralidad civil y el perfil del nuevo juez. Ex Lege, 17. 2018, febrero 6, http://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/revistas/derecho2013/numero_17/m_laoralidad.php Base de datos.

cual quedó así plasmado en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español de 1881.

Es así como, finalmente y a partir del cambio de paradigma[337] que significó el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, nos llega la oralidad al proceso contencioso administrativo mediante la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativa (CPCA) en el año 2008. De esta forma, en su capítulo V, que va de los artículos 85 a 89, establece las reglas generales que deben observarse en las audiencias orales, sea preliminar o complementaria (juicio oral).

Lo primero que nos recuerda el CPCA es que las audiencias son orales, por lo que a tales principios deben atenerse las partes y sus abogados, así como también asegurarlo los jueces. Por tanto, resulta esencial entender lo que en realidad es la oralidad, pues:

> "Cuando hablamos de oralidad no estamos diciendo simplemente las actuaciones de roles escénicos en un espacio más o menos majestuoso. De lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición (que es el modelo de las peticiones administrativas), a una administración de justicia basada en el litigio."[338]

Para tal fin, qué mejor que valernos de la magnífica explicación de VILLALOBOS SOTO en su obra Manual de Técnicas de Oralidad en el Proceso Contencioso Administrativo, quien desarrolla ocho principios cardinales de la oralidad[339]:

i. **Publicidad:** Es el concepto democrático de que la comunidad puede llegar a ver un juicio y vigilar no solo a los jueces sino a todos los que participan en él.
ii. **Inmediación:** Se trata de una relación personal, directa y dinámica entre el juez, los abogados y las partes; ya no se trata de nombres en un documento, de situaciones humanas alegadas por escrito de manera impersonal, sino de un conocimiento directo de todos los participantes en el proceso.

[337] En su libro La estructura de las revoluciones científicas (1962), Thomas Kuhn considera un cambio de paradigma (o ciencia revolucionaria) como un cambio en los supuestos básicos o paradigmas, dentro de la teoría dominante de la ciencia y contrasta, por tanto, con su idea de ciencia normal.

[338] Citado en Picado, C. & Calderón, Ana. (2015). La oralidad como uno de los retos de las reformas procesales criminales. En Técnica & estrategia procesal - Cómo litigar - (57-76). San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 57.

[339] Consúltese también: Jinesta, E. (2009). La oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo (Costa Rica). En Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina (327-359). México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung.

iii. **Contradictoriedad:** Las cuestiones del juicio se deben discutir "en vivo y en directo". Los argumentos presentados por escrito no son los que deben fundamentar por sí solos la resolución del juez, quien está obligado a resolver de conformidad con los argumentos y las pruebas que se exponen en la audiencia. Es la posibilidad de discutir y presentar argumentos contra la posición de la parte contraria ante el juzgador, es el elemento esencial de la oralidad, convencer a quien dicta la resolución de la posición que se defiende. En este sentido, PICADO Y CALDERÓN desarrollan la lógica de la competencia, que determina un proceso dialéctico que consiste en una actuación estratégica, desconfianza de la información ingresada por el oponente, estudio de las fortalezas y debilidades y presencia de la contradictoriedad.[340]

iv. **Identidad de los jueces:** Es el juzgador que oye los alegatos de las partes y recibe la prueba el que resuelve la acción, en el acto, antes los interesados y con base en lo que escuchó y vio.

v. **Humanización:** El juez tiene la oportunidad de conocer a las partes involucradas, ver que se trata de un conflicto humano en el que se discute, no solo el patrimonio de alguna persona, sino también el esfuerzo y el producto de años de esfuerzo y de metas; también que puede considerar el respeto fundamental que el honor de cada individuo se merece, el derecho a ser considerado como un ciudadano con derechos, con dignidad, con sueños y con padecimientos si es del caso.

vi. **Concentración:** Toda la trama de alegato y corrección de errores formales, definición del objeto de la demanda, admisión de pruebas y cualquier aspecto formal se debe concentrar en una audiencia oral, en la siguiente se evacúa la prueba y se hacen las conclusiones; los recursos de revocatoria se resuelven en el acto, sólo en casos de excepción hay apelación; además, se elimina el uso y abuso del "incidente" como un proceso paralelo subsidiario. Por tanto, ya no tiene sentido ni propósito estar presentando escritos innecesarios o de manera periódica, haciendo constantes gestiones para enderezar el procedimiento, o alegatos de fondo con la intención de

[340] Ibid., pp. 69-71.

que el juez tenga que resolverlos o, en el peor de los casos, de atrasar el proceso.

vii. **Celeridad:** Exigencia de poca duración. El proceso está diseñado para que dure un año o menos para la sentencia de primera instancia, pero para que ello dé resultado, es esencial que cada una de las partes que participan sepan cuál es su cometido y lo cumplan.

viii. **Objetivo:** La finalidad de las audiencias es dar la oportunidad a las partes de ofrecer información de calidad, para que los jueces tomen una decisión. Por ende, el litigante debe tener claro que la "mera alegación" de hechos sin fundamento, o de doctrinas jurídicas, no es en sí información de calidad, como sí lo es el manejo de los hechos reales en los que se basa su posición litigiosa, el de su prueba y la ley aplicable al caso.

A partir de lo que viene señalado es claro que las audiencias se concretan por medio de la reunión de los tres sujetos esenciales del proceso (el Tribunal y las partes), es decir: *actum triarurn personae*. Es esa reunión, precisamente, lo que permite el intercambio, la ratificación y la más fácil descripción (y comprensión) del pasado, que importa y es trascendente con las narraciones, muchas veces complementarias a través de pedidos de aclaraciones, aun con las ineludibles contradicciones. Ese proceso oral es el de hablar y oír (*audire*-audiencia), que constituyen los modos naturales y concurrentes de desenvolvimiento.[341] Por tanto, oralidad y audiencia son conceptos inescindibles de la nueva filosofía iluminada por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y puesta en práctica por los últimos códigos procesales aprobados en nuestro país, llámense Código Procesal Penal, Código Procesal Contencioso Administrativo, Código Procesal Civil y Código Procesal Laboral.

III. LA AUDIENCIA PRELIMINAR CONTENCIOSA

a. Origen

El origen de la audiencia preliminar resulta difícil de precisar. Las funciones variopintas que los diversos códigos procesales iberoamericanos le asignan hacen difícil determinar, a ciencia cierta, cuál es su verdadera génesis. Así, si bien la doctrina mayoritaria señala como antecedente inmediato el del régimen austriaco de 1895 (Código Klein)[342], otros autores, con su buena cuota de razón, habida cuenta que la audiencia preliminar austriaca se realiza antes de la contestación de la demanda, precisan otras fuentes primarias.

[341] Vescovi, E. y otros (1988). El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Historia-Antecedentes-Exposición de Motivos. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

[342] Fairén Guillén, V. (1953), El juicio ordinario y los plenarios rápidos. Barcelona, p. 42.

En efecto, Couture señalaría al presentar su proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay en 1945, que la institución se origina en el régimen norteamericano del *pretrial* regulado en el artículo 84 del *Federal Rule of Civil Procedure* (Regla 16) y la Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico (artículo 37).[343]

Guasp, por su parte, proponía que el origen de esta audiencia se encuentra en la *Concordia Dubiorum* del Derecho canónico y el despacho saneador del Derecho portugués, posteriormente desarrollado por el Derecho brasileño.[344]

Morales Molina, en su lugar, afirmaría que el origen de la preliminar se encuentra en el Reglamento legislativo y giudiziario per gli affari civile expedido en 1834 por el Papa Gregorio.[345]

Con todo, a los efectos de nuestra legislación procesal, su antecedente inmediato sí está claro, pues la audiencia preliminar está prevista en los numerales 300 y 301 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, a partir del cual irradió en nosotros.

De esta forma, en nuestro país fue primero el Código Procesal Penal de 1998 el que incorporó la audiencia preliminar, seguido del Código Procesal Contencioso Administrativo, la Ley de Cobro Judicial, la Ley de Monitorio Arrendaticio, el Código Procesal Civil que derogó las dos últimas y finalmente el Código Procesal Laboral.[346]

b. Naturaleza y objeto

Se ha dicho que la audiencia preliminar marca el punto principal y constituye la innovación más representativa del nuevo régimen procesal.[347] Otros señalan que su preparación es, en buena medida, el momento de mayor esfuerzo intelectual que se pueda tener en el contencioso administrativo actual.[348]

Su gestación toma partido por el modelo concentrado de saneamiento del proceso, pues permite resolver de forma concentrada e interactiva, todos aquellos aspectos que, a pesar de no referirse al fondo del asunto, tardaban meses e incluso años en ser resueltos[349], sobre todo en el caso del modelo

[343] Montevideo, 1945.

[344] Guasp, J. (1985) La pretensión procesal. Editorial Civitas, Madrid, pp. 84 y 85.

[345] Barbosa Moreira, JC. Saneamiento del proceso y audiencia preliminar, Relatorio a las Novenas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, pps. 6-9.

[346] Vega Carvajal, Nohelia (2018) Teoría del caso y audiencia preliminar: consideraciones a la luz del NCPC, CPCA Y RPL. Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, pps. 238-239.

[347] Véscovi, op. cit., p. 34.

[348] Vincenti, I. (2018), La audiencia preliminar en el proceso contencioso administrativo y civil de hacienda. Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, p. 303.

[349] Milano, A. (2008). La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo. En El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (249-362). San José: Poder Judicial, p. 315.

contencioso administrativo anterior regido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y supletoriamente por el Código Procesal Civil, mientras iban y venían recursos e incidentes. Es así como, en el Código Procesal Contencioso Administrativo, se incluyó la audiencia preliminar, con el objeto de depurar el procedimiento y ajustar su objeto[350].

Ahora bien, el objetivo de la preliminar es que el proceso llegue al tribunal de juicio libre de cualquier vicio o defecto, con las pretensiones perfectamente delimitadas, resueltas las defensas previas, decidida la intervención de los coadyuvantes, determinados los hechos controvertidos y no controvertidos, así como definidas las pruebas; en suma: sanear o expurgar el proceso de cualquier asunto de forma que pudiera representar un obstáculo para la resolución del fondo del asunto.[351]

Con todo, existen tres excepciones a esta regla, a saber: i) trámite preferente, previsto en el numeral 60 del CPCA; ii) fallo directo, previsto en el numeral 69 del CPCA; y iii) puro derecho. En el primer supuesto, una vez contestada la demanda, el tribunal de juicio dispone celebrar una única audiencia en la que se entra a conocer y resolver sobre los extremos que corresponden a la audiencia preliminar, además de la evacuación de la prueba y las conclusiones de las partes, para pasar de inmediato a la deliberación y dictado de sentencia. En este escenario - por demás bastante excepcional – no hay preparación para llegar al juicio oral, sino que, con el fin de acelerar el proceso, se condensan en una sola audiencia, tanto los extremos de la preliminar, como de la complementaria. Por su parte, el fallo directo le permite al actor o reconventor solicitar que, una vez contestada la demanda o contrademanda y si la contraparte no se opone, se falle el proceso sin la celebración de audiencia alguna. Finalmente, en los casos de puro derecho, sea en aquellos casos que no haya prueba que evacuar, está previsto que el juez de trámite prescinda del juicio oral y confiera a las partes, al finalizar la misma audiencia preliminar, la posibilidad de formular sus conclusiones para pasar de inmediato el asunto al tribunal de juicio para que sea resuelto.

c. Temporalidad

La audiencia preliminar se celebra una vez fracasada la conciliación, o bien cuando alguna de las partes haya manifestado su negativa a conciliar o no se presenta a la audiencia respectiva (artículo 81 CPCA). Para este momento, la demanda ya tiene que haber sido presentada, así como la contestación de la demanda y, en su caso, la réplica.

d. Funciones

i. Saneadora

Esta función, al decir de Véscovi, implica la "solución de cualesquiera cuestiones susceptibles de distraer la atención de la materia referente al

[350] Milano, op. cit. p. 316.

[351] Cfr: Villalobos, J. (2012). Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

meritum causae. Esto es, a resolver cuestiones que no tengan relación con el mérito (fondo) de la causa, facilitando al Tribunal en el futuro (abreviación). Y evitando todo trámite posterior para concluir en una sentencia final que declare la nulidad del proceso o la falta de un presupuesto procesal."[352]

Por ende, es en este momento y no otro que se deben conocerse toda clase de nulidades procesales, aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, intervención de coadyuvantes, defensas previas, la posible ausencia de presupuestos procesales como la capacidad y representación, determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba y admisión de prueba (artículo 90 CPCA).

Precisamente es en virtud de esta función saneadora que no resulta aplicable el principio rogatorio, así como tampoco el de preclusión procesal, toda vez que, según lo dispone el canon 90.1 del mismo cuerpo procesal, el juez debe resolver toda clase de nulidad, alegadas o no. La razón de esto es que, si el juez no estuviera habilitado e incluso obligado, a examinar y resolver de oficio toda nulidad que aprecie durante la preliminar, ello haría que, en muchas ocasiones, llegaran a juicio procesos con patologías procesales que, entonces, habría que arreglar a derecho y consecuentemente devolver, rompiéndose así con los principios de economía procesal y celeridad, piedra angular de la reforma.

ii. Abreviadora

Esta función consiste en que debe observarse, justamente en esta fase preliminar, si existen razones que obliguen a la extinción anticipada del proceso, sea por alguna nulidad insubsanable, por la existencia de incompetencia por razón de la materia, u otro que haga imposible la prosecución del proceso hasta llegar a sentencia.

Por ello, justamente, el numeral 90.1 inciso d) del CPCA determina que es en este momento que deben conocerse y resolverse las defensas previas, en cuyo caso, podría terminarse el proceso de manera anticipada, sea porque el asunto no compete a la jurisdicción contencioso administrativa, se trata de actos no susceptibles de impugnación, exista litispendencia, se haya transado sobre el mismo objeto procesal, se verifica cosa juzgada, o bien prescripción o caducidad del derecho. Con todo, se ha convertido en práctica común diferir las defensas previas para ser resueltas, ya sea de manera escrita una vez celebrada la audiencia preliminar, en etapa de juicio oral, o bien con la sentencia final, con lo cual se desnaturaliza la preliminar.[353]

iii. Ordenadora

Si el objetivo específico de la audiencia complementaria o de juicio consiste en permitir la fundamentación de la sentencia mediante el material

[352] Véscovi, op. cit., p. 26.

[353] Vincenti, op. cit., p. 307.

probatorio que se genera oralmente a partir de la celebración del juicio[354], ello solamente es posible en el tanto la audiencia preliminar haya servido su propósito de preparar marco de referencia."[355]

Es, por tanto, en la audiencia preliminar que el juez, en ejercicio de sus amplios poderes, debe "hacer que las partes aclaren dudas con relación a los términos de lo pretendido y sus fundamentos, señalando las lagunas de sus defensas y de las pruebas ofrecidas."[356] Se trata, en esencia, de que el Juzgador no sea Juez-Dictador ni Juez-Espectador, sino un verdadero director, que asuma un rol protagónico.[357] Ejemplo claro de esa nueva dimensión del juez contencioso son los artículos 90.1.b) y 95.1del CPCA, mismos que, por su orden, le asignan la tarea, tanto a las partes como al juez, de aclarar y ajustar los extremos de la demanda, contrademanda, contestación y réplica, cuando a su criterio resulten oscuros o imprecisos, así como también de dar a los interesados la oportunidad de formular alegatos y conclusiones respecto de la ampliación, adaptación, ajuste o aclaración de las pretensiones o fundamentos alegados, en caso de estimarlo necesario.

En el CPCA, por tanto, se ha creado un régimen mixto (inquisitivo-dispositivo), que adopta una posición ecléctica con preeminencia oficiosa y/o inquisitiva del juez, la cual viene justificada en la tutela de los intereses superiores del colectivo que se dilucidan en la jurisdicción contencioso administrativa. Estas nuevas potestades oficiosas del juez vienen impuestas por ley, en la medida en que el ordenamiento jurídico califica los asuntos que conoce y resuelve como de interés u orden público, lo que obliga al juzgador a pronunciarse sobre ellos, poniéndose así en evidencia la relatividad de la pretensión y la cuasi enervación del principio de rogación.[358]

e. Procedimiento

i. Reglas Generales

Es una audiencia totalmente oral. Como bien señala VILLALOBOS SOTO, se trata, no se olvide, "de un proceso oral, no escrito, de manera que no cabe esperar que el juicio se resuelva en los documentos que vaya a leer el tribunal fuera del deba."[359]

---

[354]Sánchez, Op. cit., pp. 373-374.

[355] Villalobos, J. (2008). Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo. San José: Investigaciones Jurídica S.A., p. 134.

[356] Chiovenda, G. (1949). Ensayos de Derecho Procesal Civil, Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, p. 265.

[357] Véscovi, op. cit., p. 18.

[358] Ver por todos: JINESTA LOBO, Ernesto. La nueva justicia administrativa en Costa Rica. Revista de Administración Pública, núm. 179, Madrid, mayo-agosto 2009 y GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar Eduardo. Sentencia. En la obra colectiva: JIMÉNEZ MEZA, Manrique (et al.) El nuevo proceso contencioso administrativo. Poder Judicial, San José, 2006.

[359] VILLALOBOS SOTO, Joaquín. Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo, San José, IJSA, 2008, pp. 50-51.

La asistencia es obligatoria y la ausencia injustificada de alguno de los abogados de las partes no impedirá la celebración de esta, en cuyo caso de oficio se realizará la comunicación a la Fiscalía del Colegio de Abogados de Costa Rica para lo de su cargo de conformidad con los artículos 86, incisos 1, 2 y 3 del C.P.C.A. y 122 de su Reglamento.

En caso de llegar tarde, la audiencia será asumida en el estado en que se encuentre, sin retroacción de etapas ya precluidas

Los asuntos deben resolverse de forma inmediata pues para ello se concibió el proceso por audiencias sobre la base del principio de concentración.

Se utiliza el expediente digital. En este sentido, Vincenti ha llamado la atención sobre un aspecto de vital importancia cuando advierte que

> "no es raro que las audiencias preliminares sufran grandes atrasos por la diferencia que existe entre el manejo del expediente digital del Despacho Judicial y el acceso que tienen los litigantes. Para todos es conocido que el expediente que "ve" el Juez no es el mismo expediente que "ven" las partes, esto obliga a que la copia del expediente digital se deba recoger en el Tribunal como si se tratara de una copia física, aspecto que en realidad no representa ninguna mejora para la posición del litigante. Por otra parte, existe el riesgo de que el expediente que se ha copiado haya sido modificado por algún movimiento, por lo que no concuerdan las imágenes del expediente que tiene el Juez y las que tiene la parte."

De acuerdo con el artículo 132.3) del CPCA, contra los autos dictados en las audiencias, solo cabrá el recurso de revocatoria, el cual deberá interponerse en forma oral y motivada, en la propia audiencia, y deberá ser resuelto inmediatamente por el Tribunal. En consecuencia, en la preliminar solo cabe recurso de revocatoria, con las siguientes excepciones[360]:

- Recurso de apelación con el auto que resuelve la integración de la litis consorcio necesario incompleta (artículo 71.4)
- Recurso de apelación contra el auto que ordena la inadmisibilidad de la demanda en los supuestos del articulo 92 incisos 1) y 2) del CPCA (Tribunal de Casación Voto N° 105-A-TC-09 de las 10:00 hrs. del 4 de junio del 2009).
- Recurso de casación contra la resolución que declare con lugar las defensas previas previstas en los incisos g), h), i), j) y k) del párrafo 1 del artículo 66, del CPCA, así como toda otra que impida la prosecución del proceso.

[360] Para un análisis detallado del tema véase: ARAGÓN, Y. (2015). La garantía de la doble instancia en el proceso contencioso administrativo costarricense, Garantías Constitucionales en el Proceso, San José, Editorial Juricentro y CALVO, K. (2018). Los recursos en las audiencias orales (CPCA, RPL Y NCPC), Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, San José, Costa Rica.

ii. Etapas

Al inicio y luego de haberse presentado todas las partes, las partes pueden, si así lo desean, realizar una breve exposición introductoria que deberá rondar los cinco minutos. Posterior a ello, se sigue con las cinco etapas que prevé el artículo 90 del CPCA, a saber:

i. Saneamiento del proceso:

Se resuelve, de oficio o a gestión de parte, todo tipo de nulidades procesales y cualquier otro aspecto no atinente al mérito del asunto.

ii. Aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos:

Esta competencia del juez tramitador se ejerce de oficio o a instancia de parte y, como especifica la norma, solamente procede en los casos en que tales extremos resulten oscuros, de ahí que resulte el aspecto más álgido de todos los que deben resolverse en la preliminar, dada la discrecionalidad que tiene el juez para determinar qué es y qué no es oscuro o impreciso. Viene a bien, por tanto, referir a la sentencia N°280-F-S1-2017 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la que, sobre el particular hizo una precisión de gran calado:

> *(…) Para la aplicación de cualquiera de los supuestos consignados en este apartado, deberá respetarse siempre los principios del debido proceso, la defensa, el contradictorio y la bilateralidad de la audiencia. Como se colige de las anteriores disposiciones, el CPCA prevé expresamente la posibilidad de ajustar, no solo las pretensiones, sino también los fundamentos jurídicos incluso en la etapa de juicio, siempre y cuando se respete el debido proceso. Esto último implica, por una parte, el respeto de los límites que se derivan del principio dispositivo (de aplicación matizada en el CPCA como consecuencia de los pronunciamientos oficiosos que los juzgadores están habilitados a realizar) y de imparcialidad, cuyos postulados configuran el marco de actuación de los juzgadores y en virtud de los cuales se encuentran vedados de sustituir a cualquiera de las partes en litigio. Si bien el CPCA le otorga tanto al juez tramitador como al de juicio amplias facultades en torno a la aclaración de las pretensiones, el alcance de estas se encuentra subordinado a una función aclaratoria, y no de innovación. Por otra, supone la posibilidad de que la contraparte pueda ofrecer pruebas que tengan por objeto desacreditar las modificaciones incorporadas. En este sentido, nótese que incluso las normas citadas dan la posibilidad de suspender hasta por cinco días la audiencia. Ahora bien, en el caso concreto, ni la Jueza Tramitadora ni el Tribunal, estaban facultados para sugerir a la parte actora ampliar su petitoria con una pretensión anulatoria o de disconformidad sustancial del acto final adjudicatario cuestionado con el ordenamiento jurídico, pues eso*

comportaría una innovación y no una mera aclaración del petitum de la demanda, lo cual conlleva una infracción del principio dispositivo y del de imparcialidad.

iii. Intervención del coadyuvante:

Se debe resolver cualquier solicitud de un tercero con interés, sea directo (en cuyo caso se trataría de la participación de terceros con pretensiones propias artículo 15 inciso a) del CPCA), o indirecto (coadyuvante artículo 13).

iv. Defensas previas:

Se trata de conocer y resolver sobre cualesquiera de las defensas previas previstas en el artículo 66 del mismo CPCA, a saber:

- Incompetencia en razón de la materia;
- Impugnación de actos no susceptibles de impugnación;
- Litis pendencia;
- Transacción;
- Cosa juzgada;
- Prescripción y caducidad del derecho, cuando sean evidentes y manifiestas y no comporten, por ello, una evaluación del fondo del asunto.

v. Determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba:

Esta función, al decir de Jinesta, "es de suma importancia, por cuanto, permite definir o determinar claramente y de manera anticipada, de cara al juicio oral y público, el *thema decidendi* y el *thema probandi."*[361]

vi. OTROS ASPECTOS POR RESOLVER

La prueba es otro de los contenidos importantes de la preliminar. Así, según lo prevén los incisos 2 y 3 del artículo 90 del CPCA, la prueba ofrecida en la demanda y no aportada, debe ser traída a esta audiencia, con la respectiva copia para la contra parte (artículo 49 C.P.C.A.) y su admisibilidad se determina de conformidad con el artículo 90.3 C.P.C.A.

Asimismo, se requiere traer a la audiencia, ya debidamente estudiados, e identificados, los folios útiles del expediente judicial y del administrativo que las partes desean que se admitan como prueba, para lo cual, por costumbre judicial, se les pide a las partes traer ya elaborada y por escrito una guía que contenga detalladamente cuáles folios y de qué expediente y/o tomo corresponde.

Finalmente, se otorga a las partes la oportunidad de ofrecer otros medios de prueba
que, a juicio del juez tramitador, sean de interés para la resolución del proceso y se refieran, únicamente, a hechos nuevos o a rectificaciones realizadas en la propia audiencia.

[361] JINESTA LOBO, E. (2018) Manual Breve del Contencioso Administrativo. San José: Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, Editorial Jurídica Faro, p. 269.

vii. LEVANTAMIENTO DEL ACTA

El artículo 97.3 del CPCA determina la necesidad de levantar un acta de la audiencia en los términos a que se refiere el 102 del mismo Código. Como es lo propio de los procesos por audiencias, si bien es aplicable el principio de registración, el acta no debe corresponder a la letra de lo acontecido durante el debate, sino a un simple resumen que deberá contener:

i) el lugar y la fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones;
ii) el nombre completo de los jueces;
iii) los datos de las partes, sus abogados y representantes;
iv) un breve resumen del desarrollo de la audiencia;
v) las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes; la observancia de las formalidades esenciales;
vi) las otras menciones prescritas por ley que el Tribunal ordene hacer; las que soliciten las partes;
vii) y finalmente la firma de las partes o de sus representantes y de los integrantes del Tribunal.

En virtud de su carácter oral, la jurisprudencia ha mantenido la tesis de que un vicio en el acta no puede ocasionar nulidad alguna. En este sentido, en la Res. 07687-98 de las nueve horas del treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho la Sala Constitucional estableció:

> *La omisión de las actas del debate, al no consignarse las manifestaciones más relevantes de todas las personas que intervinieron en los juicios constituye una alegación que realmente no tiene fundamento jurídico, en tanto, uno de los principios que rigen el proceso penal es precisamente la oralidad, en virtud del cual en las actas del debate no se registra ninguna manifestación dada por las partes que intervienen en él.*

En similar sentido, huelga resaltar también lo que sobre la irrupción de las nuevas tecnologías de la información en la oralidad ha establecido la misma Sala Constitucional:

> *"IV.- (…) Cabe advertir que la oralidad en los procesos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se ve, aún más, potenciada y reforzada puesto que, basta con levantar un acta lacónica que indique, grosso modo, las vicisitudes de la audiencia, dado que, es gravada y respaldada en un DVD, del cual pueden las partes solicitar copia para ejercer el derecho de defensa. Por su parte, cualquier otra instancia que deba verificar la motivación o fundamentación de las resoluciones orales adoptadas, también puede acudir a ese medio. Estas nuevas herramientas tecnológicas le permiten al órgano jurisdiccional*

ocuparse de la audiencia y las resoluciones que dicte verbalmente, más que de su respaldo escrito.[362]

viii. LOS CAMBIOS QUE TRAJO LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Actualmente, además, es preciso tomar en cuenta que, las audiencias, en general, pueden realizarse de manera virtual-completo o plenaria, de acuerdo con Protocolo para la realización de audiencias orales en modalidad virtual total o parcial mediante la utilización de herramientas tecnológicas. Materia Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda Poder Judicial de Costa Rica, Circular 137-2020 aprobada por la Corte Plena del Poder Judicial mediante artículo V de la sesión No. 37-2020 del 29 de junio de 2020, o bien virtual-presencial o mixta, o presencial con distanciamiento social. En este sentido, el Protocolo las define de la siguiente manera:

Virtual completa o plenaria. Esta modalidad se podrá efectuar cuando la persona juzgadora ponente del expediente estime posible su realización y todas las partes estén de acuerdo en celebrar la audiencia por medio de las plataformas virtuales autorizadas por el Poder Judicial. En este caso la audiencia se desarrolla con la participación de todas las partes en modalidad virtual.

En estos casos, los declarantes deberán comparecer a la sede la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o bien a las sedes regionales del Poder Judicial, en donde rendirán declaración en los recintos dispuestos para ello y acompañados de personal técnico.

Virtual-presencial o mixta. En esta modalidad, participaran en la audiencia de forma presencial la persona juzgadora ponente, y los intervinientes que a juicio de ésta deban comparecer de forma presencial o que manifiesten su interés en participar bajo esa modalidad. Quienes deban comparecer de forma presencial, lo harán a la sede de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Los intervinientes que no comparezcan de forma presencial lo harán desde sus oficinas o del lugar donde realizan teletrabajo, e incluso, cuando ello sea posible, desde otras sedes del Poder Judicial, en los recintos dispuestos para ese fin.

Presencial con distanciamiento social. Son aquellas que por razones de seguridad o de salud, resulte necesario el distanciamiento social, pero que resulte necesario, según el criterio de la persona juzgadora ponente, llevar a cabo la audiencia de forma presencial. Para ello todas las partes deberán estar de acuerdo. La sala en la cual se lleve a cabo el acto procesal deberá cumplir con las condiciones de distanciamiento social, conforme a las directrices emanadas del Ministerio de Salud y Corte Plena.

[362] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res. No. 17955-07 de las 14:35 hrs. del 12 de diciembre de 2007.

En el caso de las audiencias que se celebren bajo la modalidad virtual-completo o plenaria, interesa destacar las responsabilidades que el mismo Protocolo antes señalado impone a los abogados, a saber:

- Participar de las audiencias virtuales a las que sean convocados, salvo en aquellos casos en los que ello no resulte posible, lo cual deberá informar oportunamente al responder la resolución en la cual fue convocado.
- En caso de que las personas que representan o sus testigos no tengan acceso a los medios tecnológicos necesarios, deberán coordinar con la persona Coordinadora Judicial, con las Administraciones Regionales y el personal a cargo del respectivo expediente, el espacio y equipo necesarios para ser facilitado a la parte y que pueda participar de la audiencia desde el recinto judicial, contencioso administrativo tomando en consideración todas las condiciones de seguridad e higiene. Para ellos se deberán utilizar los espacios existentes adecuados a la necesidad (Salas de Juicio, Salas de Testigos o Cubículos equipados con computadoras o accesos a WI-FI en las instalaciones del Poder Judicial).
- Contar con equipo y la conectividad adecuados para su participación en las audiencias virtuales.
- Vestimenta adecuada. Se recomiendan colores sólidos.
- Atender las pruebas previas de la audiencia.
- Procurar la presencia de las personas que deben comparecer como declarantes, en los recintos previamente establecidos por la persona juzgadora o por el Tribunal.
- Acreditar los problemas de conectividad, si los hubiere.
- Ajustar su conducta a los deberes que establece el artículo 4.2 del Código Procesal Civil. En caso de incumplimiento, se aplicarán las sanciones establecidas en el numeral 5.4 de dicho cuerpo normativo, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho y la Política de Privacidad.
- En caso de que el abogado o abogada indique no estar de acuerdo en la realización de la audiencia de forma virtual, deberá expresar los motivos o razones por las cuales no está de acuerdo en participar en la audiencia bajo esta modalidad y acreditarlos.

Por su parte, en caso de que la audiencia sea virtual-presencial o mixta, o bien presencial con distanciamiento social, todos los intervinientes que asistan físicamente al recinto donde se celebre deben contar con los dispositivos de protección necesarios acordes con la emergencia sanitaria que afronta el país, en el momento en que se escribe este artículo nos referimos a mascarillas. Adicionalmente, en virtud de las limitaciones de aforo a las que están constreñidos los sitios de reunión, solo se les permite ingresar a las instalaciones de los despachos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

y Civil de Hacienda, y a la Sala de Juicio, a la parte o su representante (en caso de personas jurídicas), y un abogado o abogada, sin que resulte posible el ingreso de personal asistente.

También, se pide a las partes que le comuniquen al Tribunal, con anterioridad a la realización de la audiencia, si tienen alguna condición de edad o algún padecimiento crónico que, en las condiciones de emergencia sanitaria actuales, impida la realización de la audiencia, así como también, se les solicita indicar su edad y la región del país de donde provienen.

Por lo demás, mientras se escribe este artículo, al ingresar a las instalaciones, todas las personas deben permitir que les sea tomada la temperatura y están obligadas a lavarse las manos con agua y jabón en el dispositivo de lavado de manos dispuesto para ello en la entrada del edificio. Además, en el interior de las instalaciones hay dispositivos de alcohol en gel. En las salas, por su parte, los estrados se han colocado de forma que se respete el distanciamiento físico de 1.80 metros recomendado por las autoridades de salud, por lo que el mobiliario no puede ser movido del sitio en el que éste ha sido ubicado. Todas las áreas utilizadas deben ser desinfectadas antes y después de la celebración de las audiencias.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Aragón, Y. (2015). *La garantía de la doble instancia en el proceso contencioso administrativo costarricense*, Garantías Constitucionales en el Proceso, San José, Editorial Juricentro.

Artavia, S. & Picado, C. (2016). *Nuevo Código Procesal Civil. Comentarios.* San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Barbosa Moreira, JC. *Saneamiento del proceso y audiencia preliminar,* Relatorio a las Novenas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

Calvo, K. (2018). *Los recursos en las audiencias orales (CPCA, RPL Y NCPC),* Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, San José, Costa Rica.

Chiovenda, G. (1949). *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Vol. II,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires.

de Azcárate, P. (1871). *Platón, Obras Completas*. Madrid: Medina y Navarro Editores.

Fairén Guillén, V. (1953), *El juicio ordinario y los plenarios rápidos.* Barcelona.

González, O. (2006) *Sentencia.* En la obra colectiva: JIMÉNEZ MEZA, Manrique (et al.) *El nuevo proceso contencioso administrativo.* Poder Judicial, San José.

Guasp, J. (1985) *La pretensión procesal.* Editorial Civitas, Madrid.

Jinesta, E. (2018) *Manual Breve del Contencioso Administrativo.* San José: Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico, Editorial Jurídica Faro.

Jinesta, E. (2009). *La oralidad en el nuevo proceso contencioso-administrativo (Costa Rica).* En Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina (327-359). México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung.

Jinesta, E. *La nueva justicia administrativa en Costa Rica.* Revista de Administración Pública, núm. 179, Madrid, mayo-agosto 2009.
KHUN, T. (1962), *La estructura de las revoluciones científicas*.
Milano, A. (2008). *La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo*. En El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo (249-362). San José: Poder Judicial.
Picado, C. & Calderón, Ana. (2015). La oralidad como uno de los retos de las reformas procesales criminales. En Técnica & estrategia procesal - Cómo litigar - (57-76). San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
Pottstock, E. (1974, marzo). *Estudio crítico del sistema procesal penal chileno*. Revista de Derecho Procesal, 7.
Rodríguez, R. (2013, abril 30). *La oralidad civil y el perfil del nuevo juez*. Ex Lege, 17. 2018, febrero 6, http://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/revistas/derecho2013/numero_17/m_la oralidad.php Base de datos.
Vega Carvajal, Nohelia (2018) *Teoría del caso y audiencia preliminar: consideraciones a la luz del NCPC, CPCA Y RPL.* Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal.
Vescovi, E. y otros (1988). *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Historia-Antecedentes-Exposición de Motivos*. Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
Villalobos, J. (2012). *Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
Villalobos, J. (2008). *Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo*. San José: Investigaciones Jurídica S.A.
Vincenti, I. (2018), *La audiencia preliminar en el proceso contencioso administrativo y civil de hacienda.* Memorias VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, p. 303.

LA PRUEBA DE REDES SOCIALES EN MATERIA CIVIL Y LABORAL

Kendall Ruiz Jiménez

Era un Domingo por la noche, y revisando el Instagram me encuentro el mensaje de un gran amigo y jurista costarricense Mario Naranjo, me había compartido un video el video trataba sobre la prueba electrónica, expuesto por Ana Victoria Psaropoulos Savickas desde Argentina, y en ese momento empecé a reflexionar sobre el abordaje que se ha dado a la prueba electrónica a través del tiempo y decidí hacer un pequeño análisis sobre mucha de la prueba que hoy estamos utilizando en estrados judiciales no teníamos ni la más mínima idea que le damos utilizar hace 10 años o 15 años.

Muchos de nosotros ni siquiera pensábamos viable qué un sin número de procesos tuvieran su sustento probatorio por una publicación en Facebook, Twitter, instagram, una conversación de WhatsApp, un emoji, un sticker por solo citar algunos elementos que han sido utilizados en estrados judiciales o inclusive en procesos administrativos para probar un punto, se han dado juicios con estos elementos de prueba en manos de las partes en diversas partes del mundo con resultados sumamente curiosos, que son la base de futuras resoluciones, dado que la tecnología avanza a pasos tan acelerados implicando una evolución en las pruebas que están presentes en los litigios. Primero indicar la proveniencia de la prueba, su genésis debe entenderse que la fuente de prueba es *"todo aquel elemento de la vida social que la ley reconoce como idóneo para producir prueba sobre un hecho relevante para un proceso judicial, como es el conocimiento de ese hecho de parte de una persona que no es sujeto procesal -testigo-; el conocimiento técnico de una persona cuya formación técnica o científica acerca de un hecho de esa misma naturaleza -perito-; el bien mueble o inmueble cuyo estado o condición se discute y el juez deba reconocerlo; el documento de un acto o contrato que se invoque en juicio, o el conocimiento de una parte que sea llamado por su contraparte a declarar sobre determinado hecho controvertido."* (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018)

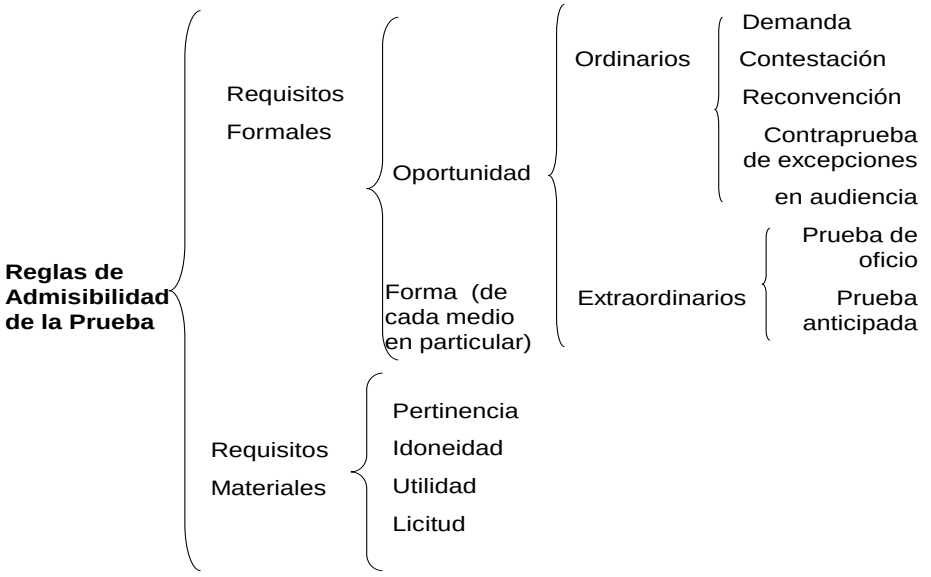
A manera general se tiene que entender que son los medios de prueba *"desde un punto de vista procesal, la prueba se aprecia desde tres aspectos: desde su manifestación formal (medios de prueba), desde su manifestación sustancial (los hechos que se prueban) y desde el punto de vista del resultado subjetivo (el convencimiento en la mente del juzgador). En cuanto a la primera manifestación los medios de prueba son los vehículos a través de los cuales probamos un hecho, objeto o circunstancia y están establecidos en la ley (testimonios, peritajes, inspecciones, etcétera), mientras que la manifestación sustancial hace referencia a los hechos que se quieren probar a través de esos medios (existencia de un contrato,*

comisión de una infracción, etcétera). (Universidad San Carlos de Guatemala, 2020), esta explicación general ayuda entender de manera general los medios de prueba y es que justo las redes sociales y nuevas tecnologías se han convertido en plataformas industriales de prueba para los tribunales de justicia a nivel mundial, cada vez los procesos requieren mayor creatividad de los abogados y un análisis más profundo de los jueces sobre la prueba, sin que se vulneren los derechos de las partes dentro del proceso.

Esta memoria lo que pretende es más allá de decirles cuál es la normativa que sustenta los medios electrónicos como medio de prueba tanto los procesos civiles por los laborales, es ayudarles a darles algunos insumos de cómo usar esta prueba, recolectarla, adaptarla, interpretarla, ajustarla y que nos sirva para tratar de fortalecer la teoría de nuestro caso y hacer una relación más precisa de nuestros hechos y prueba. Como un dato indispensable para entender este tema se debe comprender que la "prueba electrónica se diferenciar dos modalidades: a) los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico (incluyendo sistemas informáticos y cualquier aparato informático o de tecnología digital, como los medios de almacenamiento masivo); y b) los que son trasmitidos por cualquier red de comunicación abierta (internet, telefonía fija o móvil) o restringida, o a través de una red de comunicación en la que no existe comunicación entre personas determinadas o determinables." (Armenta Deu, 2018)

El tema de las nuevas tecnologías y la manera como se adquiere la prueba de manera licita y que pueda ser funcional para el proceso será el eje central de este texto, una de las preocupaciones que han tenido algunos autores como Teresa Armenta es la vulneración de la intimidad de las personas con la recolección de la prueba y ha establecido " Las medidas tecnológicas utilizadas a la hora de obtener la fuente de prueba digital pueden resultar muy invasivas, generando importantes riesgos de vulneración de derechos fundamentales… las complejidades de la prueba digital no pueden empañar que, a la postre, la valoración probatoria se proyectará en primer lugar sobre la calificación de la validez y licitud de la fuente correspondiente…" (Armenta Deu, 2018) y es que está bien la preocupación de la autora citada, pero ante esto es que el abogado se convierte en un estratega y debe preparar a su cliente para la "guerra" brindándole guía para lograr construir la prueba de la mejor manera posible para que pueda ser utilizada en juicio y logre probar su postura ligando la prueba con los hechos y por supuesto para lograr convencer al juez con esto le otorgue lo que que pretende dentro del proceso.

Primero para proceder a determinar temas de la prueba se debe tener en cuenta las REGLAS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA (Picado Vargas, 2018):



Estos requisitos formales y materiales son la base para TODA prueba y no es la excepción la aplicación para la prueba con tecnología y redes sociales, que dicho sea de paso las redes sociales llegaron a revolucionar el mundo y nadie visualiza un mundo sin redes actualmente, tenemos entonces dos realidades el mundo de "redes" y el mundo "real", pero la prueba ES LA MISMA para los dos mundos, y los requisitos de admisibilidad son los mismos, y ante esto es preciso desarrollar algunos aspectos generales de admisibilidad y posteriormente brindar algunos "tips" que le sean funcionales tanto a litigantes como a jueces para valorar la prueba obtenida de las redes sociales.

ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA:

Antes de analizar la prueba en redes sociales en materia civil y materia laboral es importante tener claro los aspectos de admisibilidad de la prueba, ante esto como lo indica el cuadro anterior realizado por el Doctor y Maestro Carlos Adolfo Picado Vargas, tenemos que tener en cuenta que hay dos requisitos para la admisibilidad por un lado los requisitos formales y por otro lado los requisitos materiales, haré una breve explicación sobre estos dos tipos de requisitos, siendo que son esenciales y base para poder luego entrar analizar la prueba de redes sociales en la que se "jugará" un poco con otros aspectos modernos de la prueba que es valorada actualmente a partir de las redes sociales.

La prueba según el código de trabajo costarricense y código procesal civil costarricense puede ser admitida o no, a partir de esto la En materia laboral el maestro Jorge Olaso escribió un texto denominado LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL y ha indicado sobre la inadmisibilidad de la prueba *"La prueba inadmisible se refiere a que el medio de prueba ofrecido no es idóneo para acreditar un determinado hecho*" (Olaso Álvarez, 2008), un aspecto curioso en

materia laboral es que luego de la reforma al código de trabajo no reguló la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba de manera general, solo lo hizo de manera específica para la calificación de los movimientos huelguísticos y de paro en su artículo 666 *"El órgano jurisdiccional solo admitirá las pruebas que sean estrictamente necesarias y rechazará las que resulten repetidas, abundantes o impertinentes, así como toda probanza que no conduzca a la comprobación de los requisitos para la legalidad del movimiento."* (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943), lo más cercano a regulación específica en el código de trabajo de admisibilidad o inadmisibilidad se da en la regulación de la fase complementaria en el artículo 518 que se refiere pero únicamente al tema de interrogatorio" (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943) pero también si hizo una alusión al tema del interrogatorio *"Tanto en el caso de los peritos como de los declarantes, el que dirige moderará el interrogatorio y evitará preguntas capciosas, sugestivas, repetidas, excesivas, impertinentes, indebidas, de tal manera que el derecho de preguntar no se torne en un abuso contrario a la dignidad de las personas y al principio de celeridad."* En ambos casos que se regula la admisibilidad el patrón común es el tema de impertinencia de la prueba, repetición o abundantes, pero no refiere nada de manera específica sobre los parámetros de la regulación sobre la admisibilidad o no de la prueba, quizá la norma más a fin a el tema de la admisibilidad en el artículo 480 del Código de trabajo pero se refiere a un aspecto de prueba que podría o no ser admisible "No requieren prueba las normas de derecho internacional o interno debidamente publicadas, los hechos notorios, los que se encuentren amparados por una presunción legal y los ya probados, admitidos o confesados." (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943), por tanto se podría interpretar que se refiere a la abundancia de la prueba y algunos aspectos de adminisbilidad.

Pero si no se regula la admisibilidad o inadmisibilidad en el código de trabajo ¿Qué sucede con el rechazo o denegatoria de prueba?, eso si lo regula el código de trabajo y obliga la aplicación del artículo 583, numeral 3, brindando la posibilidad a las partes de apelar en caso que sea denegada o rechazada la prueba, pero "calma", dichosamente el código de trabajo tiene una solución y se encuentra en el CAPÍTULO PRIMERO de la JURISDICCIÓN ESPECIAL DE TRABAJO , Organización, extensión y límites de la jurisdicción de trabajo, en la sección primera, obliga a trasladar su lectura al artículo 428, que establece la regulación expresa de las normas supletorias ante los vacíos, que bien se hubieran podido aprovechar con esta importante reforma, el artículo citado establece literalmente **"***La inexistencia de normas procesales expresamente previstas para un caso o situación concreta se llenará mediante la aplicación analógica de las otras disposiciones de este mismo Código y sus principios, en cuanto resulten compatibles.*

La legislación procesal civil y la procesal contencioso-administrativa, en los procesos contra el Estado y las instituciones, serán de aplicación supletoria, para llenar los vacíos normativos de este Código o para utilizar institutos procesales no regulados

expresamente, que sea necesario aplicar para la tutela de los derechos de las partes y los fines del proceso, con la condición de que no contraríen el texto y los principios procesales de este título.

En todo caso, si hubiera omisión acerca de la forma de proceder, los órganos de la jurisdicción laboral estarán autorizados para idear el procedimiento más conveniente, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes, con tal de que se les garantice a estas el debido proceso. En todo caso, se respetará la enunciación taxativa de los recursos hecha en este Código." (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943)

La aplicación supletoria del código procesal civil remite justo al artículo *"41.3 Admisibilidad de la prueba. Serán admisibles las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos. Se rechazará la prueba que se refiera a hechos admitidos expresamente o que deban tenerse como tales conforme a la ley, amparados a una presunción absoluta, evidentes o notorios, así como la impertinente, excesiva, inconducente o ilegal. En una misma resolución el tribunal indicará la prueba admitida y la que rechaza."* (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018)

A diferencia del código de trabajo, el código procesal civil establece una relación directa de la prueba con los hechos y la pretensión, y esto básicamente es un instructivo para el abogado a que se apegue a una teoría del caso, que tenga relación "simbiótica" todos los elementos de la demanda, posteriormente de inmediato el cuerpo normativo procesal hace una relación directa de la prueba que si son hechos admitidos aun cuando se presente prueba "para reforzarlo" será rechazada, también muy similar al código de trabajo rechaza la prueba impertinente, abundante o excesiva, la adquirida ilegalmente (de gran importancia para fines de este texto), inconducente (un término que es importante entender y se explicará brevemente para fines de la prueba de redes sociales) o bien prueba que sea sobre temas evidentes o notorios. En otras palabras, regula de mejor manera y más detallada la admisibilidad de la prueba que el código de trabajo y en efecto procede a llenar ese vacío tan grande que bien se pudo haber regulado con la reforma procesal laboral.

Los Doctores y maestros Picado Vargas y Artavia Barrantes escribieron sobre el tema de la admisibilidad de la prueba y establecieron los aspectos propios del *"examen de admisión o rechazo de prueba la realiza el juez, de acuerdo con los requisitos y reglas que establece el NCPC 41.3. Estos requisitos son formales atendiendo la oportunidad o momento procesal en el cual las partes deben ofrecer la prueba y la forma en que debe ser ofrecido cada medio. Los requisitos materiales o intrínsecos regulan la pertinencia, idoneidad, utilidad e ilicitud de los medios de prueba ofrecidos.*

En cuanto a la oportunidad para ofrecerlos, tenemos dos tipos: la prueba ordinaria, que es aquella que se ofrece en los momentos normales que establece el procedimiento -en la demanda, contestación, reconvención o en la audiencia preliminar o única por el actor para atacar las excepciones del demandado-. De no cumplir este

requisito se dice la prueba es extemporánea. La prueba extraordinaria es aquella que se ofrece en momentos de excepción, como lo es la prueba anticipada, la que propone el juez, la que ordena el juez de oficio o la complementaria." (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018), esta explicación de la admisibilidad aplicable tanto en materia civil y laboral por las razones ya explicadas nos conducen a analizar los aspectos formales y materiales que se desarrollaran más adelante.

"Toda prueba debe cumplir con ciertos requisitos intrínsecos: a) el medio con que se pretende demostrar el hecho controvertido sea conducente; y b) que la prueba ofrecida sea pertinente o tenca alguna relevancia en el negocio o acción que se litiga. El primero lo funda en el servicio que la prueba debe prestar al juez para su decisión final, y el segundo, lo refiere a aquellos casos en que la ley no hay acudido expresamente la investigación del hecho." (RAMÍREZ GUATEMALA, 2005), por su parte Couture indica que la "prueba admisible o inadmisible se habla para referirse a la idoneidad o falta de inutilidad de un medio de prueba determinado para desacreditar un hecho." (Couture, 1958), los dos autores anteriores coinciden con los maestros Artavia y Picado en su manera de definir los parámetros de admisibilidad, por su parte el suscrito establece que la admisibilidad de la prueba que queda a criterio del juez debe ser generado con astucia por el litigante para persuadir al juez que comprenda la necesidad e importancia de la prueba con base a los hechos y la "causa pretendi" (Con la locución latina "causa petendi", o causa de pedir, se hace referencia a cuáles son las pretensiones que el actor o quien inicia un juicio, pretende conseguir a través de la incoación del procedimiento jurisdiccional concreto) (IBERLEY, 2020).

Para que la prueba sea admisible se deben cumplir con los requisitos formales y los materiales, y para ello se explicaran brevemente.

REQUISITOS FORMALES:

Cuando se habla de requisitos formales se ha entendido que son "requisitos esenciales", dentro de estos conceptos se ha establecido "Exigencia que no se refiere al fondo, sino a cuestiones de apariencia o de procedimiento, y que puede ser esencial para la validez de una solicitud, acto, negocio, disposición o resolución." (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020), dentro de los requisitos procedimentales se pueden establecer la formalidad adecuada de su petición de la prueba de acuerdo a lo que establezcan las normas procesales y sustantivas, claramente la competencia del juez para conocer esta prueba a partir de los preceptos procesales para la finalidad del proceso y claro la legitimación de quien la solicita la prueba.

Los requisitos formales básicamente son los establecidos en la norma procesal, llamando a la OPORTUNIDAD de presentar la prueba que en este caso se establece el momento de la mano con la manera de cómo se presenta esta prueba, para aportar la prueba las partes tienen un momento procesal OPORTUNO para presentar la prueba, y no es que puede presentar prueba

cuando guste, e inclusive podría darse unos momentos extraordinarios de recibo de la prueba, en este sentido dentro de los elementos de estudio y que pueden servir de guía inclusive para establecer todos los parámetros de formalidad, el autor Godinez explica con los principios que se detallarán los elementos formales que llevan consigo el respeto al debido proceso y aspectos formales en la prueba de la siguiente manera (Godínez Vargas, 1990):

" A.- Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez de los hechos.

Conforme a nuestra legislación el Juez falla sobre las pruebas aportadas a los autos por las partes u ordenadas por él de oficio. En ningún caso puede suplir la existencia de éstas por su conocimiento privado sobre los hechos. Hacerlo así, contraría otros dos principios que son indispensables para el respeto al debido proceso y el derecho de defensa, a saber los principios de publicidad y de contradicción.

B.- Principio de la contradicción de la prueba.

El mismo establece como requisito esencial para la validez de la prueba, de forma tal que la parte contra quien se opone una prueba, debe gozar de la oportunidad procesal de conocer, discutir y combatir la misma. Asimismo, la prueba rendida, extraproceso, sin la participación de la parte contra quien luego se opondrá, deberá ser ratificada.

C.- Principio de la publicidad de la prueba.

Por este principio las partes deben estar en posibilidad de conocer la prueba, intervenir en su práctica o recepción, formular objeciones, discutir y analizar el alcance probatorio de las mismas. De igual forma, conocer las conclusiones valorativas del juez.

D.- Principio de la comunidad de la prueba. -

De la prueba aportada al proceso puede beneficiarse cualquiera de las partes, sin importar quien sea la que la adujo.

E.- Principio de igualdad de oportunidad para la prueba. -

Relacionado con el de contradicción, establece que las partes deben tener igual oportunidad para presentar u ofrecer su prueba, y contradecir la aportada por la contraparte.

F.- Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba. -

La prueba debe cumplir con requisitos extrínsecos (de tiempo, modo y lugar) e intrínsecos (ausencia de vicios de voluntad); de igual forma, debe provenir y ser recibida por quienes así se encuentren legitimados.

G.- Principio de la preclusión de la prueba. -

También relacionado con el de contradicción, procura impedir que una de las partes sorprenda a la otra, sin permitirle llegarla a contravenir.

H.- Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba. -

Corresponderá al Juez en forma inmediata asegurar el cumplimiento y respeto de los principios generales de la prueba judicial, en especial de la igualdad, publicidad, contradicción, formalidad y legitimidad de la prueba.

I.- Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba.

Complemento del de inmediación, el Juez debe actuar con imparcialidad en la recepción y apreciación de la prueba, así como cuando ordena traer al proceso la que considere necesaria. La búsqueda de la verdad debe ser su principio orientador.

J.- Principio de la originalidad de la prueba. -

La prueba debe referirse en forma directa a los hechos que deben probarse y no ser prueba de otras pruebas.

K.- Principio de la libertad de la prueba. -

Las partes y el juez deben ser libres para aportar al proceso las que consideren pertinentes y probar por su medio, aquéllos hechos que sean importantes para influir en la convicción del Juez sobre la realidad de los mismos. En todo caso, corresponderá a éste calificar los medios de prueba, e impedir aquellos que contraríen normas legales o que resulten impertinentes por razones de moralidad, o innecesarios por existir presunciones juris et de jure.

L.- Principio de pertinencia o conducencia o idoneidad de la prueba.

A pesar del principio de la libertad de la prueba, las partes y el Juez, no deben perder su tiempo en la recepción de pruebas que, por su contenido u objeto, resulten claramente improcedentes o inidóneas.

M.- Principio de la evaluación o apreciación de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Este principio luego se analizará con mayor amplitud, pero por ahora podemos decir, que el Juez siempre debe estar en libertad de apreciar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica.

N.- Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.

A pesar de que las partes gozan de igualdad en la oportunidad de ofrecer pruebas, ello no impide que se establezcan cargas probatorias a su cargo, siendo responsables de las consecuencias que se deriven de su incumplimiento. Asimismo, su existencia le permite al Juez a no recurrir a un non liquet- sentencia inhibitoria-, cuando falta prueba suficiente."

O.- Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas.

De ser necesarias o convenientes para que el Juez llegue a obtener la convicción necesaria para dictar su sentencia, deberá ordenar y practicar oficiosamente las pruebas que se requieran."

Estos principios rozan algunos aspectos de los requisitos materiales, pero es de importancia destacar que se enfocan fundamentalmente en los

aspectos formales y que van al respeto al debido proceso, claramente por el año de la obra se refiere a la ya superada y eliminada "sana crítica" que quizá sería el principio que no propiamente va acorde con la actualidad la doctrina procesal moderna costarricense ha variado este principio que se mantuvo por muchos años inclusive el código procesal civil actual establece en su artículo 41.5 que *"Las pruebas se apreciarán en su totalidad, conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa."*, curiosamente en el mismo artículo establece *"La conducta de las partes durante el procedimiento podrá constituir un elemento de convicción ratificante de las pruebas."*, pero los demás principios en realidad aplican principios que pueden adaptarse a la realidad actual, que pueden guiar algunos aspectos formales de la prueba, en su caso en materia laboral se ha establecido en el artículo 481 del código de trabajo que (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943)*"las pruebas se valorarán respetando el resultado del contradictorio, con criterios lógicos, de la experiencia, la ciencia, el correcto entendimiento humano y las presunciones humanas o legales. Deberán expresarse los fundamentos fácticos, jurídicos y de equidad de las conclusiones y las razones por las cuales se les ha conferido menor o mayor valor a unas u otras. Si bien la apreciación debe llevarse a cabo de forma armónica en atención al conjunto probatorio, es prohibido hacer una referencia general a este último como único fundamento de una conclusión, sin hacer la indicación concreta de los elementos particulares y de derecho que sirven de apoyo."*, esta regulación tanto laboral como procesal civil coinciden en superar la sana crítica racional, y buscar elementos más "objetivos" para lograr el fin respectivo a la valoración de la prueba.

En materia laboral ha existido una "lucha" en el tema del requisito formal de OPORTUNIDAD para presentar la prueba (de conformidad con el artículo 497 y 591 del Código de Trabajo), en resumen se ha determinado que los momentos para presentar la prueba en la obra que escribí con Rafael Rodríguez Salazar abordamos este tema de la siguiente manera (Rodríguez Salazar & Ruiz Jiménez, 2020) "*Uno de los elementos que no podemos dejar de lado para que usted esté informado y no tenga problemas en el desarrollo del caso es: aporte "TODA" la prueba al momento de contestar la demanda; en materia laboral, nos hemos encontrado con la situación particular de que el equilibrio de la prueba no se encuentra tratado como en otras materias (el cual es un tema por tratar y desarrollar de manera profunda, todo lo correspondiente a la prueba que trataremos en futuros libros) y es que, a partir de las resoluciones que han emitido los Tribunales de Justicia, debemos indicar que se han estado apegando en su totalidad a la norma establecida en el Código de Trabajo que, como se indicó anteriormente, establece aportar toda la prueba y cuando hablemos de «todo» significa que no habrá ningún otro momento procesal para presentar nueva prueba, salvo que, de manera totalmente excepcional, se dé un caso en el que se pretenda presentar una prueba para mejor resolver (prueba que está sujeta a valoración del juez si la admite o no la admite).*

En la práctica, nos hemos encontrado jueces que aplican el Código Procesal Civil, en este cuerpo normativo se permite que, en la audiencia preliminar, la parte actora presente contraprueba a partir de lo que ha presentado la parte demandada, pero si vemos esta fórmula, para la parte demandada solamente tiene un momento para presentar la prueba, por tanto, no trate de guardarse nada, más aún que la carga probatoria, como diremos, está totalmente de lado de la parte patronal." El texto anterior fue sustentado dado que a diferencia del código procesal civil, en el artículo 503 del código de trabajo que establece (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943) *"Las otras excepciones previas se reservarán para ser conocidas en la audiencia preliminar o en la fase preliminar de ese acto procesal en los procesos de única audiencia, con evacuación de las pruebas que las respalden."*, a diferencia del procesal que la contraprueba puede ser presentada sin problema en la audiencia preliminar como se ha establecido en los procesos ordinarios y sumarios en su artículo 102 y 103 del código procesal civil.

En la normativa del código de trabajo establece la regulación oportunidad y tema de carga de probatoria en el artículo 477 (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943).- En principio, la carga de la prueba de los hechos controvertidos, constitutivos e impeditivos le corresponde a quien los invoca en su favor.

El concepto de carga debe entenderse como la obligación de la parte de ofrecer, allegar o presentar la probanza en el momento procesal oportuno."

El término momento procesal oportuno en realidad en materia laboral coincide con el código procesal civil, tal como lo estableció el Doctor Carlos Adolfo Picado Vargas en su momento, a partir de su cuadro he realizado un cuadro con los artículos que relacionan en materia laboral y procesal civil:
Oportunidad para aportar la prueba (CPC-CT[363]):
Oportunidad Ordinaria:

- Demanda (Art. 35.1.6, 35.6, 40, CPC Art. 495 CT)
- Contestación (Art 37.1, 37.2, 37.3, 40 CPC, Art. 497)
- Reconvención (Art. 38 CPC 498 CT)
- Contraprueba de excepciones (diferencia que en procesal civil sí se puede aportar en la audiencia-hay posturas referentes a esto divididas) (Art. 102.4, 103.34 CPC, Art. 517.6 CT)

Oportunidad Extraordinaria:

- Prueba de Oficio (Art. 2.3, 2.5, 41.3, 41.4.4, 43.5, 44.5, 45.7, 46.2.2, 67.2, 69.7.3 Art. 486, y 538 CT)
- Prueba Anticipada (Art. 49 CPC- Art. 486 C.T.)
- Para mejor proveer (a indicación de parte o a oficio por el juez 517.7 CT en fase preliminar)

Se debe tener claro que las normas del código procesal civil complementan al código de trabajo en caso que haya algún vacío como se

[363] CT: Código de trabajo
CPC: Código Procesal Civil 9342

explicó supra, es por ello que este análisis normativo debe ser revisado en conjunto. Teniendo claro esto y algunos artículos que regulan esta aplicación para mayor facilidad del lector, se determinan entonces los requisitos formales para que la prueba pase el filtro de admisibilidad bajo el precepto de oportunidad, legitimidad y competencia para conocer la prueba, pero no basta esto, se requiere también los requisitos materiales, esto ayudará a comprender de mejor manera los elementos que se deben tener en cuenta para presentar prueba en los procesos más ampliamente.

REQUISITOS MATERIALES

¿Qué se entiende por requisito material? (Diccionario panhispánico del español jurídico , 2020)"Gral. Requisito referido al fondo o sustancia, independiente de la forma que se dé al acto. ● Por ejemplo, la exigencia de consignar la edad en un impreso es un requisito de forma, pero la exigencia de mayoría de edad para realizar un acto es un requisito material.", en este caso para la prueba se tendrán estos elementos sustanciales que sin duda tienen que estar presentes para que la prueba sea admitida y tenga total validez, buscando que no sea refutada por aspectos materiales como los que se dirán.

En este apartado se analizará brevemente la utilidad (prueba conducente), inadmisible e innecesaria, pertinencia, idoneidad, y la licitud, pero para abordar estos cuatro requisitos materiales se debe entender que la normativa procesal nueva exige a las partes intervinientes en el proceso sus conductas sean adecuadas inclusive para temas de las pruebas, por ejemplo el artículo 427 del código de trabajo establece (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943) *"Las partes, sus apoderados o apoderadas, representantes, abogados o abogadas, los auxiliares de la justicia y los terceros que tuvieran algún contacto con el proceso deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la dignidad de la justicia y al respeto debido a los juzgadores y a los otros litigantes y demás participantes.*

Se consideran actos contrarios a la lealtad y cometidos en fraude procesal, las demandas, incidencias o excepciones abusivas o reiterativas, ***el ofrecimiento de pruebas falsas, innecesarias o inconducentes al objeto del debate****, el abuso de las medidas precautorias y de cualquier mecanismo procesal, la colusión, el incumplimiento de órdenes dispuestas en el proceso, el empleo de cualquier táctica dilatoria* ***y no cooperar con el sistema de administración de justicia en la evacuación de las pruebas necesarias para la averiguación de los hechos debatidos."*** *El resaltado no corresponde al original,* nótese que el cuerpo normativo laboral SANCIONA como abuso procesal esa práctica indebida de ofrecer prueba que sea falsa o que no colabore en nada con el debate, sucede que en la práctica MUY POCAS veces se logra encontrar que el sistema judicial sancione estas actuaciones, hay como cierto temor a la aplicación de la norma.

Por su parte el Código Procesal Civil no se queda atrás con respecto a la sanción y catalogar como un abuso procesal circunstancias inadecuadas con respecto a la prueba esto en ellos artículos que se mencionarán a continuación (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018):

2.3 Buena fe procesal. *Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a* ***la buena fe, al respeto, a la lealtad y la probidad. El tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria****.*

4.2 Deberes. Las partes y los intervinientes ***deberán ajustar su conducta a la buena fe, a la lealtad, a la probidad, al uso racional del sistema procesal, al respeto debido de los sujetos procesales y al deber de cooperación con la administración de justicia, evitando todo comportamiento malicioso, temerario, negligente, dilatorio, irrespetuoso o fraudulento****. Cualquier acto contrario a estos deberes será considerado* ***como abuso procesal*** *y será sancionado con el rechazo de plano de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan.*

5.4. Aplicar el régimen disciplinario sobre las partes y sus abogados sancionando ***cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, la buena fe, la lealtad, la probidad, así como cualquier forma de abuso y fraude procesal.*** *También, cuando se compruebe que han realizado gestiones o han asumido actitudes dilatorias o litigado con temeridad. Según la gravedad de la conducta, el tribunal aplicará las amonestaciones, las multas, la expulsión de la oficina o local por el titular del despacho; pondrá a la orden de la autoridad respectiva para su juzgamiento cuando pudiera constituir delito, contravención o falta o, en casos graves, la suspensión del abogado, según está prescrito en los artículos del 216 al 223 de la Ley N.º 7333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993, y sus reformas.*

EL RESALTADO NO CORRESPONDE AL ORIGINAL

El patrón común que se encuentra en la norma es que se busca sancionar este abuso procesal y se establece la actuación de buena fe, evitando que hayan actos ilícitos dentro del proceso, buscando que sea proba la actuación de las partes, el tema del fraude procesal podría ampliarse a estafa procesal, pero esto es otro gran tema académico y doctrinal por juristas como el Doctor Parajeles Vindas en razón que a nivel conceptual es tratado distinto, y con toda la razón dado que brevemente se explica que estafa lleva consigo el engaño para un beneficio patrimonial antijurídico y no así el fraude.

Atención que el abuso procesal en el artículo 6 del código procesal civil lleva consigo LA SANCIÓN de pago daños y perjuicios si fuera el caso, y es por ello que lleva consigo el abogado y claro las partes que participan en el proceso la obligación de cumplir estos requisitos materiales pues (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018) *"cuando del resultado del proceso haya mérito para considerar que se actuó con temeridad, mala fe o abuso en el ejercicio de los derechos procesales, el tribunal lo declarará en sentencia dentro del mismo proceso y condenará al responsable al pago de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado, los que se liquidarán y ejecutarán de inmediato.*

Si el tribunal estuviera convencido del uso de un proceso para obtener un móvil prohibido por la ley, dictará sentencia desestimando la demanda y condenará a los sujetos activos al pago de los daños y perjuicios, los cuales se podrán cuantificar en ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, penales y civiles que correspondan."

Retomando el tema que los vacíos que el código de trabajo no regule en aspectos procesales remite al código procesal civil, se ha tenido claro que sin problema puede aplicarse las mismas sanciones en materia laboral y las partes deben adecuarse a no realizar prácticas que vayan contrarias a derecho, pero ¿Aplica igual para la prueba? La respuesta es POR SUPUESTO, y ante esto de manera breve se establecerán algunos aspectos de relevancia sobre los elementos esenciales materiales mencionados supra para mayor entendimiento de ¿Qué debo tener en cuenta para presentar prueba?

A- Utilidad (prueba conducente): ¿Para qué vamos a aportar prueba que no nos va a servir en el proceso? Esa es la pregunta que debemos formularnos, como cuando vamos al supermercado y vamos a comprar algo debemos preguntarnos "realmente me sirve esto", algo así debe realizarse cuando se está en la elaboración de la demanda o su contestación y cuestionar si esa prueba tiene relación con los hechos y lo que pretendo probar en su momento, un concepto que es muy acertado para determinar la utilidad de la prueba es el que indica que este requisito (Gutierrez, 2017)*"Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho… La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio."*, caso contrario cuando una prueba es inútil e inconducente según parámetros objetivos, de experiencia y la razón esta prueba no ayuda en nada a lograr tener claridad sobre quien tiene razón a partir de los hechos controvertidos, como bien indican los maestros Artavia y Picado (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018) *"Lo de útil tiene que ver con que la prueba sea conducente, provechosa, fructuosa, adecuada, buena, eficaz, apta. Pertinencia y utilidad se suelen confundir.*

"La pertinencia se refiere principalmente al hecho que se pretende probar con un medio concreto de prueba, la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado, aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho".

La prueba no útil –inconducente, inadecuada, no apta- tiene un alcance cualitativo y cuantitativo: a) Resulta inconducente aquella prueba por medio de la cual aparece como imposible o irrazonable probar lo que se intenta, b) El alcance cuantitativo de la conducencia tiene como base referencial lo que se conoce como "dosis de prueba", que es la cantidad de prueba suficiente para alcanzar la evidencia o llegar a su punto de saturación."

Entonces así las cosas, se debe recordar que a nivel procesal tanto en materia laboral como procesal civil se sanciona presentar prueba

INCONDUCENTE o en su caso INÚTIL, es por ello que se sugiere que cuando se presenta la prueba de redes sociales tenga relación el hecho que se redacta y se indique claramente este hecho con que prueba guarda relación directa, se indique por ejemplo entre paréntesis que corresponde a determinada prueba o bien se fije un numeral de un anexo para que el juez tenga más clara la relación del hecho con la prueba y se traslade fácilmente a dicha prueba enumerada para poder analizarla.

B- PERTINENCIA: Uno de los juristas más connotados en la historia de Colombia Antonio Rocha (destacado personaje de la política y la educación colombiana durante gran parte del siglo XX) escribió un libro denominado "De la Prueba en el derecho" y en dicho libro escribió desde hace muchos años el tema de la pertinencia, el libro ha tenido varias ediciones, y sigue estando vigente tanto el término de pertinencia como impertinencia, pero lo que me hace traer este concepto y tratamiento para fines del congreso es la manera tan clara y precisa con la que establece el concepto (Rocha Alvira, 2012) *"se entiende por prueba pertinente, la relativa a un hecho tal que si fuere demostrado influirá en la decisión total o parcial del litigio. Por ejemplo, el acreedor que solicita la condenación del deudor al pago de lo que le dio en mutuo, y de que éste reconozca la firma que aparece al pie del documento; o el que demanda el deslinde de su predio, presenta sus títulos de propiedad y pide una inspección ocular con peritos sobre la raya divisoria que alega; o el que exige a un comerciante el pago de una participación en un negocio, pide la exhibición de los libros de comercio del demandado. Esas pruebas son claramente pertinentes en el ejercicio de la respectiva acción." "es impertinente la prueba cuando se pretende probar un hecho que, aún demostrado, no sería de naturaleza para influir en la decisión del asunto, así como para demostrar la extensión de un fundo o el lindero de la posesión, se pidiese la partida de matrimonio de demandado. O aún este otro que ha dado lugar a discusiones, pretendiendo A que B lo calumnió en ocasión y forma determinada, quiere probar que también ha calumniado a otras personas, esta prueba sería impertinente pues de que haya obrado así frente terceros no se va a deducir que es responsable de esa infracción respecto de algo."*, más claro no se puede explicar y como investigador académico amante del derecho, me tomo este concepto para hacer un breve paréntesis para hacer una especial mención a este concepto y la manera como se define, encontrar este concepto escrito así por un jurista me ratifica y convence que los abogados pueden escribir claro y explicar claramente para que TODOS lo entiendan, es un reto que debe ser superado por los abogados y abogadas a nivel mundial.

Siguiendo con el concepto se debe entonces concluir que los medios de prueba pertinentes son aquellos que guardan relación con el objeto del proceso y se pretende que no se entre a analizar aspectos ajenos al objeto del litigio que ocasionen un atraso en su gestión, el tema de pertinencia se debe recordar que el código procesal civil regula expresamente el tema de pertenencia de la prueba en su artículo 41.3 aplicable para materia laboral, concordante con los

artículos que se indicaron supra en el texto, como por ejemplo el artículo 518 del Código de trabajo.

C- PRUEBA INNECESARIA: Curiosamente sobre este tipo de prueba los Doctores Artavia y Picado titularon en su obra INADMISIBLE E INNECESARIA, en mi caso la dejaré como solo innecesaria, respetando el criterio de los maestros, pero sucede que si la secciono como inadmisible en realidad debería incluir todos los presupuestos que establece el artículo 41.3 del código procesal civil, dicho lo anterior la subdivisión que se realizan los maestros es sumamente funcional para entender en que casos se esta en presencia de esta prueba, claramente a nivel de norma:

a. Hechos admitidos- no controvertidos: "llueve sobre mojado" es la frase que aplicaría acá, e inclusive me recuerda la imagen que ha servido de "meme" durante muchos años donde un jugador de "water polo" está en una piscina y se le ve echándose agua en la cara… y las personas se preguntan ¿Pero para qué hizo eso si estaba en la piscina y ya estaba mojado?, bueno yo aún me lo pregunto, he tratado de indagar pero al parecer solo fue un desperdició de agua, ahora bien, focalizándose en el proceso a partir del ejemplo gráfico que realicé si ya la parte admitió los hechos o algún hecho en particular en su totalidad ¿Para qué nos vamos a desgastar aportando prueba con respecto a eso?, a pesar que haya hecho un comentario de más en el hecho, no hace falta si ya el hecho fue admitido.
b. Hechos amparados en una presunción: En la vida no se puede andar "asumiendo", en realidad se debe tener claro que los hechos deben verter sobre elementos reales, no algo que "asumo" o "creo es así", pero atención que el cuerpo normativo procesal habla de presunción ABSOLUTA no de la relativa, pues al relativa puede que implique que tenga algún elemento probatorio que me ayude a asumir lo que indico, pero si "presumo" y "supongo" de manera absoluta sin razón alguna debe ser rechazado y es inadmisible (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018) "El fundamento para excluir de prueba y que la ley los ampare con una presunción de certeza a estos hechos, viene justificado por razones que atañen a las dificultades probatorias y el interés público de certeza en mantener la verdad formal y uniformidad de ciertos hechos."
c. Hechos evidentes: Se redacta la demanda e inicia diciendo "Que la velocidad de la luz es más rápida que la del sonido"… al ser un hecho evidente y conocido por la humanidad no requiere prueba, y sería totalmente innecesaria aportarla, no significa con ello que el hecho no deba ser mencionado, NO, es la prueba con respecto a esto, pero acá hago una salvedad, que no con esto significa que no

deba aportar prueba accesoria que justifique la razón por la que mencione este hecho, que podría ser para explicar algún aspecto sobre el hilo conductor de la demanda o reconvención. De manera clara y precisa y con buenos ejemplos los Doctores y maestros Picado y Artavia lo definen (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018)"son aquellos que surgen de los principios de la experiencia y de la lógica, no requiriéndose prueba alguna para su comprobación. La actividad intelectiva del tribunal suple la posible actividad probatoria de las partes. Nacen de la experiencia misma del tribunal. Que la luz llega antes a nuestros sentidos que el sonido; que se ve mejor de día que de noche; que el automóvil que va a más de 100 km por hora no puede ser detenido en 5 metros, constituyen hechos evidentes exentos de prueba."

d. Hechos notorios: "Que el 11 de Septiembre del 2001 dos aviones impactaron con las torres gemelas" y aporta 40 videos, recortes y fotos… NO ES NECESARIO aportar todo esto, dado que es un hecho NOTORIAMENTE conocido por la humanidad, al igual que en el hecho anterior si se debe referenciar alguna prueba por ser un elemento que lleva relación por ser un hilo conductor NO OLVIDAR APORTARLA. Es importante acotar que los hechos notorios pueden estar exentos de prueba peor DEBEN INVOCARSE, también hay que tener mucho cuidado con la interpretación de que es un hecho notorio pues puede que hoy sea un hecho notorio el tema de las "torres gemelas", pero en unos años es algo que deberá al menos aportarse elementos de prueba pues debe localizarse en el tiempo y en el espacio, pues lo que es notario hoy, puede que "mañana" ya no lo sea. De igual manera (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018)"*Se han señalado algunos caracteres, del hecho notorio:*

i. *Necesidad de alegación: los hechos notorios se hallan exentos de prueba, pero no de invocación;*
ii. *Está limitado en el tiempo y en el espacio: lo que hoy es notorio puede dejar de serlo mañana y lo que es notorio en un lugar puede no serlo en otro. Lo notorio no es sinónimo de generalidad. Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos, o porque algunos simplemente no lo conocen;*
iii. *Lo notorio no es sinónimo de conocimiento absoluto, sino relativo, no deja de serlo porque algunos no recuerden en memoria;*
iv. *Lo notorio no es sinónimo de conocimiento efectivo o real, es decir notoriedad no es tampoco efectivo conocimiento, sino pacífica certidumbre;*
v. *Tampoco lo notorio puede interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el conocimiento por todos los hombres de un mismo país o de un mismo lugar.*

vi. *El hecho notorio no está exento de prueba por la existencia de esa cualidad, sino porque tal cualidad hace presumir al tribunal -presunción hominis- que el hecho existe realmente: que no puede ignorarse lo que todos conocen, de ahí que se exima de prueba."*

D- PRUEBA ILEGAL O LICITUD DE LA PRUEBA: No puedo aportar prueba que sea ilegal o adquirida ilícitamente en un proceso, pero la primer pregunta que me harán es ¿Cuál es la diferencia entre ilegal e ilicita?, pues bien para el tema desarrollado propiamente de las redes sociales se debe entender este elemento de manera clara, dado que a veces se confunde el concepto, y por ello como son nuevas tecnologías y aspectos que requieren trabajarlos en apego a ley para aportarlos se debe tener muy claro este concepto (Huertas Díaz, Prieto Moreno, & Jiménez Rodríguez, 2015)*" La prueba ilegal es aquella que se construye con ausencia de alguno de los requisitos que el legislador dispuso para su asunción, mientras que la prueba ilícita es aquella que se obtiene con la violación de los derechos fundamentales así como las garantías del enjuiciado. Tómese a modo de ejemplo las torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que miembros del Estado aplicaron a una persona, para lograr su confesión; o la interceptación telefónica, sin una orden judicial expedida por un juez de control de garantías", La Profesora uruguaya Bemardette Minvielle ha definido la prueba ilícita como (Minvielle , 1987) ''un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad", por su parte El Profesor Alex Carocca Perez, en su artículo "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", conceptúa la prueba ilícita como (Caroca Pérez, 1998) "aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados intencionales sobre Derechos Humanos"*, por ejemplo en materia laboral se ha prohibido expresamente temas de la intimidad de los colaboradores que se han vulnerado como monitorear las computadoras sin consentimiento del colaborador o con desconocimiento de él. (Picado Vargas & Artavia Barrantes, https://www.masterlex.com/, 2018)"*La prohibición de admitir pruebas ilícitas o ilegales se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad, se puede afirmar que el sistema de libertad probatoria y su libre apreciación opera y debe operar, sobre pruebas obtenidas y aportadas en forma regular y sin violación de los derechos constitucionales, ello explica que el artículo 40 constitucional proscriba "toda declaración obtenida por medio de la violencia será nula*"

Se debe tener en cuenta que la ilegalidad o ilicitud JAMÁS debe ser admitido como una prueba aún cuando esto tenga consigo la "verdad absoluta" de lo que se pretende probar, y es que los derechos de las partes deben ser respetados tanto los preceptos constitucionales como los derechos humanos, misma regla aplica tanto en materia civil como en materia procesal civil. Pero rescato este texto que se refiere a la privacidad de los trabajadores por ejemplo: (Grupo de Trabajo Unión Europea sobre Protección de Datos -

Artículo 29, 2002)"*Los trabajadores no dejan su derecho a la vida privada y a la protección de datos cada mañana a la puerta de su lugar de trabajo. Esperan legítimamente encontrar allí un grado de privacidad, ya que en él desarrollan una parte importante de sus relaciones con los demás. Este derecho, no obstante, debe conciliarse con otros derechos e intereses legítimos del empleador, en particular, su derecho a administrar con cierta eficacia la empresa y sobre todo, su derecho a protegerse de la responsabilidad o el perjuicio que pudiera derivarse de las acciones de los trabajadores…"*, la jurisprudencia patria no ha sido ajena al tratamiento de estos temas, os documentos electrónicos almacenados en la computadora que utiliza un trabajador, aunque sea un bien público o propiedad de la empresa, están protegidos por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y nunca podría realizarse un control de ellos con garantías inferiores a la constitución ante esto se puede consultar por ejemplo el voto 2015-007357 emitido por la Sala Segunda. De igual manera la Sala Constitucional se ha referido sobre este tema Voto 4835-2018 (Exp: 18-001824-0007-CO, 2018) *"Al respecto, este Tribunal ha señalado que el patrono tiene la potestad, dentro de sus poderes de dirección, de fiscalizar los documentos y archivos que sus empleados tengan almacenados en las herramientas de trabajo que se le pone a su disposición, siempre y cuando se tenga una sospecha lo suficientemente fundada como para establecer que el trabajador está ejerciendo una actividad delictiva u otra infracción grave que perjudique de manera directa el funcionamiento de la empresa. Este sería un caso claro en el que el derecho a la intimidad personal cedería frente a la potestad que tiene la Administración de proteger sus finanzas y resguardar la forma en que se lleva a cabo su contabilidad, además de su potestad de dirigir y controlar la actividad laboral de sus trabajadores cuando, en apariencia, esta actividad está perjudicando gravemente el funcionamiento de la empresa."* Lo anterior, es posible siempre y cuando el patrono tenga acceso a la información estricta de su interés, más no a la información personal del colaborador, a quien se le tiene que garantizar el derecho a la intimidad y se le debe permitir proceder personalmente al levantamiento de la información personal que tenga almacenada en la computadora de la empresa.

MEDIOS ELECTRÓNICOS Y TECNOLÓGICOS COMO PRUEBA

Y bueno "AL FIN HEMOS LLEGADO", esta es la parte "divertida" que tanto esperaba para poder abordar, al momento que se me solicitó desarrollar este tema, sabía que de previo a realizarlo debía hacer una labor académica para explicarla al fiel estilo de "karate kid" diciendo "pule y encera" para que se puedan defender luego con los temas de la prueba, ya los elementos para que la prueba sea admisible los tenemos y los que la hacen inadmisible también, solo antes de dar algunos tips y dar algunos datos curiosos de utilidad sobre algunos aspectos de las redes sociales, es importante explicar ¿Dónde está el sustento de la prueba y medios electrónicos", pues bien el Código Procesal Civil trae consigo uno de los aspectos más importantes para fines de los medios electrónicos como medio de prueba dado que dejo abierta la

posibilidad de aportar prueba científica y tecnológica Medios de prueba, remitiendo al artículo 41.2 (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018)"*Son admisibles como medios de prueba los siguientes:*
1. Declaración de parte.
2. Declaración de testigos.
3. Dictamen de peritos.
4. Documentos e informes.
5. Reconocimiento judicial.
6. Medios científicos y tecnológicos.
7. Cualquier otro no prohibido.
EL RESALTADO NO CORRESPONDE AL ORIGINAL

Dejar esto con esos "numerus apertus" fue lo mejor que pudo haber pasado con este código procesal civil, dado que esto permite aportar toda prueba que no este prohibida por ley, en apego al principio de autonomía de la voluntad, y es acá donde se activa la creatividad para el tema de darle el peso a los medios de prueba electrónicos o de tecnologías, lo curioso del caso y de esta regulación es que la prueba tecnológica en realidad está presente y es aplicable de manera COJUNTA para todos estos supuestos indicados en materia procesal civil, pero ¿Qué pasa en materia laboral?, resulta que la materia laboral tiene una lista que también refiere a medios científicos pero no indica tecnológicos y tampoco es "numerus apertus", pero se debe recordar que ante vacíos y aplicación de temas que NO están regulados entonces remite al código procesal civil, la regulación de los medios de prueba en materia laboral está en el artículo 479, que literalmente establece (Código de Trabajo, Ley número 2, 1943):*Puede ofrecerse todo medio probatorio que sirva a la convicción del tribunal, admisibles en derecho público y en derecho común, siempre que no esté expresamente prohibido ni sea contrario al orden público o a la moral. Particularmente, podrán ofrecerse los siguientes:*
1) Declaración de la parte.
2) Declaración de testigos, incluidos los testigos peritos.
3) Declaración de funcionarios públicos.
4) Dictámenes de peritos.
5) Documentos e informes de funcionarios.
6) Reconocimiento judicial.
7) Medios científicos.
8) Reproducciones gráficas o sonoras.
9) Confesión de la parte.

Cuando se pida la declaración o la confesión de la parte, deberán indicarse, de manera concreta, los hechos sobre los cuales ha de interrogarse.
Los testigos podrán ofrecerse sobre los hechos generales, hasta en un número máximo de cuatro, o bien por hechos concretos. En este último caso, solo serán admisibles dos testigos por hecho.
EL RESALTADO NO CORRESPONDE AL ORIGINAL

Teniendo claro lo dicho sobre la aplicación propia del código procesal civil (artículo 428 del Código de Trabajo), este cuerpo normativo será la base para poder aplicar los medios electrónicos y tecnológicos como medio de prueba dentro del proceso por no tener el código laboral esto regulado expresamente.

Ahora ya tenemos claro que los medios tecnológicos son permitidos como medio de prueba, pero en el cuerpo normativo NO DICE de manera precisa detalladamente el ¿Cómo?... esto implica empezar a determinar la manera de ligar este medio con los otro modos válidos y por ello por ejemplo se procede a determinar los TESTIGOS.

TESTIGOS EN PRUEBA TECNÓLOGICA (REDES SOCIALES):

Podemos tener diversos tipos de testigos para temas tecnológicos y propiamente en redes sociales por ejemplo, podríamos tener alguien que tenga conocimientos ampliamente técnicos en manejo de redes, por ejemplo que sea "profesional" como Comunity Manager de páginas o bien haya tenido experiencia trabajando con alguna de las empresas de redes sociales, esto puede ayudar para que los testigos puedan declarar y ser interrogados sobre algunos temas que sean de utilidad para el caso, ante esto el artículo 43.1 del Código Procesal Civil lo permite que se tengan testigos con conocimientos científicos y el mismo artículo 479 del código laboral lo permite de una u otra manera cuando refiere los "testigos peritos", ante esto se le puede hacer saber al juez que se está con el testigo que tiene ese conocimiento sobre las redes (científico, técnico, práctico o profesional), lo que daría mayor peso a la teoría del caso que se pretende establecer. El artículo 43.1 del Código Procesal Civil establece (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018)*"Será admisible la prueba de testigos para demostrar todo tipo de hechos. Podrá ser testigo cualquier persona física que tenga conocimiento sobre los hechos controvertidos, sea mayor de doce años y posea capacidad. Los menores de doce años podrán ser admitidos como testigos cuando, a criterio del tribunal, tengan el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente.*

Si el testigo tuviera conocimientos científicos, técnicos, profesionales, artísticos o prácticos se admitirán las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue a su respuesta."

Por lo que NO DEJE pasar la oportunidad de usar este medio de prueba y una el tema tecnológico con un testigo que tenga este conocimiento, si no fuera el caso, trate que si hay una publicación o una comunicación, que alguien más pueda verlo, y ojalá también este testigo si tiene acceso a la información y NO SE VULNERA con temas ilegales o ilegítimos lo que está en las redes, puede documentarlo digitalmente mediante fotos, capturas de pantalla o bien hasta videos, hay herramientas para grabar lo que se ve en los dispositivos sea computadora o maquinas, idealmente siempre que se haga esto que esté claramente determinada la FECHA Y HORA en que se está haciendo. Un testigo que podría servir además de aportar documentación que merece fe

pública es UN NOTARIO PÚBLICO, por ello es muy valioso manejar esta normativa que podría ayudarle en un juicio.

PRUEBA PERICIAL PARA MEDIOS TECNÓLGICOS (REDES SOCIALES):

¿Qué mejor que un experto especialista?, acá el consejo es SI PUEDE CONTRATAR UN PERITO PRIVADO HÁGALO… el tema es que los peritos del poder judicial pueden haber algunos muy buenos, podría quizá sugerirse al juez cuál sea el perito, pero la experiencia ha dictado en varios casos que hay pocos peritos expertos en este tema (de momento) y también que algunos peritos de la lista del poder judicial no cumplen con las expectativas de lo que se requiere par aun tema técnico como lo son las redes sociales, los peritos sin duda pueden ser empleados para tener un criterio de un experto técnico tanto para la demanda como para la contestación, en el que se puede tratar de atacar la prueba o bien establecer prueba con base a un estudio pericial, el ARTÍCULO 44 del código procesa civil regula la prueba pericial, y propiamente la admisibilidad en el artículo 44.1 que literalmente establece, (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018) *"Será admisible la prueba pericial cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajenos al derecho, para apreciar hechos o circunstancias relevantes o adquirir certeza de ellos."* ESPECIAL atención al tema que indica temas AJENOS AL DERECHO y justamente este tipo de temas de redes sociales da pie para buscar ese peritaje, de igual manera temas científicos, técnicos o prácticos para lograr este fin, el artículo 479.4 del Código de trabajo permite este tipo de prueba también por tanto es un buen método para lograr esa protección. Inclusive valore que el perito revise ante el juez la computadora o dispositivo donde esta la prueba, eso sería un excelente movimiento que permitiría que en VIVO se logre tener mayor certeza de lo que el perito está indicando, con alguna proyección (una presentación en power point por ejemplo) también para más sencillo entendimiento de la autoridad judicial, el tema es usar creatividad para que su prueba tenga mayor peso y sea comprensible.

PRUEBA DOCUMENTAL DE MEDIOS TÉCNOLOGICOS (REDES SOCIALES):

El artículo 41.2.4 del Código Procesal Civil establece como medio de prueba válido DOCUMENTOS E INFORMES y por su parte el 479.5 del Código de Trabajo también establece PRUEBA DOCUMETAL valida, ante esto el tema es ¿Cómo lograr que un documento refleje el tema tecnológico de las redes sociales?, si esa pregunta se hubiera hecho hace unos 15 años la respuesta hubiera sido muy complicada, ahora una gran cantidad de personas poseen teléfonos inteligentes con cámaras que permiten documentar con fotografías o capturas de pantalla que luego pueden imprimirse y ser usados en juicio, atención que si se admiten los documentos que se presentan ante la autoridad judicial como prueba se PRESUMEN AUTENTICOS, ante esto es importante validar MUY BIEN si son reales o no o si hay elementos que sirvan para refutarlos o presentar documentos que sean irrefutables, por ejemplo la

documentación acompañada de un acta notarial o bien acompañada de un video el artículo 45 del Código Procesal Civil regula la prueba documental, y la presunción de autenticidad en el artículo 45.1 (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018) "*Presunción de autenticidad, validez y eficacia de los documentos. Los documentos públicos y los privados admitidos, tácita o expresamente, se presumen auténticos y válidos mientras no se pruebe lo contrario. Los documentos recibidos o conservados por medios tecnológicos y los que los despachos judiciales emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios gozarán de la validez y eficacia del documento físico original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.",* lo importante es que TODA LA PRUEBA DOCUMENTAL que se presente tenga un sustento adicional que le respalde, pues así se fortalece el documento aportado.

MEDIOS CIENTÍFICOS PARA PRUEBA DE REDES SOCIALES:

Una frase la cuál generé sobre el derecho en la que indico "El derecho es ciencia, es arte y magia" lleva todo su sentido justo en este apartado, pues cuando se llega a la parte científica, implica llegar a pensar de la manera más creativa posible, dado que el artículo 48 del Código Procesal Civil establece (Código Procesal Civil, Ley Número 9342, 2018)*"Podrá ordenarse la práctica de reproducciones de cualquier naturaleza, calcos, relieves, filmes o fotografías de objetos, personas, documentos y lugares, radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y, en general, cualquier prueba científica. En la audiencia se le dará a esta prueba el mismo tratamiento dispuesto para la prueba pericial."* , la importancia de esta prueba es que en realidad a como quedo redactado permite que fotos, videos y como bien indica "cualquier prueba científica" sea tomada y aplicable los parámetros de peritaje, si bien lo ideal es que tenga un sustento técnico a la palar la norma procesal no lo aclara, pero se sugiere se realice de esta manera así se le da mayor peso, a criterio del suscrito esta lista no debería estar con algunos aspectos que quedaron así redactados y prueba científica la están mezclando con prueba documental y pericial, y debería ser un apartado un tanto distinto pues la ciencia es muy cambiante, inclusive el concepto que tiene la prueba científica es (GOZAÍNI, 2015) *" Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable."* Por su parte el maestro Adolfo Maldonado hace ver el tema que mencioné supra sobre la dificultad que hay con respecto al tratamiento de la prueba científica indica (Madonado, 2020) "*Con el adelanto de la ciencia y de la técnica, se multiplican los productos del trabajo humano, y se plantea, respecto tales elementos, la necesidad de poderlos estimar en su significación. Dado el incesante incremento en el acervo de la cultura, es imposible sentar reglas para establecer la idoneidad probatoria de estos datos: algunos de ellos se habrán incorporado al saber común, de modo que su apreciación no exija una*

preparación especial; en tanto que otros sólo podrán ser estimados por técnicos en la materia". De momento a nivel local tenemos esta norma que ciertamente considero debe ser modificada y adaptada para que se apegue un poco mejor a los dos temas mencionados por GOZAINI Y MALDONADO, pues son aspectos a considerar, mientras esto se da, utilicemos la norma procesal para aportar esta prueba científica que claramente debería convertirse en algo irrefutable.

El autor Gozaini en el año 2015 cuestionaba en sus conclusiones de su artículo (GOZAÍNI, 2015) *"Pero ¿qué sucedería si el trabajo científico adoptado por su evidencia preponderante renueva y cambia las conclusiones ante nuevos hallazgos? ¿No sería revisable la sentencia?"*, en Costa Rica la prueba científica y tecnológica le da una respuesta y permite revisión según el artículo 72.1.12 en la que establece que "Cuando surjan nuevos medios probatorios científicos o tecnológicos que permitan desvirtuar las conclusiones que se obtuvieron en la sentencia impugnada." Por tanto, es un tema que a nivel práctico es importante tenerlo "mapeado" pero que no precisamente es algo tan sencillo.

Explicados los aspectos normativos, se brindarán algunos tips y algunas referencias sobre algunos aspectos a tener en cuenta con respecto a la prueba en redes sociales.

FACEBOOK, TWITTER, INSTAGRAM, LINKEDIN Y DEMÁS POSTEOS EN DIVERSAS REDES SOCIALES:

Luchas campales, comentarios, procesos por empleados bailando en TIK TOK, abandono laboral, aceptación de un contrato, ventas de bienes, todo esto y más es lo que sucede en las redes sociales, ante esta circunstancia y los conflictos que se puedan derivar de las relaciones, publicaciones, contratos, etcétera... Es importante tener claro que todos los elementos que se han mencionado en los apartados anteriores son guías y consejos de cómo tratar de documentar de una u otra forma lo que sucede en redes sociales y trasladarlo a un juicio, reiterar que un acta notarial, un video, fotografías, testigos, peritajes, criterios técnicos, criterios científicos, declaración de parte y todos los elementos que ayuden a fortalecer los elementos que ayuden a fortalecer la prueba tecnológica o científica generada en las redes sociales es lo que se tiene que usar para construir el caso o bien para contestar la demanda.

Me ha correspondido realizar defensas y demandas a partir de distintos incidentes que se dan en las redes sociales, y con ello ha implicado determinar inclusive si la persona que publicó en realidad fue la que lo hizo a partir del acceso que tenga en la cuenta, por ejemplo, desde Facebook uno puede terminar de dónde es que fue que se dio la conexión de la persona que realizó dicha publicación.

Hay que tener muchísimo cuidado con algunas aplicaciones que sirven para clonar de una u otra manera las diversas plataformas de redes sociales y ante esto de previo aportar la prueba lo que se tiene que validar es que en efecto esta prueba sea real y haya sido adquirida legítimamente, cumpliendo

inclusive los requisitos materiales que se han explicado en el presente texto, sin dejar de lado el requisito formal para no perder la oportunidad de presentar la prueba y adicionalmente tener claros todos los principios que rigen la formalidad en la prueba en el ámbito procesal.

Cómo se indicó en su momento las partes deben conducirse una manera que se evite a toda costa el abuso procesal, por tanto es deber de las partes intervinientes en el proceso validar que cada una de las pruebas que se presenten cumplan con los parámetros procesales y sustantivos, sin dejar de lado los aspectos técnicos que corresponda según cada prueba para mitigar cualquier contingencia que pueda alegarse con respecto a la prueba aportada.

No basta con un screenshot, con un simple video, con fotografías, con sólo testigos, solo un peritaje... entre otros medios mencionados, la prueba debe ser un conjunto y tener relación directa con los hechos lo que se aporta como prueba. Algo que no se da mucho en la práctica es que se permita llevar el dispositivo para que el juez lo valore, por tanto, lo que sugieren estos casos es qué se le haga saber al juez que en la audiencia sea Mostrar dispositivo o bien si fuera posible se determina un momento para entregar el dispositivo para que sea conocido por las partes y por el juez al momento de celebrar la audiencia.

CONVERSACIONES EN REDES SOCIALES: El año 2018 nos dejó un voto emitido por la Sala Constitucional (Exp: 18-006204-0007-CO Res. Nº 2018007460 San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del once de mayo de dos mil dieciocho) que vino a cambiar la postura de la autorización de uso de la otra parte con respecto a las conversaciones privadas en redes sociales (en el caso del voto es Whatsapp) y permite utilizar como medio de prueba SIN AUTORIZACIÓN de la otra parte, el fallo tuvo un voto salvado por un magistrado que mantiene el criterio anterior que establece que debe ser autorizado por la otra parte o por un juez, le dejamos un extracto de lo indicado pro la Sala:

(Exp: 18-006204-0007-CO, 2018) «*Ahora bien, del estudio de los autos se desprende que la conversación por WhatsApp que se cuestiona en el libelo de interposición, fue aportada por una persona que formaba parte de la misma, y que figura como denunciante dentro del procedimiento administrativo 16-17. En virtud de lo anterior, y en aplicación de lo dispuesto en el pronunciamiento citado en el considerando anterior, no resultaba necesario contar con la orden de un juez para poder acceder a dicho mensaje, toda vez que éste fue presentado en forma voluntaria por un sujeto que participó de la conversación en forma directa, y quien dio su consentimiento para que fuera utilizada como prueba en el procedimiento administrativo antes mencionado. Ante dicho panorama, la Sala no considera que exista una lesión al artículo 24 constitucional, por lo que el recurso debe desestimarse.*»

> En su momento en el año 2013 se había escrito una tesis para la UCR denominada Redes sociales y relaciones laborales, análisis de sus implicaciones y regulación en el ordenamiento jurídico costarricense, en la que se dieron algunos consejos sobre la prueba

documental, que son muy válidos como se explicaron anteriormente (Elizondo Sánchez & Fonseca Castro, 2013) "*Respecto a este tipo de prueba se pueden analizar tres subtipos: la impresión de pantalla, las actas notariales y las certificaciones notariales.*

- *Respecto a la primera, y según la definición de documento brindada por el código procesal civil, esta podría enmarcarse como un posible medio de prueba, siempre y cuando se logre probar la veracidad del contenido mostrado y la atribución de dicho contenido al trabajador; es ahí donde se encuentra el mayor obstáculo, toda vez que no se podrá determinar con una simple impresión de pantalla si el perfil alegado pertenece al trabajador, o en cambio, ha sido suplantado en su identidad, y ante la alegación de este respecto a esta posibilidad, y planteada una duda por parte del Tribunal, deberá fallarse definitivamente a favor del empleado, según el Principio Indubio Pro Operario.*
- *Respecto a las actas notariales, al ser estas instrumentos públicos, en donde la fe notarial les da un carácter probatorio predominante frente a otros medios de prueba, dejaría duda acerca de la legitimidad del medio de prueba si el notario en la misma acta se ve imposibilitado u olvida hacer alusión primero a la forma en que se acceda al perfil del trabajador (directamente como amigo del patrono, o por medio del perfil de un tercero que suministró su cuenta por ser amigo del empleado), y segundo a la constatación de la veracidad del supuesto perfil del colaborador, de forma que se caiga en el supuesto anterior y se desestime la prueba por no poderse comprobar la atribución del contenido expuesto en el acta notarial con la identidad del trabajador.*
- *Por último, respecto a las certificaciones notariales, vendría a presentarse el mismo caso de las actas, sin importar que estas no tengan el carácter de instrumento público."*

Para concluir esta memoria dejaré algunos aspectos curiosos con respecto a los EMOJIS Y LOS STICKERS que son elementos que se dan DENTRO de las redes sociales que deben ser valorados y hay casos resueltos con respecto a estas figuras.

EMOJIS:

¿Quién iba a pensar que tendríamos emojis en un juicio hace 10 años?

La Doctora Ana Rodríguez Álvarez es una de las primeras que ha abordado este tema desde España, y es que se han dado fallos en diversos casos que se ha utilizado un emoji como parte de la valoración del elenco probatorio.

De repente se emite una opinión y llega el famoso ''me divierte'' como reacción que se caracteriza por el emoji riéndose, lo que podría tomarse como ''burla'' de lo que se escribe, pero debe analizarse el contexto e inclusive el trasfondo del caso, se han dado casos en España y Estados Unidos que se ha entrado a analizar el contexto de los emojis en una conversación.

Uno de los primeros casos se dio en Nueva York, en el año 2015 que un joven subió los emojis de un policía y tres pistolas (antes pistolas ''reales'' actualmente pistolas de agua) 👮🔫🔫🔫 siendo detenido y procesado por ''amenaza terrorista''. (El cambio a pistolas de agua fue una queja de un grupo en Estados Unidos)

Por ejemplo un juzgado en Florida aceptó emojis como prueba en un caso de proxenetismo en la que estaba una bolsa de dinero y el tacón rojo en ese caso los fiscales a partir de las conversaciones y los emojis y mensajes buscan que el imputado sea declarado culpable, uno de los mensajes que se analizaba en el juicio era ''El trabajo en equipo hace que el sueño funcione'' le seguían un tacón y la bolsa con el símbolo del dólar** (👠💰).

Otra ejemplo es el emoji de la lengua (👅) que fue tema de conflicto sobre una difamación y que le había insultado incluyendo este emoji en Estados Unidos, el caso inició y los tribunales determinaron que tenía razón el denunciante pues la naturaleza del Emoji con el contexto de lo que sucedió en el caso pretendía ''insultar, ridiculizar, criticar y denigrar al demandante''.

También se han utilizado para temas de amenazas un caso en el que la expareja le envió el emjoji de la pistola que era muy sugestivo de una amenaza, esto fue en el año 2016 en Francia, claramente analizado con otros parámetros que fortalecían la razón de ser de la denuncia que tenía como prueba el Emoji.

En otro caso contractual se analizó el pulgar hacia (👍)arriba para aceptar ir adelante con una gestión o un trato, también el choque de puños (👊🤜) se ha entendido en Estados Unidos como una aceptación sobre algún punto en particular, lo que hace ver que ahora estos elementos de prueba son sumamente valiosos.

Sumado a esto es otro caso que fue resuelto en el año 2017 en Israel se determinó mala fe por parte de una pareja que estaba buscando alquilar un apartamento y habían enviado varios emojis al arrendante que había colocado un anuncio para alquilarlo, este mensaje y los emojis se entendían como positivos sobre alquilar el bien, el mensaje enviado el 5 de Junio del 2016 básicamente decía «Buenos días 😊 Interesados en la casa 💃👯✌🍾 … Solo necesito discutir los detalles … ¿Cuándo es un buen momento para ti?, el dueño de la casa decidió quitar el anuncio y al final la pareja alquilo otro apartamento y dejó de contestarle los mensajes, ante ello fueron condenados a pagar $2,200.00 Dólares por daños y perjuicios ocasionados.

Importante indicar que estos emojis y mensajes sirven como prueba y puede darse un contrato sin que esté firmado por las partes formalmente dado que el artículo 1049 del código civil establece que todo contrato es perfecto cuando se acuerda cosa y precio, por tanto, hay que tener cuidado con estos emojis y como se escribe un mensaje pues podría pasar lo mismo que en Israel acá en Costa Rica o en otros países.

Según technology & marketing law (Goldman, 2019)se realizó un estudio de la Universidad Santa Clara de California, Estados Unidos determinó

que de los últimos 15 años de los casos en los que los emojis se mencionaron o fueron parte del proceso y curiosamente hay 171 casos, de ese grupo el 30% se dio en el año 2018.

Actualmente con teletrabajo existen chats empresariales y tienen emojis, se podría tener temas de ''acoso'' a partir de lo que se envíe.

Y es que estas conversaciones normalmente se dan con aplicaciones que antes no servían como prueba tan fácil como se mencionó supra con el fallo Exp: 18-006204-0007-CO Res. Nº 2018007460.

El artículo 24 de la constitución política es el que "garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.", y la sala determinó que no se había afectado, por tanto los Emojis podrían ir a juicio en Costa Rica sin ningún problema como un elemento de prueba… es importante entender que los emojis son parte de la comunicación y se tendrán muchos más casos en los que se tendrá que analizar el contexto del Emoji según corresponda.

STICKERS:

En un grupo de amigos de repente bromeaban y uno de ellos se molestó por un ''sticker'' que habían generado de él, en forma de burla y sin pedirle permiso para usar su imagen.

''Su molestia llegó a tal punto que contactó al creador del sticker por privado y le dijo que estaba valorando demandar''.

Es normal que se dé la práctica de crear ''memes'' o bien ''stickers'' con el fin de bromear, pero en un alto porcentaje de los casos esta actuación se realiza sin autorización clara, expresa y por escrito de la persona (es claro que esto es difícil de lograr pero es un tema que a la luz del derecho de todas las personas debe respetarse).

Este tema es muy extenso, por lo que se sintetiza en este artículo procurando explicarlo de manera sencilla.

Casi todo el mundo sabe que es un ''Sticker'', la manera de cómo se expresaba antes una gran cantidad de personas en el mundo de manera ''gráfica'' en la época virtual moderna (desde que existía ''messenger'' y sus zumbidos) era con ''emojis'' (aún hoy por hoy siguen siendo utilizados), pero luego por ahí del año 2011 en Japón una empresa coreana puso en funcionamiento una app llamada NAVER en la que puso a disposición PEGATINAS o en inglés Stickers que básicamente pasó a ser la evolución del emoji, más variado y personalizado… (MUY PERSONALIZADO en muchos casos)

Cuando nacieron los stickers la empresa facturaba por venderlos en paquetes, pero luego otras aplicaciones como telegram habían generado ''stickers'' gratuitos, pero Whatsapp en el año 2018 decidió ponerlos en su aplicación y se dio el nacimiento de una GUERRA de stickers que hoy por hoy inunda los celulares a diario, pues básicamente la dinámica versa en que las

personas toman fotos de amigos, conocidos o celebridades le agregan frases y los comparten de celular a celular e inclusive volviéndose virales…

Ahora se procede a abordar el tema de interés…

¿Está en su derecho cualquier persona a reclamar judicialmente por que alguien haga un sticker con su imagen?, Eleonora Lamm Doctora en derecho y bioética definió (Lamm, 2017) ''El derecho a la imagen es aquel que permite impedir que por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.) se capte, reproduzca, difunda o publique nuestra persona de un modo que permita identificarla sin nuestro consentimiento o el de la ley''. Un concepto muy acertado pues abarca no solo el hecho de la función de este derecho fundamental, y es que NO tiene que ser ofensivo el ''sticker'' para que se proceda a tener derecho para reclamar, es el simple hecho de usar la imagen sin autorización y reproducirla. Atención a este último punto, no precisamente solo el que es autor de la creación del sticker, puede ser la persona o personas que lo reproduzcan eventuales responsables civiles ante el daño y perjuicio que puedan ocasionar con ello.

En Costa Rica ya hemos tenido casos sobre el derecho de imagen, de manera gráfica y reciente se ha condenado por el uso indebido de la imagen de las personas, tal es el caso por la manera como se utilizaba la imagen de Eugenia Cartín (este debate aún no termina pues ganó ella en primera instancia), condenando a la empresa por una suma por una suma de Setenta Millones de Colones.

De igual manera se han dado fallos en el que el reclamo a la imagen no fue viable pues no se lograba identificar con certeza si era o no la persona, o era con fines ilustrativos y no se pretendía usar la imagen de la persona para denigrar.

Por tanto, a partir del criterio del suscrito sí es totalmente posible que se dé un reclamo a quien genere un sticker o lo comparta sin que previamente se haya dado autorización de la persona, pues todo ser humano tiene el derecho fundamental a la propia imagen y este es un derecho fundamental, por tanto su uso indebido puede ocasionar daños y perjuicios que deberán ser resarcidos (deben comprobarse estos claramente en juicio y establecer una cuantía apegada a la realidad)

En Costa Rica el derecho a la propia imagen se encuentra regulado en el artículo 24 de la constitución política y de hecho la Sala Constitucional ha determinado esto en jurisprudencia ''..el derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado'' (Sala Constitucional Voto 5376-94, Costa Rica.).

CONCLUSIÓN

Costa Rica es un pequeño país a nivel mundial pero muy grande en temas de derecho, termino como esta frase dado que revisando distintas normativas en el extranjero, nos damos cuenta que en el ámbito procesal Costa

Rica avanzado mucho y está por delante de países con respecto al tratamiento de los medios de prueba tecnológicos, sembrando cimientos y requisitos que ayudan para que se respeten los derechos y adicionalmente se puede utilizar la prueba abriendo inclusive la posibilidad que las sentencias sean realizadas cuando la tecnología o la ciencia logran comprobar que lo que se resolvió antes está mal.

Instó a que de manera creativa tanto los abogados y los jueces busquen la manera de cómo adaptar y aplicar la prueba tecnológica que se da en redes sociales sin que tengan temor, claramente validando que se cumplan los requisitos formales y materiales para su aplicación dentro del proceso, evitando a toda costa cualquier práctica de abuso procesal y dando un mejor sustento o apoyo a la implementación de este tipo de pruebas dentro de los procesos judiciales en el sistema costarricense.

Para usar la prueba tecnológica se debe ser creativo e imaginativo... "**La lógica te llevará del punto A al B. La imaginación te llevará a todas partes". Albert Einstein**

Bibliografía

Armenta Deu, T. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 67-79.

Caroca Pérez, A. (1998). Una primera aproximación al tema de la prueba ílicita en Chile. *Revista ius et praxis*, 309.

Código de Trabajo, Ley número 2. (1943). *Código de Trabajo, Ley número 2.* San José Costa Rica: Diario Oficial la gaceta.

Código Procesal Civil, Ley Número 9342. (2018). *Código Procesal Civil.* San José, Costa Rica: Diario Oficial la gaceta.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Roque de Palma.

Diccionario panhispánico del español jurídico . (18 de 10 de 2020). *https://dpej.rae.es/l*. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/requisito-material#:~:text=Gral.,acto%20es%20un%20requisito%20material.

Diccionario panhispánico del español jurídico. (18 de 10 de 2020). *https://dpej.rae.es*. Obtenido de https://dpej.rae.es/lema/requisito-de-forma#:~:text=Gral.,%2C%20negocio%2C%20disposici%C3%B3n%20o%20resoluci%C3%B3n.

Elizondo Sánchez, A., & Fonseca Castro, A. (1 de Abril de 2013). *https://iij.ucr.ac.cr/*. Obtenido de https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Redes-sociales-y-relaciones-laborales-an%C3%A1lisis-de-sus-implicaciones-y-

regulaci%C3%B3n-en-el-ordenamiento-jur%C3%ADdico-costarricense.pdf

Exp: 18-001824-0007-CO, Voto 4835-2018. (Sala Constitucional 23 de Marzo de 2018).

Exp: 18-006204-0007-CO, Voto 2018-007460 (Sala Constitucional 11 de Mayo de 2018).

Godínez Vargas, A. (1990). *La apreciación de la prueba en materia laboral : una contribución al estudio de la jurisprudencia costarricense.* San José, Costa Rica: Mundo Gráfico.

Goldman, E. (31 de Enero de 2019). *https://blog.ericgoldman.org/*. Obtenido de https://blog.ericgoldman.org/archives/2019/01/emoji-law-2018-year-in-review.htm

GOZAÍNI, O. (1 de Enero de 2015). *http://www.derecho.uba.ar/*. Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-gozaini-pruebas-cientificas-y-verdad.pdf

Grupo de Trabajo Unión Europea sobre Protección de Datos - Artículo 29. (29 de Mayo de 2002). *http://ec.europa.eu*. Obtenido de http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_es.pdf

Gutierrez, C. (25 de Septiembre de 2017). *https://cristhiangtz.blogspot.com*. Obtenido de https://cristhiangtz.blogspot.com/2017/09/conducencia-pertinencia-y-utilidad-de.html?fbclid=IwAR2jYAxrg3zcNQyEEfMYaLPrGQvpMm68PuEFsHSV_dmByEPuGjdua-FpfDU

Huertas Díaz, O., Prieto Moreno, J., & Jiménez Rodríguez, N. (21 de Marzo de 2015). *https://www.revistamisionjuridica.com/*. Obtenido de https://www.revistamisionjuridica.com/la-prueba-ilegal-e-ilicita-su-tratamiento-de-exclusion-probatoria-en-el-proceso-penal-colombiano/#:~:text=%E2%80%93%20La%20prueba%20ilegal%20es%20aquella,como%20las%20garant%C3%ADas%20del%20enjuiciado.

IBERLEY. (9 de Marzo de 2020). *https://www.iberley.es/*. Obtenido de https://www.iberley.es/temas/petitum-partes-proceso-civil-53201#:~:text=Con%20la%20locuci%C3%B3n%20latina%20%E2%80%9Ccausa,incoaci%C3%B3n%20del%20procedimiento%20jurisdiccional%20concreto.

Lamm, E. (1 de Marzo de 2017). *http://www.salud.gob.ar*. Obtenido de http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-la-imagen

Madonado, A. (19 de 10 de 2020). *http://ual.dyndns.org/*. Obtenido de http://ual.dyndns.org/biblioteca/Derecho_Procesal_Civil/Pdf/Unidad_17.pdf

Minvielle , B. (1987). *La prueba ilicita en el Derecho Procesal Penal.* Córdoba: Marcos Lerner Córdoba SRL.

Montero Aroca, J. (1998). *LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.* Madrid: Editorial Civitas.

Olaso Álvarez, J. (2008). *https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr*. Obtenido de https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/laboral/prueba_materia_laboral.pdf

Picado Vargas, C. A. (2 de Abril de 2018). Charla Calculo probático y teoría del caso. San José, Zapote, Costa Rica.

Picado Vargas, C. A., & Artavia Barrantes, S. (1 de Noviembre de 2018). *https://www.masterlex.com/*. Obtenido de https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2018/Noviembre/Capitulo_19_La_prueba_genereal.pdf

RAMÍREZ GUATEMALA, E. (13 de 12 de 2005). *http://www.csj.gob.sv/*. Obtenido de http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/3db6532d39e032fd06256b3e006d8a73/2b94f73f54c46da506257738007483b8?OpenDocument

Rocha Alvira, A. (2012). *De la prueba en derecho.* Colombia: Grupo Ibañez.

Rodríguez Salazar, R., & Ruiz Jiménez, K. (2020). *Aspectos Prácticos de la demanda laboral y su contestación.* San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Faro.

Universidad San Carlos de Guatemala. (13 de Octubre de 2020). *https://www.studocu.com/latam/document/universidad-de-san-carlos-de-guatemala/derecho-penal-i/resumenes/teoria-de-la-prueba/4066497/view*. Obtenido de https://www.studocu.com/latam/document/universidad-de-san-carlos-de-guatemala/derecho-penal-i/resumenes/teoria-de-la-prueba/4066497/view

LUCES Y SOMBRAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA: CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Nohelia Vega Carvajal[364]

"La planificación a largo plazo no es pensar en decisiones futuras, sino en el futuro de las decisiones presentes". (Peter Drucker)

Sumario. **1. Introducción. 2. Estandarización de conceptos. 2.1. La carga de la prueba: concepto. 2.2. Presupuestos para la aplicación de la carga de la prueba. 3. Breve diferenciación conceptual con figuras relacionadas: inversión de la carga de la prueba, estándar de prueba, presunciones y valoración de la prueba. 3.1. Inversión de la carga de la prueba. 3.2. Estándar de prueba. 3.3. Presunciones. 3.4. Valoración racional de la prueba. 4. Algunas consideraciones sobre la carga dinámica de la prueba. 4.1. Algunas críticas a la carga dinámica de la prueba. 5. Análisis del tratamiento normativo y jurisprudencial en material civil y contencioso administrativo. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.**

1. INTRODUCCIÓN

Desde la concepción racional de la prueba, necesariamente se parte de la premisa de que el fin institucional del proceso es la búsqueda de la verdad para alcanzar decisiones justas. Bajo este entendido, la decisión judicial no solo presupone la legalidad en la aplicación del derecho, sino la veracidad entendido como corroboración de verdad[365] de los enunciados fácticos. En ese sentido, la epistemología nos lleva a analizar la búsqueda y enriquecimiento del material probatorio sobre el cual se asentará la decisión judicial, ya que entre más rico sea el conjunto probatorio mayor será la probabilidad de acercamiento a la verdad y, por tanto, de acierto en la decisión.

---

[364] Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona y Génova. Máster en Contratación Comparada e Internacional, Universidad de Chile y American University, Washington College of Law. Licenciada en Derecho, Universidad de Costa Rica. Miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal- Capítulo Costa Rica, miembro del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Científico. Abogada litigante y notaria.

[365] Desde luego, en el campo del Derecho la verdad es relativa, ya que se funda exclusivamente de las pruebas obtenidas en el proceso.

Cuando hablamos de la concepción racional de la prueba[366], necesariamente se parte de la premisa de que el fin institucional del proceso es la búsqueda de la verdad para alcanzar decisiones justas. Bajo este entendido, la decisión judicial no solo presupone la legalidad en la aplicación del derecho, sino la veracidad entendido como corroboración de verdad[367] de los enunciados fácticos.

En ese sentido, la epistemología nos lleva a analizar la búsqueda y enriquecimiento del material probatorio sobre el cual se asentará la decisión judicial, ya que entre más rico sea el conjunto probatorio mayor será la probabilidad de acercamiento a la verdad y por tanto de acierto en la decisión. No obstante, la regla del derecho a la prueba encuentra su limite en las reglas de admisión y correspondientes reglas de exclusión, donde se pueden prescindir prueba que resulte relevante en atención a una ponderación de intereses vinculados en el proceso, por ejemplo, la prueba obtenido por medios ilícitos.

En ese análisis sobre la adquisición de información relevante al proceso, se ha puesto en evidencia algunos institutos jurídicos que, aunque antiquísimos, en los últimos años han tomado especial importancia, como es el

[366] Conviene traer a colación un criterio jurisprudencia importante al respecto: "Es por ello, que: "... la prueba tiene por finalidad la comprobacion de aquellos hechos relevantes y controvertidos que se hubiere nhecho llegar al proceso, para resolver de seguido las pretensiones expuestas en estrados. Desde este punto de vista, en la dinámica probatoria, todos los sujetos del proceso asumen un rol particularmente activo, pues a las partes se les asigna la carga y la función probatoria principal que a ellas corresponde en defensa de sus particulares posiciones. Pero el juez tambien puede adoptar, facultativamente, importantes mecanismos oficiosos que le permitan allegar al conflicto jurisdiccional elementos relevantes que clarifiquen cualquier hecho que estime pertinente para la definición del caso. (…). En síntesis, puede afirmarse que la prueba fija los hechos relevantes y controvertidos para resolver el conflicto judicial planteado. Además, permite administrar justicia conforme al régimen democrático y al bloque de derecho, pues se juzga conforme a reglas juridicas y no en conciencia, ni con criterios subjetivos o desprovistos de cualquier base probatoria. En tercer lugar, convece al juez no en su criterio estrictamente personal, sino en el convecimiento objetivo, de acuerdo con lo que se logró traer al proceso acerca de la existencia o inexistencia de determinados presupuestos fácticos, sobre los cuales, hará despues la ponderación o aplicación jurídica pertinente. Y por último, con igual relevancia, la prueba permite establecer la certeza jurídica de los acontecimientos y hechos necesarios para definir y aplicar en última instancia el Derecho pertinente, y aquí se reitera, dicha certeza se logra sobre la base de elementos objetivos, ajenos a la percepción arbitraria o subjetiva del juzgador, que imperó en regímenes pasados. De este modo, los hechos se prueban, las normas se aplican y los derechos e interes se declaran u otorgan a quienes pidieron probando." (Resoluciones nos. 287-F-S1-2009 de las 10 horas 45 minutos del 19 de marzo de 2009 y 173-F-S1-2013 de las 9 horas 10 minutos del 14 de febrero de 2013, entre otras). (Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 68 – 2019)

[367] Desde luego en el campo del Derecho la verdad es relativa, ya que se va a fundar exclusivamente de las pruebas obtenidas en el proceso.

caso de la carga de la prueba y, particularmente, la carga dinámica de la prueba.

2. ESTANDARIZACIÓN DE CONCEPTOS.

2.1. La carga de la prueba: concepto

La carga de la prueba es un instituto jurídico que le dice al al Juez cómo debe resolver en supuestos de insuficiencia probatoria, a favor de quién tiene que fallar cuando existe una grave insuficiencia de prueba sobre la corroboración de las hipotesis fácticas, es decir, es una regla de juicio para el juez que le permite al juzgador determinara cuál de las partes debe sufrir las consecuencias desfavorables por la falta de prueba de un hecho. Desde luego dicha regla a su vez permite a las partes orientar su conducta, actividad y estratégia probatoria y los hechos cuya práctica les interesa.

Lo anterior puede conceptualizarse en lo que tradicionalmente se ha distinguido como los dos aspectos o dimensiones sobre la carga de la prueba:

a) La carga de la prueba objetiva:

En términos del profesor Jordi Ferrer, responde a la pregunta de ¿Quién pierde si no hay prueba suficiente? Quien soporta las consecuencias por la incertidumbre de un hecho -insuficiencia probatoria-. La carga objetiva se concibe como una regla de juicio[368], cuya operaración es residual, es decir, aplica únicamente ante el fracaso de la actividad probatoria de las partes, la iniciativa probatoria del juez y la valoración de la prueba. Superado lo anterior y subsistiendo la incertidumbre probatoria, esta regla de decisión aplica para determinar las consecuencias de la falta de pruebas de una hipótesis (Rosenberg) y cumplir la obligación de resolver todos los casos evitando un *non liquet.*

Dicho lo anterior, en nuestro país, bajo la regla clásica de distribución de la carga de la prueba:

- Pierde el actor que si no hay prueba suficiente de los hechos constitutivos de su pretensión
- Pierde el demandado si no hay prueba suficiente de hechos impeditivos, extintivos o impeditivos que enervan la pretensión del actor.

b) La carga de la prueba subjetiva

La concepción subjetiva se ha centrado en determinar quién es el que debe suministrar la prueba en el proceso civil a fin de evitar la decisión desfavorable. Dicho de otra manera, se alude a una regla de conducta de las partes o de instrucción: permite organizar la actividad probatoria de las partes, en la producción de la prueba, pero que en nada tiene que ver con la carga de la prueba y más aun, resulta absolutamente irrelevante en la actualidad

[368] Cabe señalar que resulta imprecisa la denominación de carga, entendida como situación jurídica, para referir a esta dimensión toda vez que el juez no tiene una carga como tal dentro del proceso, sino deberes.

procesal, donde bajo el **principio de adquisición** de la prueba, carece de importancia quien proporcionó la prueba al proceso, sean las partes o incluso el juez según los poderes de iniciativa probatoria, ya que los resultados de la actividad procesal son comunes, las pruebas son del proceso y están destinadas al juez con independencia de quien las haya proporcionado (Chiovenda). Pero, además, no aportar prueba al proceso por quien según la regla clásica era el llamado, no genera necesariamente la pérdida del proceso, es solo un riesgo.

2.2. Presupuestos para la aplicación de la carga de la prueba

La aplicación de la carga de la prueba es la última ratio, limitada a aquellos casos donde, concluida la fase de practica de las pruebas, exista insuficiencia probatoria. Al respecto podemos determinar los presupuestos:

a) La duda radica exclusivamente sobre **cuestiones de hecho**, no sobre aspectos jurídicos. Al respecto, "cuando los acontecimientos fundamentales no se discuten o se han aclarado completamente, el juez no puede tratar sus dudas internas sobre la aplicación de una norma jurídica o de un concepto jurídico como si fueran dudas relativas a la cuestión de hecho, haciéndolas recaer sobre la parte que soporta la carga de la prueba con respecto a los presupuestos reales de la norma o del concepto jurídico … ya que se trata de la solución de una pura cuestión jurídica: iura novit curia. (…) el tribunal no puede hacer depender la interpretación del hecho de que la parte cuya petición procesal supone una declaración de un contenido determinado, suministre el material para una interpretación que la favorece, y, de lo contrario, decidir en contra de esa parte, solamente porque recaiga en ella la carga de la prueba. (…) Las normas relativas a la carga de la prueba sólo están destinadas a resolver las dudas en el terreno de la cuestión de hecho, y sólo tienen capacidad para ello" (Rosenberg, 2002, p.24-26).

b) La duda o incertidumbre probática es sobre los **hechos relevantes** para la decisión (Muñoz, 2001, p168). En ese sentido, no se trata de cualquier hecho sino exclusivamente sobre el hecho o hechos relevantes[369] y controvertidos en relación con su pretensión procesal, ya que como señala Rosenberg el juez no puede dudar de lo que es cierto para las propias partes y que ellas admiten o no discuten (Rosenberg, 2002, p.23 y 62). No debemos conformarnos de forma simplista con una cuestión exclusivamente psicológica de la persona juzgadora, sino que debe poder objetivarse de tal forma que no sirva como mampara para arbitrariedades por no poder ser constatable.

[369] En Costa Rica el artículo 41.3 CPC establece como criterios de admisibilidad de las pruebas que tengan relación directa con los hechos y la pretensión, siempre que sean controvertidos.

c) El meollo del problema es determinar cuándo hay **insuficiencia probatoria**[370]. Señala Micheli que "No probar del todo o probar insuficientemente es, por tanto, idéntico en el proceso civil, puesto que, en ambos casos, agotada negativamente la fase de valoración de las pruebas, entra siempre en aplicación de la regla de juicio" (Micheli, 1960, p.185). Sin embargo, más allá de ello, la carga de la prueba en sí misma no establece cuándo debe considerarse incierto el hecho, por lo que dependerá del grado de certeza exigido para la prueba de los hechos, es decir, la carga de la prueba aplica sólo cuando los elementos de juicio no superan el estándar de prueba previsto para ese tipo de caso (Ferrer, 2018, p.133).

d) Asimismo, debe indicarse que la carga de la prueba aplica **al momento de dictarse la sentencia** cuando exista la duda probatoria, es decir, como última ratio en la fase de sentencia[371]. La regla de la carga de la prueba despliega sus efectos cuando ya la fase probatoria se ha cerrado negativamente y el juzgador debe extraer las consecuencias jurídicas esa situación de insuficiencia probatoria. Es decir, la carga de la prueba entra en aplicación, como última ratio tras haberse evacuado la prueba de las partes y la prueba de oficio requerida por el juez (De Paula Ramos, 2018, p.52). Al respecto, se ha discutido la relación de la aplicación de la carga de la prueba con la apreciación de estas, sin embargo, la última refiere al proceso bajo el cual el juez obtiene su convición sobre las afirmaciones discutidas en el proceso, pero "la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó" (Rosenberg, 2002, p.82).

[370] Debido a la amplitud de este aspecto y escapar del objeto del presente trabajo, no será desarrollado en el ppresente trabajo, sin embargo, realizaré una breve referencia. Para Fernández, se pueden diferenciar 2 estándares de prueba: a) prueba más allá de toda duda razonable, aplicable en materia penal y b) prueba preponderante o prevaleciente, para materia civil, cuya exigencia es inferior para tener como probado un hecho y consiste en aparecer como más probable su inexistencia. (Fernández, 2006, p.33-34. También puede verse en Ferrer (2007, p.139-140), Escaler (2017, p.64-67) y Ferrer (2016, p.154-159).

[371] No obstante, como bien afirma Rosenberg, a pesar de que la carga de la prueba aplica al final del proceso, en la sentencia, lo cierto es que un juez responsable debe considerar esta situación a lo largo de todo el proceso y estas palabras tienen especial eco tratándose de la tendencia a procesos orales (Rosenberg, 2002, p.93).

Dicho lo anterior, la aplicación de las reglas estáticas del *onus probandi* no siempre incentiva a las partes efectivamente para traer la prueba al proceso, e incluso en muchas ocasiones puede conducir a la imposibilidad de probar por la parte "débil" de la relación procesal por la dificultad o no acceso al material probatorio, por lo que se ha buscado una mejor adecuación a la realidad surgen la necesidad de flexibilizar estas reglas de distribución probatoria bajo diversas modalidades, se tratan de excepciones a la regla general de la carga de la prueba, entre ellas la inversiones de la carga de la prueba, aligeramiento de la carga, carga dinámica de la prueba, entre otras.

3. *BREVE DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL CON FIGURAS RELACIONADAS: INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, ESTÁNDAR DE PRUEBA, PRESUNCIONES Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.*

En la práctica y su aplicación los aspectos relacionados con carga de la prueba, han estado relacionado con algunas figuras afines, lo que ha generado algunas confusiones conceptuales, por lo que conviene distinguir.

3.1. Inversión de la carga de la prueba

La expresión inversión de la carga de la prueba carece de contenido unívoco, no obstante, en términos generales podemos indicar que alude a una excepción a la regla clásica de distribución de la carga de la prueba, en virtud de la cual se establece una modificación de los criterios de distribución establecidos por la regla legal clásica (Fernández, 2006, p.117)[372] con lo que se traslada dicha carga a la contraparte. Al igual que sucede en la carga dinámica, el fundamento intrínseco de esta figura está en la protección a la parte que se encuentra en una posición de dificultad probatoria derivada del acceso y/o disponibilidad en relación con el hecho alegado.

Si bien es cierto, en los casos de inversión de la carga, se modifica la regla clásica de que quien formula una pretensión le corresponde acreditar los hechos constitutivos de la misma, y en contraprosición al demandado le corresponde acreditar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que enerven la pretensión del actor, esta excepción de ninguna manera releva ni descarga a la parte beneficiada por la inversión, de su carga de aportar los medios probatorios respectivos, ya que la inversión de la carga no significa una liberación probatoria absoluta. Así lo ha establecido la Sala Primera en los casos de responsabilidad bancaria frente a los consumidores, al señalar que:

> *"En relación con este tema, esta Sala ha manifestado: "[…] En primer término, se advierte, usualmente el usuario de los servicios se encuentra en una situación donde le resulta muy difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para*

[372] En igual sentido, Lluch (2012, p. 391).

su pretensión, colocándole ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde la carga probatoria, le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso (en este sentido, consúltese el fallo no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008). Empero, de lo anterior no puede extraerse que la víctima se encuentra exenta del deber probatorio, ya que le corresponde acreditar, en los términos dichos, el daño sufrido y el nexo de causalidad. De esta manera, corre por cuenta del accionado probar que es ajeno a la producción del daño, es decir, ha de demostrar la concurrencia de alguna de las causas eximentes de responsabilidad, ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor. También puede librarse el demandado de la responsabilidad en el tanto logre comprobar que el régimen establecido en el cardinal 35 de la Ley 7472 no le es aplicable, ya sea porque no concurren en la especie los presupuestos subjetivos para su aplicación (por ejemplo, si las partes no se encontraran en una relación de consumo), o bien, en el caso específico de la teoría del riesgo que contempla dicha norma, que este no se ubica en un grado de anormalidad." (Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 1289 – 2017, reiterado en la Resolución Nº 658 – 2018).

Tal como lo expone el profesor Nieva, en los supuestos de inversión de carga de la prueba, aunque no nos hallemos realmente ante una presunción, desde el punto de vista práctico los pocos indicios que aporte el demandante servirán para que se permita abrir el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba[373].

3.2. Estándar de prueba

Este concepto refiere a cuál es el nivel de suficiencia probatoria para poder considerar un hecho como probado. Responde a la pregunta de ¿cuándo hay prueba suficiente?

Para la parte de la doctrina a favor de los estándares de prueba, existe una necesidad de establecer un umbral que determine el grado de prueba mínimo para tener por probado un hecho, que además sea establecido previamente y de forma casuística o subjetiva. Dicho esto, *"no es suficiente la comparación entre todas las pruebas que pretenden avalar las dos hipótesis fácticas en juego, y no sólo porque posiblemente estén establecidas cargas de prueba distintas, sino porque la hipótesis que se declarará probada debería necesariamente alcanzar cierto grado de prueba"*[374].

[373] Nieva Fenoll, Jordi. Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/sistemas-de-valoracion-de-la-prueba-jordi-nieva.pdf

[374] Vázquez, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons. 2013.** https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788415664536.pdf

La determinación del nivel de estándar de prueba dependerá de una decisión político-ideológico sobre la determinación de distribución del error en las decisiones probatorias, así existen 2 tipos de errores posibles:

- Error tipo 1 o falso positivo: tener por probado lo que es falso
- Error tipo 2 o falso negativo: tener por no probado lo que es verdadero

En ese sentido, ambos errores generan graves consecuencias, no obstante, dependiendo de la ponderación que se realice de los derechos afectados con cada error, así será la tolerancia de un cierto tipo de error y con ello, una mayor o menor exigencia[375].

El estándar de prueba es un presupuesto de la carga de la prueba ya que para poder saber que no hay prueba suficiente y, por tanto, la necesidad de recurrir a la aplicación de la carga de la prueba, es necesario saber cuál es el estándar de prueba exigido.

3.3. Presunciones

Las presunciones consisten en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos[376], es decir, la existencia de un hecho es deducida de la prueba de otro hecho. Para el profesor Nieva, las presunciones son un esquema de razonamiento de la lógica formal que guía la valoración del Juez en supuestos de duda[377].

Si bien es cierto, las presunciones no son un medio de prueba, sí tienen efectos probatorios al permitir fijar la certeza de ciertos hechos.

Para Michelli, las presunciones no tienen como principal finalidad la formación de convicción del juez, sino que permite una regulación positiva a una relación particular o estado de hecho particular, disponiendo los elementos de la hipótesis en modo diferente al normal[378], es decir, corresponde a normas sustantivas.

Para la aplicación de una presunción, si la parte no acredita el supuesto fáctico de la norma ("Hecho base"), no es posible alcanzar la presunción. Lo antes descrito corresponde a aplicación pura y simple de carga de la prueba, donde ante la insuficiencia probatoria, quien alegó la presunción y no la

[375] A mayor abundamiento pueden consultarse Gascón Abellán, Marina. Cuestiones Probatorias. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. Pág.80.

[376] Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil. 5ta edic. Editorial Aranzadi. España. 2007. Pág.

[377]Nieva Fenoll, Jordi. Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/sistemas-de-valoracion-de-la-prueba-jordi-nieva.pdf

[378] Michelli, Gian Antonio. La carga de la prueba. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961. Pág. 197.

acredito, asume las consecuencias negativas, sea la no aplicación de la presunción[379].

A pesar de su diferencia con la carga probatoria, las presunciones pueden influir sobre esta última, calificando excepcionalmente la prueba de los hechos, facilitando la aplicación de la regla de juicio. En ese sentido, las presunciones no se miran con incidencia a la valoración de prueba, sino con incidencia sobre la distribución de la carga de la prueba.

3.4. Valoración racional de la prueba

Consiste en evaluar cuál es el grado de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a una hipótesis en conflicto y si ese grado de corroboración es suficiente para aceptarla como verdadera[380]. La confirmación de la hipótesis dependerá del estándar de prueba, que en el caso del ámbito civil opera el estándar de prueba prevaleciente o criterio de probabilidad prevaleciente como criterio racional de elección de la hipótesis.

El criterio de probabilidad prevalente propio de la materia civil implica que una hipótesis estará probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria. En palabras de la profesora Gascón, el grado de probabilidad de una hipótesis es superior a la otra. A diferencia de la materia penal, donde el estándar exige que la hipótesis sea confirmada más allá de toda duda razonable[381].

Tal como he indicado, la carga de la prueba es una institución que le dice al Juez a favor de quién tiene que fallar cuando existe una grave insuficiencia de prueba sobre un hecho concreto, no en cuanto a la valoración de la prueba, sino en relación a la aportación de dicha prueba. La valoración de la prueba parte de una actividad probatoria, mientras que la carga de la prueba parte de un fracaso probatorio.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.

[379] Por ejemplo, el art.35 del Código Civil establece la presunción de la conmoriencia. Si una parte desea aplicar esta presunción, de acuerdo a la norma sustantiva, le corresponderá acreditar que (1) dos o más personas, (2) fallecieron, (3) en un mismo acontecimiento u otra causa donde no es posible saber el orden en que fallecieron. Si se acreditan estos supuestos fácticos de la norma, se alcanzará la consecuencia de la aplicación de la presunción, sea tener por demostrado que todas esas personas fallecieron en el mismo momento. Caso contrario, si no acredita los supuestos fácticos de la norma, dicha parte que alega la presunción, asumirá las consecuencias negativas ante la insufiencia probatoria, sea no se estará en el supuesto de presunción de conmoriencia.

[380] Gascón Abellán, Marina. Cuestiones Probatorias. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. Pág.76.

[381] En ese sentido puede consultarse Ferrer Beltrán, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons. Madrid. 2007. Pág.47, así como Gascón Abellán, Marina. Cuestiones Probatorias. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. Pág.78.

La carga probatoria dinámica[382] se ha definido como "un desplazamiento del onus probando, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos" (Peyrano, a.2008, p.20).[383]

De lo anterior podemos señalar algunas consideraciones importantes:

- Esta doctrina parte de la dimensión subjetiva de la carga de la prueba (Peyrano, b.2008, p.79-80). Se visualiza como nuevos criterios de distribución de la carga de la prueba.
- La carga dinámica de la prueba se concibe como incentivo para que las partes alleguen al proceso prueba relevante.
- Su uso es excepcional, en casos extremos. Procede sólo cuando la aplicación de las reglas clásicas generaría una consecuencia inconveniente e inicua.
- Aplica para supuestos de desigualdad trascendente en cuanto a las posibilidades probatorias.[384]

[382] A finales de la década de los 80's, en Argentina se gestó la doctrina de la carga dinámica de la prueba en virtud de la cual es definida por su máximo exponente como un desplazamiento excepcional de la carga probatoria según las circunstancias del caso, por quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, dicho esto, corresponde a una inversión parcial de la carga de la prueba, sea aplicable solo sobre determinados hechos, no su totalidad, por lo que para los demás se mantiene la aplicación de las reglas clásicas de la carga de la prueba. Al respecto se puede consultar: Peyrano, Jorge. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas., en Peyrano, Jorge y Lépori White, Inés (coord.): Cargas probatorias dinámicas. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2008.

[383] La Sala Constitucional ha definido y aplicado el la carga dinámica de la prueba en los casos de agresión policial. Al respecto, "En este sentido, los criterios de la Sala señalados en la sentencia parcialmente transcrita supra, se sustentan, como se dijo, en el principio de la carga dinámica de la prueba que, doctrinariamente, es conocida como la posibilidad de trasladar esta carga de probar los hechos a la parte que está en menores condiciones para hacerlo, de modo tal que la inversión de la prueba pretende "determinar sobre quién pesan los esfuerzos de probar en función de las posibilidades de producir la prueba". Es decir, que se parte del interrogante de quién es la persona que está en mejores y peores condiciones para probar los hechos. Implica un reconocimiento de la desigualdad en que se hallan las partes respecto del hecho a probar y constituye una compensación [Nombre 008] de la parte a la que le es más difícil acreditarlo**.** Así las cosas, para la Sala, en el caso concreto, la posición en la que se encuentra la parte tutelada es evidentemente limitada para producir prueba contundente que demuestre que en su contra existió un uso excesivo de la fuerza de manera arbitraria e injustificada por parte de los recurridos". (Sala Constitucional, Resolución Nº 24776 – 2019, 7467-2020).

[384] Para el autor Barberio, si el sujeto débil se encontraba en condiciones suficientes para producir la prueba, no tiene sentido analizar la "mejor posición" de la parte contraria. En ese sentido, quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria debe justificar que él

- Se releva del *onus probando* a la parte considerada como "débil" procesalmente y recae sobre la parte que está en mejores condiciones para producir la prueba. Estas mejores condiciones pueden ser técnicas, profesionales o fácticas.[385]
- Considera Peyrano que se debe tener especial cuidado al valorar la prueba aportada por la parte en atención a la facilidad y disponibilidad probatoria, ya que dicha parte está normalmente en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio (Peyrano, a.2008, p.21-22).
- La expresión dinámica, en palabras de su autor, evoca el "desplazamiento excepcional de la carga probatoria que se transfiere en cabeza de quien, en principio, no la soportaba" (Peyrano, c.2008, p.170), es decir, la carga de la prueba se desplaza hacia una u otra parte según quien se encuentre en mejores condiciones.
- No implica desplazamiento completo de la carga de la prueba, sino sólo parcial. Ese desplazamiento es sobre determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico, por lo que se mantiene la carga de la prueba sobre lo restante (Peyrano, b.2008, p.95). Como bien señala Barberio no es posible atribuir siempre y de forma automática la carga de la prueba a quien aparece en mejores condiciones de probar, sino que es dable exigir alguna prueba que indique tal condición, "si de colaboración o solidaridad se trata, el sujeto cuya carga se aligera, debe arrimar algún esfuerzo y desarrollar también actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objetamos no habrá hecho más que cambiar de manos" (Barberio, 2008, p. 103).
- Como consecuencia de lo anterior, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no implica la desaplicación de las reglas clásicas de carga de la prueba ni su sustitución.[386]

4.1. Algunas críticas a la carga dinámica de la prueba

Pese a que la doctrina de la carga dinámica ataca un tema absolutamente relevante, el tratamiento dado por esta teoría no solo es

no está en condiciones de poder producirla, ya que de lo contrario deberá probar con independencia de que su contraria también pueda o incluso, este en mejores condiciones para hacerlo (Barberio, 2008, p.104).

[385] Como se ha indicado, el desplazamiento de la carga probatoria será aceptable sólo si la contraparte se encuentra en mejores condiciones reales para acreditar dichos hechos, sin embargo, cuando las dificultades probatorias afecten a ambas partes, la inversión de la carga procesal no se encuentra justificada (Peyrano, b.2008, p.96).

[386] Al respecto, "las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba, que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal, deben ser preservadas como viga maestra en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso" (Peyrano, b.2008, p. 91).

incorrecto, sino que no es eficiente para el cumplimiento de sus fines[387], de ahí que su aplicación debe mirarse con especial cuidado. La carga dinámica de la prueba no propicia un mayor acervo del material probatorio por las siguientes razones:

1) Tratándose de una carga jurídica, su cumplimiento resulta facultativo para la parte. Como carga no existe una sanción de coercitivamente obligue a la parte a aportar la prueba requerida.
2) El no cumplimiento de la carga probatoria clásica o dinámica, no genera necesaria ni automáticamente una consecuencia desfavorable. A lo sumo sería un riesgo de perder el proceso, ya que debe analizarse la prueba en su conjunto y por el principio de adquisición se pueden tener por demostrada la hipótesis. Una parte puede no aporta prueba y aun así no perder el proceso.
3) Bien puede la parte en mejores condiciones no aportar la prueba requerida y, en su lugar, presentar prueba contundente de descargo con lo que el juez, a pesar de la negativa, no puede dejar de valorar la prueba en su conjunto y, si del resultado se tiene por probado el hecho de la parte en mejores condiciones, así debe fallar.
4) Lo que determina el resultado de un proceso es la efectiva corroboración de la hipótesis fáctica, no la actividad de las partes.

Dicho lo anterior, la siguiente pregunta a plantearse es como podemos resolver el tema de generar un incentivo eficiente para traer información relevante al proceso. La referencia contenida en la norma procesal sobre facilidad y disponibilidad probatoria debe ser entendida no como una inversión parcial de la carga probatoria, sino simplemente como deberes procesales de colaboración. A diferencia de las cargas, los deberes resultan imperativos, corresponden a un comportamiento exigido cuyo incumplimiento acarrea una sanción. Con ello ya no será facultativo de la parte aportar una determinada prueba requerida, sino que, por el contrario, ante su incumplimiento existirá una sanción concreta que permite generar un mayor incentivo para su cumplimiento.

Dicho lo anterior, la siguiente pregunta a plantearse es como podemos resolver el tema de generar un incentivo eficiente para traer información relevante al proceso. La referencia contenida en la norma procesal sobre facilidad y disponibilidad probatoria debe ser entendida no como una inversión parcial de la carga probatoria, sino simplemente como deberes procesales de colaboración.

A diferencia de las cargas, los deberes resultan imperativos, corresponden a un comportamiento exigido cuyo incumplimiento acarrea una

[387] A mayor abundamiento se puede consulta: Vega Carvajal, Nohelia. **La carga dinámica de la prueba en el Código Procesal Civil costarricense**. Publicada en: Mora Sanchéz, Jeffry et al. **La Prueba (razonamiento probatorio y justificación de decisiones judiciales y administrativas).** San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 2019.

sanción. Con ello ya no será facultativo de la parte aportar una determinada prueba requerida, sino que, por el contrario, ante su incumplimiento existirá una sanción concreta que permite generar un mayor incentivo para su cumplimiento.

Dicho lo anterior, corresponderá a la parte que se encuentre ante una imposibilidad de acceso o disponibilidad del material probatorio, alegar el hecho relevante, ofrecer la prueba requerida, justificar su imposibilidad y solicitar el al juez requerir a la parte contraria la prueba determinada. En ese sentido, se deberá valorar los requisitos mínimos antes indicados y en caso de que el juez considere su procedencia, exigir el deber de colaboración procesal con las sanciones procesales respectivas.

Entender los criterios de facilidad[388] y disponibilidad[389] probatoria como deberes de aportación, permiten:

1. Mantener un criterio racional de la prueba: En la fase de admisibilidad y evacuación de la prueba, la parte requerida aporta la prueba de acceso o disponibilidad. Dicho esto, el deber procesal se tiene por cumplido y descargada la parte. Ahora bien, una vez concluida la fase de valorar la prueba y determinada la insuficiencia probatoria, se aplican las reglas clásicas de la carga por lo que si la prueba requerida y aportada por la contraria no corrobora la hipótesis fáctica que se proponía la parte requirente, eso en nada afecta a la contraria. Siguen manteniéndose las consecuencias de la insuficiencia probatoria en cabeza de quien alega y excepcional.
2. Se establecen incentivos más eficientes a través de sanciones para los casos de incumplimiento del deber de aportación de pruebas requeridas.

---

[388] "Su concepto es más amplio que el de disponibilidad, por lo que todos los casos de disponibilidad probatoria implican también facilidad, pero no todos los casos de facilidad corresponden a disponibilidad. Para Muñoz Sabaté, la parte se encuentra en una posición más fácil o menos gravosa para aportar la prueba por la relación con el hecho, para lo cual habrá que considerarse el comportamiento de la parte en el proceso, así como la buena fe procesal (Montero, 2007, p.135)". (Vega Carvajal, Nohelia. **La carga dinámica de la prueba en el Código Procesal Civil costarricense**. Publicada en: Mora Sanchéz, Jeffry et al. **La Prueba (razonamiento probatorio y justificación de decisiones judiciales y administrativas).** San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 2019).

[389] "Refiere a una situación de cercanía o contacto con la prueba. En palabras de Montero Aroca, la disponibilidad refiere a la proximidad de la parte con la fuente de prueba y esta puede ser material, por ejemplo, la tenencia del documento, o intelectual como sería el conocimiento de la información (Montero, 2007, p.136). Para Fernández, tiene que ver con quién tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos de la contraparte (Fernández, 2006, p.158)". (Vega Carvajal, Nohelia. **La carga dinámica de la prueba en el Código Procesal Civil costarricense**. Publicada en: Mora Sanchéz, Jeffry et al. **La Prueba (razonamiento probatorio y justificación de decisiones judiciales y administrativas).** San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 2019).

5. *ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIAL CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

En Costa Rica, desde vieja data la jurisprudencia ha incluido flexibilidades sobre la carga de la prueba, en referencia a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, anteriores a su regulación positiva[390]. A modo de ilustración podemos mencionar:

> *"Ahora bien, resulta importante mencionar, respecto a la carga de la prueba, que, en asuntos como el presente, se advierte que la parte actora se encuentra en una situación donde le resulta difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de lo anterior, y según lo ha indicado esta Sala con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el deber probatorio le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso. En este sentido ha indicado: "El criterio tradicional, cimentado en una perspectiva tan solo subjetivista de la responsabilidad, imponía a la víctima del daño demostrar el dolo o la culpa de su contrario, partiéndose de un postulado ideológico que emana del Derecho Penal, en el sentido de presumir la inocencia y la buena fe de las personas. Pero, tal postura resultaba injusta en muchas ocasiones. Por ejemplo, a veces la prueba era de difícil acceso para el afectado con el daño y, más bien, se encontraba en posesión o dentro de la esfera de poder del presunto autor. En otras ocasiones, el carácter técnico de los hechos que desencadenaron el menoscabo era de difícil comprensión para la víctima y quien mejor podía concebirlos era a quien se imputaba el estrago. De ese modo, el lesionado veía perdido su acceso a la posibilidad de ser reparado. La doctrina denominó "prueba diabólica" (término emanado en la responsabilidad médica), a esa forma de imponer a la víctima del daño, de manera irreductible, la carga demostrativa de determinados hechos, cuando le era demasiado difícil o imposible cumplirla, y se beneficiaba al presunto autor, quien sí disponía de tales probanzas, pero*

[390] "IV. Sobre la carga de la prueba. Según se ha expuesto hasta este punto, cabe referirse al deber de demostración de los hechos fundamento de la pretensión que le incumbe a cada una de las partes que integran la litis, cuando el objeto del proceso es la declaratoria de un deber de reparar un daño en casos como el presente. En primer término, se advierte que la actora se encuentra en una situación donde le resulta difícil o prácticamente imposible comprobar algunos de los hechos o presupuestos esenciales para obtener su pretensión, colocándola ante una posible indefensión. Producto de ello, y según lo ha indicado esta Cámara con anterioridad, se redistribuye el deber de demostración entre las partes litigantes, en donde el "onus probandi" (deber probatorio) le corresponde a quien se encuentre en mejores condiciones para aportar la prueba al proceso". (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución no. 212 de las 8 horas 15 minutos del 25 de marzo de 2008, reiterado en 00457 - 2013).

no tenía la necesidad de exculparse. A raíz de lo anterior, se ha entendido que el onus probandi en materia civil, que establece el artículo 317 del Código Procesal Civil, no es irrestricto a lo expresado en la norma y, más bien, puede modificarse. En algún momento, tratándose de responsabilidad objetiva, se habló de una inversión de la carga probatoria, donde ahora correspondía al autor demostrar lo que antes incumbía a la víctima. Empero, ello no es del todo correcto. En realidad, lo que se aplica es una redistribución sobre los aspectos que le corresponde demostrar a cada litigante, bajo el instituto procesal de la carga probatoria dinámica. A partir de esta, la aportación del elemento demostrativo no dependerá solo de invocar un hecho, sino también de la posibilidad de producir la prueba. En otras palabras, se traslada la carga a quien, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado. Por lo tanto, a manera de síntesis, lo regulado en el precepto 317 de cita no puede ser tomado como absoluto, cuando se trata de responsabilidad obligacional en general, y al tenor de las exigencias de cada caso, en atención a la naturaleza de un hecho alegado o rechazado por los litigantes, deberá aportar la prueba para este quien se encuentre en la mejor posibilidad de acceder a ella. Se exige a quien la tenga a su disposición. Pero lo anterior, no exime a la víctima de toda carga probatoria, pues habrá aspectos que sí le atañerán, pues estará a su alcance demostrar determinados hechos". (Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 460 – 2017).

Con la entrada en vigencia del CPC, se incorporó la doctrina de la carga dinámica de la prueba a través de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el artículo 41.1. CPC. Dicho artículo, mantiene incólume la regla clásica de atribución de *onus probandi*, no obstante, el párrafo siguiente incorpora la carga dinámica. No obstante, su redacción resulta poco clara y omisa[391].

41.1 Carga de la prueba. *Incumbe la carga de la prueba:*

1. *A quien formule una pretensión, respecto de los hechos constitutivos de su derecho.*

2. *A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.*

Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo, se deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido.

[391] A diferencia de otras legislaciones, por ejemplo, el caso colombiano, en nuestro país no se realizó un desarrollo sobre cuándo estamos ante facilidad y disponibilidad probatoria, si se trata de un deber de colaboración en la aportación probatoria o implica una inversión de la carga de la prueba, en qué momeno se puede implementar, entre otros.

Las normas precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de la prueba.

Esta imprecisión normativa sobre su definición e implicaciones, se ve reflejada en la práctica judicial. Al respecto, en un caso reciente, pero de aplicación del CPC anterior, la Sala Primera refirió la carga dinámica de la prueba como un *"método legal de valoración del acervo probatorio que valora en manos de quien debe estar la prueba de hechos atinentes al proceso, sobre todo en casos técnicos como el presente"*[392].

Esto es incorrecto. Ni la carga de la prueba ni la carga dinámica de la prueba son métodos de valoración probatoria, todo lo contrario, por su naturaleza jurídica, el *onus probandi* es una regla de decisión de aplicación residual, cuya operación se da una vez agotada la valoración de la prueba y determinada la insuficiencia probatoria. Si existiese prueba por valorar no es posible aplicar las reglas sobre las consecuencias de una insuficiencia probatoria toda vez que no se ha determinado, por lo que hablar de carga de la prueba en la valoración probatoria sería absolutamente prematuro. Aunado a lo anterior, tampoco podemos definir la carga dinámica en términos de método de valoración ya que lo anterior concibe su aplicación después de finalizada la dinámica probatoria y el contradictorio, por lo que su aplicación en este estadio resultaría violatoria del debido proceso.

Por otro lado, en un caso icónico del Tribunal Colegiado Primera Instancia Civil de Heredia[393], en la resolución que convoca a las partes a audiencia preliminar en un proceso ordinario indicó:

> *"Desde ahora mismo se les advierte y se les previene, a las dos sociedades demandadas, que, en este caso concreto y sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, estima esta autoridad judicial que* ***existe la probabilidad de aplicar la doctrina denominada "carga dinámica de la prueba****", de conformidad con el artículo 41.1., párrafo segundo del nuevo Código Procesal Civil, de modo entonces que,* ***ante este posible panorama, podrán aportar y ofrecer, en la audiencia preliminar, toda aquella prueba que les fuere útil y necesaria para los fines del proceso****. No se omite indicar que, como el nuevo Código Procesal Civil no establece, por ninguna parte, el momento en el cual se debe determinar, advertir y prevenir, a las partes del proceso, sobre si podría ser factible aplicar o no la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas", estima esta autoridad judicial que el momento oportuno es éste, es decir, con el señalamiento de hora y fecha para la celebración de al audiencia preliminar, pues así se garantiza, a la parte demandada, el derecho de defensa en juicio y la oportunidad de aportar o ofrecer, con el debido tiempo, elementos probatorios adicionales".*

[392] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2562-F del 12 de setiembre de 2019.
[393] Resolución de las 13:15 horas del 21 de enero de 2019.

De lo anterior podemos realizar las siguientes consideraciones:

1) Son las partes las que tiene la carga de alegación de los hechos y, correlativamente, la carga de la prueba de ellos. En ese sentido, es la parte la única que puede conocer y requerir la cooperación a través del juez para alguna prueba específica. Como indique supra, en cualquier caso, la carga dinámica corresponde a una inversión parcial de la prueba en relación a un hecho o hechos específicos, por lo que la prueba a requerir será claramente determinada, especificada, no una carta abierta, imprecisa e indeterminada. Además, la parte afectada debe solicitar la prueba específica justificando, desde luego, su imposibilidad de acceso o disponibilidad. Entenderlo de otra manera implicaría una violación al principio de igualdad entre las partes e imparcialidad del juzgador al suplir las negligencias procesales[394] de la parte y trasladar la desigualdad procesal de una parte a la otra.

2) No se observa claridad sobre qué entiende el juzgador por carga dinámica de la prueba. Tampoco se precisa cual es el requerimiento que se le esta realizando a la parte, ni cuáles son sus implicaciones. En ese sentido, la indicación a la parte de **poder** aportar y ofrecer en la audiencia preliminar toda aquella prueba que les fuere útil y necesaria para los fines del proceso, no corresponde a un tema de carga dinámica, ni siquiera de carga de la prueba, sino al derecho puro y simple de prueba que gozan por sí las partes en el proceso. Desde luego, estas imprecisiones acarrean una clara inseguridad jurídica para la parte donde ni siquiera se dimensiona cuáles serían las posibles implicaciones de una resolución de esta naturaleza.

En un panorama más alentador, encontramos un caso en el cual se abordó el tema como un deber de aportación y fue confirmado por el Tribunal de Apelación. Se trató de un proceso monitorio dinerario donde se pretendía el cobro de una letra de cambio. No obstante, dentro de la relación entre las

[394] **"Como punto de partida es menester resaltar, que esta Cámara resolverá, como corresponde en derecho, en estricto amparo de los argumentos esgrimidos por las partes -actora y demandadas- de esta litis, y ante todo, con sustento en el elenco probatorio que los propios interesados se han preocupado en allegar al proceso en su momento procesal oportuno. La anterior aclaración se realiza, por cuanto a la fecha del dictado de esta sentencia, la realidad fáctica y jurídica en relación con la eventual reincorporación de la señora González González como notaria pública, podría ser otra distinta a la acontecida al momento de entablar esta acción. No obstante,** no está este Tribunal para suplir las falencias ni la desidia probatoria de las partes, pues al tenor de lo que disponía el otrora numeral 317 del Código Procesal Civil, hoy día artículo 41 del nuevo texto legal que rige tal materia, y que resulta de aplicación supletoria al caso por dispensa del canon 220 del Código Procesal Contencioso Administrativo, el "onus probandi incumbit actori", sea que la carga de la prueba corresponde a la parte que acciona**". (Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, Resolución Nº 40 - 2020)**

partes existieron múltiples prestados y pagos de tales obligaciones. Cada préstamo estaba garantizado con una letra específica. Debido a la falta de pago de una de las operaciones, el acreedor interpone la demanda monitoria. Al respecto, el demandado alega excepción de pago y aporta diferentes comprobantes de pago, pero señala que necesita que el acreedor aporte el expediente de crédito de esa operación específica y detalle de la imputación de pagos.

El juzgador consideró que efectivamente era necesaria dicha prueba y ordenó su exhibición al acreedor, quien dio cumplimiento. No obstante, de la información aportada, se confirmó que la deuda a cobro objeto de proceso se encontraba pendiente de pago. La operación que se encontraba cancelada correspondía a otra distinta. Como era natural, la sentencia de primera instancia declaró con lugar la demanda, no obstante, el demandado interpuso recurso de apelación. El Tribunal de Apelaciones confirmó el fallo del a quo e indicó:

> *"Según el audio de la audiencia oral,* ***toda la prueba solicitada por la parte demandada, fue aportada por la actora conforme así fue ordenado por el Juzgado de Cobros,*** *aspecto que durante su desarrollo, se puso en conocimiento de las accionadas, manifestando su abogado la conformidad con la totalidad de lo presentado (minuto 45:20 del audio),* ***sin que el profesional en derecho expusiera a viva voz ausencia u omisión de algún elemento probatorio.*** *Tómese nota que inclusive, la señora Jueza en forma expresa, señaló las pruebas que admitió para decidir el juicio civil, resolución oral que tampoco fue protestada o recurrida." (Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, Sección Extraordinaria. N° 319-1c de las 16:05 del 27 de febrero de 2020).*

En conclusión, ni en la doctrina ni en la práctica no existe consenso sobre su tratamiento y abordaje del art. 41.1 CPC, a nivel conceptual ni como efecto jurídico. En mi criterio, para aquellos casos donde sea necesario traer información relevante al proceso que no resulte accesible para una de las partes, los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria deben ser entendidos como el deber de cooperación en la aportación de prueba requerida por la parte impedida, debidamente justificado y con las sanciones claras que ya contiene nuestra normativa procesal para los casos de incumplimiento.

En materia de carga de la prueba, el CPCA no establece un criterio de atribución de la carga de la prueba propio, sino que remite en aplicación supletoria al art.41.1. CPC, de conformidad con el art. 220 CPCA. Al respecto:

> *"se mantiene el deber de acreditar los hechos constitutivos del derecho que se alega en sede jurisdiccional, según se desprende del numeral 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en relación con el artículo 41.1 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria". (Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, Resolución Nº 15 - 2020)*

Corresponde en este punto analizar la aplicación de la figura de la carga de la prueba y la carga dinámica con ocasión del proceso contencioso administrativo. De forma atinada, el *Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI* delimita claramente la carga de la inversión de la prueba en materia de responsabilidad objetiva y señaló:

"La amplitud del marco de tutela del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración no es óbice del deber de acreditar que el daño es consecuencia de un proceder público. A su vez, debe demostrarse el marco fáctico a partir del cual, es viable desprender la lesión a los bienes extrapatrimoniales. No basta alegar la existencia de padecimientos o lesiones, debe demostrarse al menos, los hechos que en teoría, han originado tal detrimento. Ello viene como derivación del principio de carga de la prueba, que dimana del ordinal 58 inciso e) del CPCA en relación al numeral 196 de la LGAP, y norma 41.1. del Código Procesal Civil, No. 9342, al establecer la necesidad de quien alega tener un derecho, de probar los hechos constitutivos de aquel. No se trata de una inversión de la carga probatoria en una materia que se sustenta en la reparación integral del daño y tiene como pilares el daño y el riesgo creado, sino de la comprobación mínima de los criterios de imputación y hechos que dan origen al daño, como presupuestos elementales de la atribución de responsabilidad y con ello del surgimiento de la obligación reparadora. **(Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, Resolución Nº 128 - 2018)**

Situación distinta encontratos en reiterados votos sobre medidas cautelares, donde parece existir confusión sobre los conceptos de carga, valoración u estándar de prueba.

"Esta posición se complementa con el criterio externado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en funciones del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, en Voto N° 5-F-TC-2008 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del año dos mil ocho.

respecto de la necesidad de cumplimiento de la carga probatoria en esta fase cautelar, al indicar que "(…) tres requisitos que se aplican como *es el fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho… el peligro de la demora y la ponderación de los intereses en juego…* ***la apariencia de buen derecho con forme a la nueva legislación no constituye una carga gravosa de demostración de la seriedad de la demanda, sino la valoración incluso interna del juez de que aquella sentencia no es temeraria de que no es carente de seriedad, que es una visión invertida, por cierto, del denominado fumus bonis iuris, este periculum además corresponde a la carga,***

> ***como carga probatoria para quien pide la cautelar, y esto es así, luego la cautelar es un juicio provisional de ese peligro en la mora no es… una valoración del fondo del proceso*** *(…) En definitiva,* ***el Tribunal estima que no se cumple con el principio de la prueba racional de la cautelar que se corresponde con una prueba de equilibrio, si bien es cierto no se requiere de una prueba contundente, porque no puede serlo en la medida cautelar, tampoco lo podemos dejar al arbitrio del solo dicho de quien recurre, hay de por medio también eventuales intereses públicos.*** *" Partiendo del anterior marco normativo y jurisprudencial de análisis y los elementos requeridos para la estimación de una medida cautelar, se procede a realizar el estudio del caso concreto, atendiendo a laexposición de la teoría del caso y el ofrecimiento de la prueba. (Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 153 – 2020, reiterado en 102 – 2020, así como 538-2019).*

En esta resolución, se observa como en realidad el punto focal lejos de hacer alusión a la carga probatoria, se hace referencia a la valoración de la prueba y más concretamente, de estándar de prueba. Incluso, en una posición más radical, el Tribunal Contencioso Administrativo señaló:

> **"**En este punto es -necesario- señalar que, debe mediar un esfuerzo probatorio a cargo de quien pide la tutela cautelar, conforme las circunstancias de cada asunto en particular. Existe la salvedad de que tal gravedad del daño resulte posible ser determinada prescindiendo -con diferencia de grado-, del rigor probatorio mencionado, si ésta circunstancia es claramente deducible a partir de los elementos con que se cuente al momento del dictado del fallo correspondiente, pero esta situación es la excepción y no la regla, en el entendido de que el juzgador no se encuentra llamado a suponer donde la parte se encuentra obligada a probar". **(Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 517 - 2020)**

En un caso reciente sobre relaciones de consumo bancario, de forma absolutamente errónea el Tribunal confundió la simple acreditación de la ajenidad del daño por parte del Banco como eximente de responsabilidad por ruptura del nexo causal con el criterio de carga dinámica. Al respecto señaló:

> *"Considerando odioso cualquier suerte de proceso racional fundado en automatismos, es nuestro criterio que en un correcto entendimiento el banco en el caso concreto* ***cumplió con su deber de probar en el marco de la carga dinámica de la prueba****. De forma que, de la prueba documental aportada y testimonial del plataformista Luis Antonio Molina Acuña, --que no ha resultado desvirtuado--, se puede afirmar que dada la forma de obrar por parte de las organizaciones delictivas dedicadas a actividades como las que afectaron al actor, como el mismo denunció en su*

momento, ***lograron obtener un poder generalísimo en concurso con un Notario Público e inscribirlo en el Registro Público para poder acceder a los fondos habidos en su cuenta de ahorros****. Nada que obre a nivel probatorio conduce afirmar que el poder -contrato de mandato que posee efectos los efectos que dicta el ordenamiento jurídico- debiese ser desconocido por el funcionario bancario con causa en que a éste se le hubiese impuesto un deber de presumir la invalidez del mismo, como tampoco prueba de que hubiesen mediado circunstancias calificadas o reforzadas que le hubiesen impuesto obrar de una manera diversa a aquella en que lo hizo. El poder fue expedido ante un Notario Público, dador de fe para efectos registrales en este caso, y fue incluso debidamente inscrito, bastándose a sí mismo para desplegar sus efectos. (…) A partir de lo anterior, resulta claro* ***que los protocolos bancarios se cumplieron a cabalidad para ese tipo de transacciones, y que la causa eficiente del efecto dañoso reprochado*** *se encontró residenciado en la capacidad de la persona que se presentó ante el Notario Público [Nombre 002] Retana Retana, de nombre [Nombre 005] y en concurso con este y la potestad pública que se encontró residenciada en él, logró obtener el poder general e inscribirlo ante el Registro Público, con lo que se le dotó de una presunción de validez y capacidad para proyectar sus efectos frente a terceros, dentro de los que claro está, se podría encontrar una entidad bancaria". (Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV, Resolución Nº 60 - 2019)*

Analicemos el caso. De conformidad con el artículo 35 de la Ley 7472, el legislador dispuso en la norma sustantiva que el productor, el proveedor y el comerciante sólo se libera si demuestre que ha sido ajeno al daño. En este punto, el legislador delimitó taxativamente la excepción oponible por el demandado a fin de enervar la pretensión del actor-consumidor. De esta norma sustantiva se extrae la norma de conducta de la parte a fin de encaminar su actividad probatoria según la estrategia procesal. Por la regla clásica, el demandado naturalmente alegará los hechos extintivos, impeditivos y excluyentes que permitan desvirtuar la pretensión de responsabilidad promovida por el actor-consumidor.

Hasta acá en realidad no tenemos una inversión técnica de la carga de la prueba, la cual aplica a favor de la parte débil a nivel probatorio, sea en estos casos, al consumidor, y mucho menos un tema propio de carga dinámica de la prueba, la cual ya hemos indicado que aplica a posteriori de la valoración de la prueba y bajo un criterio netamente residual. De ahí que la simple valoración de la prueba que realizó el tribunal respecto de la excepción formulada por la entidad bancaria, de ninguna manera constituye la aplicaición de la carga dinámica de la prueba y, en su lugar, evidencia una imprecisión conceptual de las figuras jurídicas.

6. CONCLUSIONES

- Existen importantes cuestionamientos a la concepción de la carga de la prueba en sus dimensiones y las diversas excepciones que tanto a nivel normativo como judicial se establecen para flexibilizar la regla clásica de la carga de la prueba.
- Existen diversas figuras jurídicas vinculadas y que guardan un grado importante de relación con la carga de la prueba, tales como inversión de la carga de la prueba, las presunciones, valoración y estándares de prueba, por lo que es necesario tener claridad sobre conceptualización y relación.
- La carga dinámica como excepción a la carga de la prueba, presenta una serie de problemas endémicos que deben ser considerados a fin de dimencionar y mitigar su impacto en la práctica judicial.
- ***En la practica judicial, se evidencian aun errores conceptuales de los institutos de la carga de la prueba y afines, por lo que bajo la cobertura de la carga de la prueba se han asimilado de forma impropia otras figuras jurídicas completamente distintas tales como carga dinámica, inversión de la prueba, estándar probatorio y valoración de la prueba.***
- Debido a la amplitud normativa y los problemas antes indicados, se evidente una tremenda casuística en materia de carga de la prueba y sus diferentes excepciones.
- Se debe observar con especial atención la interpretación y aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria a fin de que se evite trasladar el problema de la dificultad probatoria de una parte a la otra de forma injusta.
-

1. Bibliografía

- AIRASCA, I. 2008. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*., en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- BARBERIO, S. 2008. *Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar?*; en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- DE PAULA RAMOS, V. 2018. *Ônus da prova no processo civil*. 2da ed. Sao Paulo, Thomson Reuters Brasil.
- ESCALER BASCOMPTE, R. 2017. *La carga de la prueba*. Barcelona, Atelier.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. 2006. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil.* 1 ed. Madrid, La Ley.
- FERRER BELTRÁN, J. 2007. *La valoración racional de la prueba.* Madrid, Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. *et all*. 2016. *Estudios sobre la prueba*. México, Editorial Fontamara.

- FERRER BELTRÁN, J. 2018. *La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario.*, en *La prueba en el proceso,* II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal. Barcelona, Atelier.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. 2004. *La prueba civil*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- GASCÓN BELLÁN, M. 2012. *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- LÉPORI WHITE, I. 2008. *Cargas probatorias dinámicas*., en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- LLUCH, X. 2012.Derecho probatorio. Bosch Editor. España.
- MICHELI, G. 1960. *La carga de la prueba*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MONTERO AROCA, J. 2007. *La prueba en el proceso civil*. 5ta ed. España, Editorial Aranzadi S.A.
- MUÑOZ SABATÉ, L. 2001. *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*. Barcelona, J.M Bosch.
- NIEVA FENOLL, Jordi. Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/sistemas-de-valoracion-de-la-prueba-jordi-nieva.pdf
- PEYRANO, J. 2008. a. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas.*, en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- PEYRANO, J. 2008. b. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*., en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- PEYRANO, J. 2008. c. *De la carga probatoria dinámica embozada a su consagración legislativa.*, en PEYRANO, J. y LÉPORI WHITE, I. (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- PEYRANO, J. 2018. *Flexibilizaciones en la carga de la prueba*., en *La prueba en el proceso*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal. Barcelona, Atelier.
- ROSENBERG, L. 2002. *La carga de la prueba*. 2da edición de la traducción al castellano. Buenos Aires, Euros editores S.R.L.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica. Marcial Pons. 2013.** https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788415664536.pdf
- VEGA CARVAJAL, Nohelia. ***La carga dinámica de la prueba en el Código Procesal Civil costarricense***. Publicada en: Mora Sanchéz, Jeffry et al. ***La Prueba (razonamiento probatorio y justificación de decisiones judiciales y administrativas).*** San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 2019.
- Sala Constitucional, Resolución Nº 24776 – 2019.

- Sala Constitucional, Resolución Nº 7467-2020.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 212 - 2008
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 00457 - 2013.
- Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 460 – 2017.
- Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 1289 – 2017.
- Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 658 – 2018.
- Sala Primera de la Corte, Resolución Nº 68 – 2019
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Res. 2562-F-2019.
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, Resolución Nº 128 – 2018.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 538-2019.
- ***Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV, Resolución Nº 60 – 2019.***
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, Resolución Nº 15 - 2020
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, Resolución Nº 40 – 2020.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 102 – 2020.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 153 – 2020
- Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución Nº 517 – 2020.
- Tribunal Primero de Apelación Civil de San José, Sección Extraordinaria. Resolución Nº 319-1c-2020.
- Tribunal Colegiado Primera Instancia Civil de Heredia, de las 13:15 horas del 21 de enero de 2019.

AUDIENCIAS VIRTUALES, INMEDIACIÓN Y ORALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

Sergio Artavia Barrantes[395].

Si como enseñaba Chiovenda, la inmediación en su acepción interna es el contacto y presencia física del juez con las partes y las pruebas, los recientes desafíos de la pandemia del Covit-19 del 2020, aceleraron la implementación de un nuevo modelo de justicia virtual: la inmediación tecnológica, lo que nos lleva a replantear si esta es compatible con aquel principio, si es una manifestación de él o si para procesos civiles, laborales, de familia, contencioso y agrario, resulta incompatible.

1.- LA ORALIDAD EN EL PROCESO, Y AHORA LA VIRTUALIDAD

El final del milenio y de la centuria, significó el tránsito de un proceso escrito a un proceso mixto[396], con predominio de la oralidad en la fase de audiencias orales y de la evacuación de las pruebas -el verdadero juicio oral-, con indudables ventajas para la eficacia del proceso, pues propicia un contacto más vivencial y presencial -física- de las partes con el tribunal y los declarantes, sin olvidar otros factores que humanizaron el proceso.

Con ese primer "pequeño paso para el hombre" y un gran "salto para el proceso", se superaba aquel dogma criticado por Cappelletti, quien había subrayado que la imposición del proceso escrito como superior al oral había alusiones al peligro representado por los jueces "viles" si actuaban sin el control de la escritura[397]. Hoy esos temores han sido superados y ese "tránsito" a un sistema con predominio de la oralidad, en el proceso civil, al menos en su fase de audiencias y del juicio oral, ha significado una ruptura de paradigmas en el contexto de un proceso moderno eficaz y más humano. La oralidad ha quebrado una tradición milenaria, casi ancestral, de la

---

[395] Abogado litigante. Co-redactor del CPC 2015. Autor de 20 libros de Procesal Civil. Profesor.

[396] MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil, Valencia, 2005, pp. 11-27 y 161-162; GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M.: Introducción al Derecho Procesal, Madrid, 2006, p. 303, pp. 303-304.

[397] CAPPELLETTI, El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas, 1973. En el relativo a la "Publicización, oralidad y socialización" del proceso civil sostiene el autor (pág. 52) que la oralidad exige buenos jueces ("magnus iudex") y trae a la cita como argumento que la famosa Decretal de Inocencio III (1216) imponiendo el triunfo de la escritura en el proceso romano-canónico hace referencia a la necesidad de garantizar que el juez solo pueda juzgar sobre la base de los escritos o "actas" del juicio, por la necesidad de proteger a los litigantes contra la iniquidad o la falsedad del juez deshonesto ("contra falsam assertionem iniqui iudicis").

escritura, en el proceso civil, conectando a conexión entre los principios de oralidad y de concentración, publicidad e inmediación favorecen la consecución de un proceso más transparente[398].

Parecen suficientemente elocuentes las palabras de José Almagro[399] al indicar que "por medio de la oralidad se intenta conseguir concentración, inmediación y publicidad, todo ello en beneficio de la celeridad que se traduce en eficacia y de la ejemplaridad cara a los propios justiciables y a los ciudadanos en general", de ahí que Eisner describiera el procedimiento oral como "un espejo que refleja los hechos con notable precisión"[400].

2.- ORALIDAD Y LA FORMA DE LA PRUEBA

Como pone de manifiesto Chiovenda, la naturaleza del procedimiento está estrechamente vinculada con la función que tiene la prueba. La oralidad del proceso romano respondía a íntimas exigencias del propio proceso, pues al estar la prueba dirigida a formar la libre convicción del juzgador tenía que desarrollarse ante él, lo que hacía necesariamente oral y concentrado el procedimiento. En cambio, la oralidad en el proceso germánico era debida al lugar (la asamblea) y al modo de administrar justicia, así como al escaso conocimiento de la escritura. La prueba germánica, formal, que dio origen al sistema de prueba legal, también provocó la deformación del proceso oral en escrito. El juez ante la prueba (juramento, juicio de Dios) se limita a constatar pasivamente el resultado. Con la divulgación del uso de la escritura se encontró más cómodo la elaboración de las pruebas por escrito que oír en audiencia a las partes y sus testigos.

Se dice que un proceso es oral o que tiene forma oral "cuando la actividad procesal se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada"[401], concretando esta idea, en los procesos no penales, esa oralidad se manifiesta solo en las audiencias y especialmente en el juicio oral.

La oralidad en un proceso civil requiere a su vez, necesariamente la inmediación o presencia personal del juez o tribunal en las audiencias, lo que le permitirá alcanzar por sí mismo las conclusiones que la impresión directa de aquélla pueda determinar y conlleva necesariamente dos exigencias: la de que los juzgadores estén presentes en la práctica de las pruebas, y la de que sean ellos mismos los que, con base en el juicio que de todo lo anterior pueda deducirse, dicten las correspondiente sentencia o resolución final del caso.

3.- VENTAJAS DE LA ORALIDAD, DE CARA A LA INMEDIACIÓN Y LAS PRUEBAS

Chiovenda, el padre y gran defensor de la oralidad, exponía vivamente las ventajas de la oralidad con los siguientes argumentos: "con abreviar las

[398] MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional…, pp. 380-385.

[399] ALMAGRO NOSETE, J., "Garantías constitucionales del proceso civil", Para un proceso civil eficaz, ed. Ramos Méndez, F., Barcelona, 1982, pp. 14-15.

[400] EISNER, I., La inmediación en el proceso, Buenos Aires, 1964, p.67.

[401] DE LA OLIVA SANTOS, A.: Derecho Procesal. Introducción, Madrid, 2004, p. 81.

litis, con hacer al juez más vivamente partícipe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre"[402].

La ventaja de la oralidad, más resaltada por Eisner, es la de constituir un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos, dando mayor claridad y naturalidad a la exposición[403]. Hay mayores probabilidades de lograr una sentencia, más humana, más vivencial -con un contacto directo de los actores del drama-, más célere y más "inmediata" pues el juez de la sentencia ha estado en permanente y estrecho contacto con las partes y con los materiales probatorios[404] introducidos al juicio oral.

Como ventajas adicionales, a favor de la oralidad, cabe destacar que el procedimiento resulta menos formalista y más rápido, facilita la inmediación o presencia del Juez, y, en consecuencia, admite la posibilidad de aclarar y concretar las cuestiones entre las partes. Enumeraba Rosemberg[405] entre las ventajas de la oralidad, frente a la escritura, "la de la mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad en la exposición; la posibilidad, más fácil, de adaptación al caso particular; la eliminación de las malas interpretaciones; el complemento y aclaración de la materia procesal; el alejamiento de las falsedades y triquiñuelas; la posibilidad de la publicidad, que tiene tanto valor para alejar la desconfianza contra los tribunales; el otorgamiento franco de la audiencia a las dos partes; en el caso de los tribunales colegiados, la participación de todos los vocales en la recepción de la materia litigiosa y mediante ello en la sentencia".

Hace décadas señalaba el mismo Chiovenda que "la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente, y prontamente"[406].

La oralidad, lejos de constituir una suerte de axioma del procedimiento, tiene como única virtualidad la de proporcionar una mayor facilidad que la escritura para lograr que los sujetos del proceso se relacionen. Desde este punto de vista, no parece errado decir que lo que interesa de la oralidad es que constituye un medio para llegar al fin de la mediación[407]; o, dicho de otro modo,

---

[402] "Estado actual del proceso civil en Italia...", cit., p.177.

[403] La inmediación en el proceso, cit., p.67.

[404] EISNER, I., La inmediación en el proceso, cit., p.63.

[405] Cfr., ROSEMBERG, L., Tratado de derecho procesal civil, (trad., Romera Vera, A), T. I, Buenos Aires, 1955, pp. 395-396.

[406] Las recoge DE LA RUA, F., "La oralidad en el proceso", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 39, 1999, p. 181.

[407] En este sentido, SENTIS MELENDO, S., "Oralidad e inmediación", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 14, 1973, p. 186.

que su importancia deriva de que permite un contacto más directo e inmediato del juez con las partes y de todos ellos con la actividad probatoria.

Retomando a Rosemberg[408], en este caso para dar cuenta de los inconvenientes de la oralidad, relata los siguientes: "el peligro de que las partes poco diestras y no ejercitadas no estén en condiciones de exponer en forma oral la controversia al tribunal (contrarrestado por la obligación del abogado), la fugacidad de la impresión de la palabra hablada, la posibilidad de que no sea oído algo importante o que sea olvidado; la dificultad de fijar la materia procesal…". Por su parte, Cappelletti[409], señalaba que el problema de la oralidad y de la escritura viene determinado como una cuestión de prevalecimiento o de coordinación, no de total exclusión. En definitiva, como bien concluyó Carnelutti[410] "resulta que hablar y escribir no son medios equivalentes sino más bien medios complementarios… por eso el proceso no puede y no debe renunciar ni al uno ni al otro; ni tampoco si el hablar debe dominar al escribir o viceversa; sino cuál de los dos medios debe concluir el diálogo".

Entre las desventajas está, además de las destacadas por Chiovenda, la de la fugacidad de la impresión de la palabra hablada ("*verba volant, scripta manent*"). Además, está comprobado que el sistema oral que sirve para un país no es adaptable a otro, al contrario que los procedimientos escritos, es por ello que el propio Chiovenda[411], afirmaba que si la aplicación de la oralidad produce daños mayores que las ventajas, el principio teórico debe ser sacrificado a la utilidad práctica... y puede haber procesos fundados exclusivamente sobre pruebas documentales en los que el debate no tiene apenas importancia. Concluía el maestro italiano "las necesidades de la defensa, es decir los errores que se cometen por las sorpresas que se presentan[412]), la precisión, la madurez de las decisiones, la idea de que las garantías procesales puedan quedar disminuidas..."[413].

4.- LA INMEDIACIÓN Y LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

[408] Cfr., ROSEMBERG, L., Tratado de derecho procesal…, pág. 397.

[409] CAPPELLETTI, M.: "Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo", Giustizia e società, Milán, 1972, pp. 151-152, que afirma que "unánime es, por parte de los relatores, la exclusión, en la fase actual de la civilización humana, de un sistema procesal en el cual la forma oral domine en su absoluta pureza. Se afirma, en otras palabras, la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales; por lo que el problema de la oralidad y de la escritura viene a menudo indicado como un problema de prevalecimiento o de coordinación, no de total exclusión".

[410] CARNELUTTI, F., Derecho Procesal civil y penal, reedición, México, 1994, p. 100.

[411] "Relación sobre el proyecto de reforma...", cit., p. 261-262.

[412] "Otra duda a la que puede dar lugar el proceso oral es que las partes se encuentren, más fácilmente que en el proceso escrito, expuestas a sorpresas, omisiones y errores": CHIOVENDA, G., "Estado actual del proceso civil...", cit., p.209.

[413] Chiovenda. "Estado actual del proceso civil...", cit., p. 209.

Unánimemente[414] se ha considerado a Chiovenda[415] como uno de los mayores defensores de la oralidad. Parece por ello obligado acudir a sus postulados como primera fuente y referencia principal para determinar, en la visión pretérita de la oralidad en el proceso civil, la importancia de este principio y sus consecuencias. Para Chiovenda el principio de oralidad se descompone en la aplicación de una serie de elementos para la consideración de un procedimiento como tributario del principio de oralidad: predominio de la palabra hablada como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación[416]. Insistiendo en que no exige que se prescinda de la escritura en el proceso sino únicamente de "darle el sitio que le corresponde" teniendo en cuenta, juicio del autor que suscribimos plenamente, "que la viva voz le coloca al juez en mejores condiciones de apreciar lo declarado… la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce".

Desde una perspectiva procesal, la inmediación se ubica dentro de la categoría de principios atinentes a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento. Para otras posiciones, se le considera un principio atinente a las relaciones entre el juez o tribunal sentenciador y el objeto del proceso[417], o como una imposición al juzgador de hallarse en contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen en el proceso[418], o con los actos de parte[419]; o, integrando algunas de las anteriores configuraciones, como regla que pone en conexión al órgano decisor con el objeto de la causa y los sujetos procesales[420],

[414] Vid., por todos, GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., Derecho procesal, segunda edición, vol. I, Madrid, 1994, p. 228.

[415] Cfr., CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho procesal civil, cit., pp. 153-175.

[416] Cfr., CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho procesal civil, cit., p. 161, establece que los escritos cumplen una doble función en el proceso oral. La primera es la de preparar la sustanciación de la causa, puesto que el primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial, y además los escritos, en general, son la forma de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba, no es válida si no se hace por escrito. La segunda función

[417] GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Derecho Procesal Penal, Valencia 1993, p. 86. Esta postura sin embargo la atempera en Derecho Procesal Civil, Madrid 1996, p 39, donde establece que la inmediación "significa que el juicio y la práctica de la prueba ha de transcurrir ante la presencia directa del órgano jurisdiccional competente".

[418] MONTERO AROCA, Proceso (civil y penal) y garantía, Valencia, 2006,
p. 62; FAIRÉN GUILLÉN, V. "Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", en Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1955, p. 265.

[419] Con HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Civil, Madrid, 1969, pp. 196 y 197; CORTES DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., Introducción al Derecho Procesal, Valencia, 2004, p. 259;

[420] ANDRÉS IBAÑEZ, P., "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", en Jueces para la democracia, marzo, 2003, p. 57, quien a esta relación entre los sujetos procesales entre ellos une la de éstos con el objeto de la causa.

o con las partes y las pruebas[421]; o, comprendiendo todas esas perspectivas, como el contacto permanente del juez con todos los elementos del proceso, aptos para formar su convicción, ya fueran subjetivos, ya objetivos.

Desde hace décadas quedó superada la idea original que concebía la inmediación más allá de la fase probatoria[422], esto de vital importancia, pues si inmediación implica la forma de todos los actos de las audiencias, no solo de la evacuación de pruebas, sin duda ello impactará en la concepción y desarrollo de las audiencias virtuales, pues no solo se trata de saber cómo hacerlas, sino el deber de hacerlas, respetando las máximas que inspiran la inmediación, al menos sin socavar las bases de ese apotema.

"La trascendencia, o la gravitación, del principio de oralidad no puede compararse con la que tiene el principio de inmediación en la vida del proceso. Debo de decir una vez más soy inmediacionista antes o más que oralista...", siguiendo con ello las enseñanzas y la inmemorial frase que acuña Sentís Melendo, por eso las audiencias virtuales, aunque se potencie la oralidad, se reduce, significativamente, la inmediación.

"La inmediación es parte esencial de la oralidad, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad"[423]. "El principio de inmediación se halla estrechamente vinculado con el de la oralidad, en cuanto solo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicada[424]". La cuestión de la inmediatividad se relaciona íntimamente con la de la oralidad[425]. La inmediación, dice Cortés Domínguez[426] "es un valor en sí mismo y que cualquier valoración que se quiera hacer de este principio tiene que dejar fuera las apreciaciones más o menos sociológicas sobre si es más o menos eficaz, o sobre si es más o menos imprescindible que el órgano judicial reciba directamente los actos procesales".

Las razones que subyacen en esa postura tendente a garantizar la

[421] CARNELUTTI, F., "Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición", en Estudios de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1952, p. 114.

[422] No así para ARMENTA DEU, T., Lecciones de Derecho Procesal Civil, Barcelona, 2007, pp. 169 y 170; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., Tratado de Derecho Procesal Penal, Pamplona, 2004, p. 349, ni para autores más clásicos como CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil,V. III, Madrid, 1940, pp. 162 y 163; GOLDSCHMIDT, J., Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, 1935, p. 90; ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS et al., Derecho Procesal Civil, Pamplona, 2007, pp. 362-366; y en Derecho Procesal. Introducción, Madrid, 2006, p. 309, quienes solo atiende a la percepción directa de la prueba por el órgano jurisdiccional.

[423] MONTERO AROCA, J., "La nueva Ley de Enjuiciamiento civil española, los poderes del juez y la oralidad.", Revista de Derecho Procesal, 2001, p. 593.

[424] CHIOVENDA, G., Ensayos de Derecho Procesal Civil, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, p. 254.

[425] CARNELLUTTI, F., Sistemas de Derecho Procesal civil, Buenos Aires, 1944, p. 278.

[426] Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., "La Constitución española", cit. Este autor considera la inmediación una consecuencia constitucional de la oralidad.

eficacia del principio de inmediación tienen mucho que ver con la valoración de los diferentes métodos de conocimiento posibles. Si como sostiene Carnelutti "el problema de la estructura del proceso está dominado por el fin de poner lo mejor que sea posible al juez en condiciones de conocer la litis"[427], la inmediación se nos aparece como una clase de disposición espacial y personal que facilita la formación del juicio de valor distintivo de toda decisión jurisdiccional, consistente en la asunción del método científico de conocimiento en el desempeño de esa función[428].

Siguiendo con las ventajas de la inmediación, ya en la práctica de la prueba, la oralidad, aquella permite la intervención del Juez en la búsqueda de la verdad de los hechos, a través de un proceso adversarial, con una activa y protagonista participación a los "ojos y el oídos" del juez, los interrogatorios, contrainterrogatorios, alegatos, objeciones, argumentaciones, "aperturas" y conclusiones que se formulan en su presencia "física", son los elementos químicos que produce una fórmula más eficiente del proceso. Además, las preguntas que puede formular el juez a las partes, el perito y los testigos para obtener aclaraciones, explicaciones o adiciones sobre aquellos extremos que puedan seguir siendo dudosos, tras el interrogatorio de los litigantes o sus defensores, y permitiendo un papel más activo del juzgador en materia probatoria y en la fijación de los hechos.

Por último, de cara a la valoración de la prueba, con la inmediación presencial, se considera que está en mucha mejor situación, el juez que ha asistido a su práctica -presencia física- y, no solo ha escuchado las declaraciones de las partes, peritos o testigos, sino que ha podido observar sus reacciones, el grado de firmeza en las respuestas, la convicción demostrada por el tono de voz o por la actitud al contestar, su cara, su rubor, el movimiento de las manos, el lenguaje corporal, hasta las pausas y el tiempo que se toma para contestar el declarante.

5.- ORALIDAD, INMEDIACIÓN PRESENCIAL Y VIRTUALIDAD

En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe un predominio de la palabra hablada como medio de expresión[429] y, especialmente, la existencia de audiencias en las que exista un "contacto directo" del juez con las partes tanto para debatir oralmente cuestiones jurídicas o fácticas, como para apreciar directamente los elementos

[427] "Líneas generales…", p. 113.

[428] Permítaseme acomodar esta idea de CAPPELLETTI que el autor vincula a la oralidad, La oralidad y las pruebas en el proceso civil, Buenos Aires, 1972, pp. 93 a 95, al objeto de nuestro estudio.

[429] Sobre la oralidad en el proceso civil sigue siendo fundamental la lectura de los grandes maestros del procesalismo alemán e italiano: v.gr. WACH, A., "Oralidad y escritura", Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, traducción de E. Krotoschin, Buenos Aires, 1958, pp. 1-50; y CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, Madrid, 1940, pp. 153-203.

sobre los que deberá fundamentar su sentencia. En los procesos civiles la oralidad y la inmediación física o presencial, nunca ha sido pura. La operatividad de una u otra no se ha producido habitualmente en régimen de absoluta exclusividad, cuanto que en el de relativa preponderancia[430].

Lo determinante para establecer si un procedimiento es predominantemente oral o escrito, y cuál tiene más inmediación -o mediación- es cómo se configura la aportación al proceso del material probatorio[431] y por eso oralidad, inmediación y la virtualidad -por medio de videoconferencias especialmente- requieren un re-examen para saber si las audiencias virtuales respetan las garantías y el contradictorio que subyace en los procesos con predominio de la oralidad y los principios consecuentes.

La oralidad, se conecta con la mayor celeridad, rapidez y agilidad en la tramitación del proceso derivada de la concentración que permite practicar varias actuaciones procesales en unidad de acto[432]; todo ello en estrecha vinculación con la exigencia de inmediación[433] y con el respeto al principio de publicidad[434]. Por tanto, el principio de inmediación se erige hoy en día en un verdadero presupuesto de validez del acto, constituyendo su cumplimiento un deber para el juzgador y un derecho irrenunciable de las partes[435].

En este sentido, señala Gómez Martínez[436] que "el efectivo cumplimiento de la inmediación queda garantizado, por el diseño de las pruebas -especialmente el interrogatorio de partes y testifical con adopción del

[430] En cuanto al concepto de procedimiento oral y escrito, y a la inexistencia de un sistema absolutamente oral o absolutamente escrito, vid. Ortells Ramos, M., Derecho Procesal. Introducción, Madrid, 2006. pp. 304-305. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A. y AAVV., Derecho Procesal. Introducción, Madrid, 2004, p. 81, se refiere el autor al proceso oral como aquél en el que la actividad se lleva a cabo predominantemente mediante la palabra hablada, si bien es difícil hallar un proceso completamente oral. En cuanto a la forma escrita vid. de la misma obra las p. 78 y ss.

[431] MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I..., p. 381; GIMENO SENDRA, DÍAZ MARTÍNEZ, Introducción al Derecho Procesal... op. cit., p. 303; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., Teoría General del Derecho procesal, Santiago de Compostela, 2006.

[432] Por lo que se refiere a la concentración, vid. FAIREN-GUILLÉN, "El Tribunal de las Aguas", cit., p. 511 y ss.

[433] En cuanto a la conexión entre oralidad y concentración vid. DE LA OLIVA, "Derecho Procesal", cit., pp. 81-82. Por lo que se refiere a la inmediación, vid. DE LA OLIVA, "Derecho Procesal", cit., pp. 82-83. esp. p. 82, donde afirma que: "al ser orales y concentradas las actuaciones procesales, la inmediación resulta prácticamente insoslayable". Vid. también ORTELLS, "Derecho Procesal" cit., pp. 304-305.

[434] En relación con el principio de publicidad, vid. PEDRAZ PENALVA, E., Derecho Procesal Penal. T. I. Principios de Derecho Procesal Penal, Madrid, 2000, p. 265 y ss.

[435] En estos términos se pronuncia DE LAS HERAS GARCÍA, M., "Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC 1/2000", Revista del Poder Judicial, núms. 65-66, 2002, p. 188.

[436] GÓMEZ MARTÍNEZ, C., EN FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. Mª; VALLS GOMBAU, J. F., Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., p. 606.

sistema de la "cross examination-, de las comparecencias y de las vistas, en las que el papel del juez es importante pudiendo tener una intervención más activa y relevante…, viéndose obligado a adoptar importantes decisiones sobre la marcha, lo que constituirá un motivo suficiente para hallarse presente en el desarrollo de dichas actuaciones".

En el proceso con predominio de la oralidad y de inmediación física, la producción de las declaraciones en las pruebas -de todos los medios de prueba de declaración, incluso la incorporación de prueba material-, los alegatos iniciales, conclusiones, alegatos, objeciones y recursos, son formuladas verbalmente en una audiencia, o varias muy próximas, en presencia y con intervención del juez, que dirige el debate oral.

Para lograr plenamente la vigencia del principio de inmediación, resulta eficaz la práctica del interrogatorio presencialmente, esto es "físicamente" ante el juez o bien, mediante el uso de la videoconferencia o cualquier otro medio similar[437]. "Presencialmente" me refiero que para que la inmediación realmente surta efecto, es necesario que el tribunal de la sentencia, que ha presenciado los actos probatorios orales, sea el mismo que dicte sentencia pues, de lo contrario, de nada servirá la inmediación. En este escenario el principio de inmediación implica una relación directa e inmediata del Juez o Tribunal con las pruebas, las partes y sus defensores.

La inmediación[438] es la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar. Desde una mayor amplitud la exigencia de que los medios de prueba se practiquen directa y "físicamente" ante el juez, guardando por tanto una íntima correlación entre ambos principios. Gómez Orbaneja[439] indicaba que "el principio de inmediación exige que el juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y presidido a ella, y, aún más radicalmente, oído a las partes en sus alegaciones y deducciones…de forma que pueda apreciar, por sí mismo, las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas relativas al litigio, fundándose en la impresión inmediata recibida y no en referencias ajenas", concluyendo que así entendido "solo en un proceso oral la inmediación puede ser plena y verdaderamente aplicada".

La inmediación es consecuencia de la oralidad[440], por no es el todo,

[437] En este sentido, vid. el trabajo de FONS RODRÍGUEZ, C., "Declaración mediante exhorto y videoconferencia", en El interrogatorio, cit., pp. 207-214.

[438] Vid., IGARTUA SALAVERRÍA, J., "El nombre de la inmediación en vano", La Ley, núm., 5768, 2003, pp. 1-ss.

[439] GÓMEZ ORBANEJA, E., HERCE QUEMADA, V., Derecho procesal, cit.

[440] En este sentido, MONTERO AROCA suele referirse a "La oralidad y sus principios consecuencia", y ha manifestado, entre otras consideraciones que, "cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquéllos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad" (Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Los poderes del juez y la oralidad, Valencia, 2001, pp. 172-173).

puesto que son axiomas que de un mismo señor, pero que cumplen funciones diferentes, esta diferenciación es la que nos permitirá concluir que si la audiencia es presencial, la oralidad y la inmediación funcionan de manera diversa a que si fuera una audiencia virtual.

La oralidad facilita los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad. El hecho de que la oralidad facilite dichos principios no supone una identificación de ellos con la oralidad. Al respecto, por ejemplo, Gimeno Sendra califica de "compañera de viaje" de la oralidad a la inmediación y explica dicha relación del siguiente modo: "La oralidad del procedimiento exige la inmediación del juez, pero ambos conceptos no se identifican absolutamente. Si un órgano jurisdiccional decidiera con arreglo al resultado de las actas, el procedimiento sería inmediato, pero escrito; contrariamente, una prueba testifical, realizada por un juez comisionado, mediante la vía de auxilio judicial, es mediatamente oral"[441].

En esta línea, también se ha apuntado que, la oralidad implica concentración, y que "oralidad y concentración significan también, como algo inescindible de ellas, inmediación"[442]. En este sentido Ortells Ramos señala que "en la práctica de la prueba la oralidad no cede todo el lugar a la inmediación, sino que ambas se combinan en el sentido de que la propia participación de las partes en la práctica de la prueba -por ejemplo, en la declaración de un testigo o de la contraparte, en la exposición del dictamen de un perito- no está vinculada por un interrogatorio escrito preparado previamente, sino que se desarrolla oralmente y con plena agilidad"[443].

Entonces, ¿Afecta esos postulados básicos de la oralidad y la inmediación y la línea que las separa, a las audiencias virtuales? ¿Hay inmediación en las audiencias virtuales? ¿Se aviene a la oralidad el sistema de audiencias virtuales? ¿La utilización del sistema de video-conferencia en los juicios civiles facilita que juez pueda valorar adecuadamente la prueba? ¿Puede presenciar de manera eficiente el desarrollo del interrogatorio, salvando así, siquiera sea mínimamente, la regla de la inmediación[444], las audiencias virtuales? Esas son las interrogantes que de inmediato debemos contestar.

6.- GENERALIDADES DE LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

La vigencia de la oralidad en el modo de desarrollarse de los procesos

[441] Gimeno Sendra-AA.VV. Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración, Madrid, 2ª edición, 2007, pp. 54-55.

[442] DE LA OLIVA SANTOS, A., Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Madrid, 3ª edición, 2004, pp. 431- 434

[443] ORTELLS RAMOS, M., Derecho Procesal. Introducción (con JUAN SÁNCHEZ, R.; CÁMARA RUIZ, J.), Madrid 2006, p. 309.

[444] JIMÉNEZ CONDE, F., La nueva prueba del interrogatorio de las partes en el proceso civil, ob. cit., p. 95.

contemporáneos,[445] no es solamente resultado de los ejemplos legislativos de la última parte del siglo XIX[446] ni de los denodados esfuerzos de Chiovenda, desde el despuntar del XX, sino fruto de la eficacia que modernamente se exige al proceso y en esta segunda década que culmina, la imperiosa necesidad de atender los efectos perniciosos de una pandemia que afectó la humanidad, por medio de audiencia virtuales, que trastoca, trastorna y pone a tambalear las bases sobre las que se asentó la oralidad y la inmediación física en el proceso civil.

a.- Antecedentes normativos

Las audiencias virtuales se vienen utilizando desde hace más de una década, aun sin Covit 19, así en procesos civiles[447], el arbitraje[448], en reclamos de consumo, procesos cobratorios unificados, y en general en el derecho comparado. En Iberoamérica es de vanguardia España que la regula y usa la videoconferencia en juicios civiles, según la previsión de su LOPJ[449] y la LEC[450].

---

[445] El denominado "proceso por audiencias" parece ser la moda indiscutida de nuestros días. Sobre oralidad puede verse: TAVOLARI OLIVEROS, R., "La Oralidad en el procedimiento civil de América Latina de cara al nuevo milenio (¿Réquiem a la Ciencia procesal?)", Relatorías y Ponencias sobre Derecho Procesal XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José Costa Rica 18-20 octubre del 2000, pp. 509-527.

[446] Citando a Chiovenda, Mauro Cappeletti alude a los debates que, en pro de la oralidad, agitaron a la Europa decimonónica, originando el Código de Hannover de 1850, las Zivilprocessordnung alemana y austriaca de 1877 y 1895, para llegar a los códigos húngaros de 1911, danés de 1916, polaco de 1933, sueco de 1942 y, aunque no lo nombra, también al italiano 40-42. Cfr: CAPPELETTI, N., "Oralidad en el Proceso civil italiano", Oralidad y Pruebas en el Proceso Civil, Bs. As., 1972, trad. S. Sentís M., p. 98.

[447] Magro Servet V. "Nuevas Tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales", La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", núm. 5, 2004, pág. 1444-1451.

[448] Lorca Navarrete A. Mª. "El uso de la videoconferencia en el arbitraje", Diario La Ley, núm. 5839, año XXIV, 1 sept. 2003, ref. D-188, La ley 1472/2003

[449] Art. 293 LOPJ España "Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

[450] Vacas García-Alós L. y Martín Martín G. Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial, vol. I, Navarra, 2008, pág. 634-635; Valbuena González, F., "La videoconferencia en la Administración de Justicia", "Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos", (coord. Murillo Villar, y Bello Pardos), Universidad de Burgos, 2005, pág. 591-603; y Velasco Núñez E. "La videoconferencia llega a los

La vanguardia en nuestro país la introduce el CPC del 2015, que ha entrado en vigor en octubre del 2018, al contemplar, a través de la inmediación tecnológica[451], la posibilidad de celebrar audiencias de evacuación de pruebas por medio de videoconferencias, previendo en una serie de normas esa posibilidad así:

a) Art. 2.7 "La utilización de medios tecnológicos que garanticen la relación directa con los elementos del proceso no implica ruptura del principio de inmediación",

b) Art. 24.4 "Sujeto al acatamiento de los mecanismos de autenticación y seguridad establecidos, los tribunales, las partes y demás intervinientes en el proceso podrán utilizar los medios tecnológicos autorizados para la realización de cualquier acto procesal, aun para la recepción de prueba", **iii)** La práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero",

c) Art. 41.4.5 in fine "La práctica de prueba en el extranjero o en lugares distantes de la sede del tribunal se podrá hacer por medios tecnológicos que garanticen la inmediación. Solo en casos excepcionales, atendiendo a la importancia de la prueba y a la dificultad de practicarla directamente o por medios tecnológicos, se podrán remitir exhortos para la práctica de prueba en el extranjero. Cuando por medios electrónicos o de nuevas tecnologías se recibiera declaración de parte, testimonial o pericial, en que la fuente de prueba se encontrara en el extranjero, se aplicarán las formalidades establecidas en este Código y la prueba se tendrá como recibida en el territorio nacional para todos sus efectos", y,

d) Art. 43.1 "Solo se admitirá la prueba de testigos que se encuentren en el extranjero, cuando se considere absolutamente indispensable y el proponente carezca de otros medios de prueba suficientes en el país para demostrar los hechos invocados".

El complemento a estas normas del CPC/2018 es el Protocolo de Audiencias Virtuales Civiles, al que nos referimos en este ensayo.

b.- Definición

Las audiencias virtuales son aquellas celebrados, con seguridad técnológica, por medio telemáticos -plataformas digitales-, donde los sujetos que interactúan, declaran y son interrogados, remotamente, bajo la dirección de un juez que, siguiendo las reglas procesales y los lineamientos establecidos en protocolos aprobados al efecto, dirige la audiencia, como si de una presencial se tratara.

juzgados", La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", núm. 2, 2002, pág. 1778-1780.

[451] Sobre el principio inmediación tecnológica véase Artavia Sergio-Zeledón Ricardo. Derecho Procesal Agrario, t. I, San José, pág. 92.

Por su parte Picado[452] define la audiencia virtual como el "acto procesal que se celebra de un proceso judicial, que para su realización requiere la concurrencia de la persona juzgadora y de alguna o todas las partes del proceso, terceros intervinientes, auxiliares de la justicia, personas que funjan como peritos o testigos, y que se realiza utilizando las herramientas de tecnología de la información para comunicar de manera remota a todas o algunas personas intervinientes en un espacio idóneo, garantizando la autenticidad, seguridad y protección del contenido de la comunicación y resguardando el debido proceso".

c.- Modalidad de audiencias virtuales

Hay dos modalidades de audiencias virtuales: **i)** Las plenas, ii) Las semipresenciales o híbridas. Por las primeras, todos los sujetos que intervienen en la audiencia se encuentran ubicados en diferentes sitios, conectados a través de medio telemáticos, plataformas digitales -como Teams o Zoom- o por video conferencia. Por la segunda, algunos de los sujetos comparten un mismo recinto o bien su celebración se hace en un lugar designado oficialmente, donde otro auxiliar o autoridad fiscalización la realización remota y el cumplimiento de los requerimientos protocolarios.

5.- PRINCIPIOS DE LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

Aunque el Covit ha acelerado la introducción de las audiencias virtuales y estamos en el génesis de ellas, ya se han ido perfilando algunos principios que deben regir estas audiencias. Si es necesario aclarar que tales principios no van en contra de las reglas o los establecidos en las normas procesales u orgánicas que le dan sustento, por lo que deben de interpretarse a la luz de las previsiones legales y si es un reglamento o protocolo aprobado en el seno del Poder Judicial, en virtud de la jerarquía de las fuentes, no pueden oponerse a las normas constitucionales o legales que las inspiran. Lo que se debemos hablar es de un replanteamiento de los principios clásicos de inmediación, oralidad, concentración y de comunicación verbal y corporal que impacta las audiencias virtuales.

En efecto, estas audiencias virtuales deben respetar los principios de inmediación, concentración, la *autoritas* del juzgador, su identidad física, seguridad jurídica, contradicción, derecho de defensa, además derechos constitucionales como el de la protección de datos, derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones[453], prohibición de prueba ilícita, el privilegio de la comunicación cliente abogado y en general, el debido proceso constitucional.

Podríamos enunciar los siguientes principios para las audiencias virtuales:

a.- Buena fe procesal

Las audiencias virtuales deben basarse en la buena fe procesal, las nuevas tecnologías y el respeto al de acceso a la justicia. Para ello, se establece la obligación

[452] Picado Carlos. Manual de Audiencias judiciales por medios tecnológicos, San José, 2020, pág. 14.

[453] Sobre estos límites, en las pruebas digitales y electrónicas véase Delgado Joaquín. Investigación tecnológica…, pág. 99.

de cumplir con los deberes de lealtad, probidad, uso racional del sistema y respeto establecidos en los respectivos códigos procesales.

b.- Publicidad

Como apuntó Almagro Nosete[454], a cuya postura nos sumamos, que el principio de publicidad viene referido a la posibilidad de control de los actos por los terceros asistentes a las sesiones que se celebran en la sala o local del tribunal o juzgado en que se desarrollan "*coram populo*" las actividades procesales, resultado con ello una garantía más política que del proceso. También Binder[455] recordaba que por exigencia del sistema republicano los juicios deben ser públicos, dado que la publicidad de los actos de gobierno es una de las características básicas de una democracia y la administración de justicia no solo es uno de los poderes que gobiernan en el país sino que, agrego, uno de los pilares que estructuran el Estado democrático de Derecho: desde esta perspectiva, la oralidad es la modalidad de expresión que mejor satisface la exigencia de publicidad de los actos jurisdiccionales. Esta conclusión constituye una de las bases sobre las cuales se asienta la necesidad de privilegiar la modalidad oral pero, de cara a la más eficiente producción y apreciación de la prueba, no es ni la única, ni la más relevante.

Para asegurar que la oralidad se cumple en la realidad, es menester garantizar el acceso libre a las partes y también al público, a las audiencias virtuales, y ello puede alcanzarse mediante el acceso directo de los ciudadanos –y evidentemente de los medios de comunicación- a las audiencias orales, siempre dentro de los límites legales. El control público de la oralidad también puede lograrse mediante la grabación de los actos orales.

Por otro lado, se alegan posibles problemas en relación con la publicidad que suele conllevar la oralidad, puesto que, desde el punto de vista psicológico, e incluso sociológico, muchos litigantes no entienden por qué su vida privada debe ser hecha pública en una sala de vistas, especialmente, aunque no exclusivamente, en asuntos de familia o similares[456] .

Como en estos procesos rige la publicidad de las audiencias orales, se incluyen reglas para poder aceptar público durante las audiencias, el procedimiento a seguir y la forma en que el público puede participar; se mantienen algunas restricciones al público, en la fase de conciliación o cuando la audiencia se declara privada.

c.- Resguardo y perdurabilidad

La normativa exige que las audiencias virtuales sean grabadas, a través de registros de la voz y la imagen, aunque de momento solo se resguarda la voz, por temas de espacio en los sistemas de grabación del Poder Judicial. Este principio se justifica por las características de la volatilidad de los registros y pruebas electrónicas

[454] ALMAGRO NOSETE, J., TOMÉ PAULE, J., Instituciones de Derecho procesal, T. I, Madrid, 1993, p. 174.

[455] Cfr: BINDER, A., Introducción al Derecho Procesal Penal, 2ª Edic., Buenos Aires, 2000, p. 97.

[456] Nieva Fenoll, J., "Los problemas de la oralidad", cit., p. 1.900.

en general y la preservación digital, que ha sido definida como "aquellos procesos destinados a garantizar la permanente de los objetos digitales[457].

En nuestro país la grabación de la audiencia se hace en el sistema SIGAO y posibilidad de acceder a la bitácora de TEAMS en caso de ser necesario.

Los documentos emitidos por los medios mencionados, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y de la eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, su integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

d.- Accesibilidad y brecha tecnológica

Se garantiza el acceso, a través de diversas soluciones de personas en estado de vulnerabilidad. Conscientes de que no todas las personas tienen las mismas posibilidades y además de las condiciones de vulnerabilidad de ciertos grupos de personas ciudadanas, se incluyen reglas especiales de consideración. Por ejemplo: asistir al asiento del tribunal, a otro cercano para su realización.

La falta de accesibilidad no debe utilizarse de manera abusiva, de ahí la solución ideada, mientras subsista la pandemia y luego de ella, de habilitar recintos que, cumpliendo la norma de distanciamiento social y de la normativa de salud, permita a cualquier sujeto asistir a recintos en el poder judicial, debidamente acondicionados para ello y que eso no convierta en un pretexto para retrasar la continuación de la justicia.

e.- Identificación

En todo proceso judicial, se debe solicitar a la persona usuaria, a sus abogadas (os) y representantes legales, los datos indispensables para su identificación y para ser contactados para la audiencia oral y cualquier otra etapa del procedimiento. Al iniciar la audiencia deberá exhibir, visible y claramente el documento de identificación en buen estado y al día, a fin de validar de que se trate de la misma persona.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, la privacidad y la seguridad de los datos de carácter personal que contengan.

f.- Gratuidad

A fin de garantizar la accesibilidad, se debe usar plataformas o aplicaciones libres de costo, en los que basta la solicitud, a fin de evitar que no exista esa brecha tecnológica y cualquier usuario tenga posibilidad de poder conectarse a tales fines. Algunas de ellas permiten pago, con servicios adicionales, que no son obligatorios.

En caso de brecha digital, los Poderes Judiciales han habilitado recintos con toda la tecnología necesaria, a efectos, de que cualquier persona de manera gratuita y sin que aquello sea un obstáculo para la celebración y continuidad de aquellos.

g.- ¿Potestativa u obligatoria?

[457] Pinto Fernando-Pujol Purificación. La prueba en la era…, pág. 31 y 32.

El Covid implicó un desafío para la eficiencia del Poder Judicial, en los primeros meses la regla fue la suspensión de las audiencias presenciales, excepcionalmente, la celebración de unas cuantas, hasta que en junio 20 se empezaron a realizar más en forma y de manera continúa las audiencias virtuales. De no tomarse esas medidas en tiempo, con la rápida aprobación de un protocolo -el primero fue de Civil de mayo 2020-, la justicia civil hubiese colapsado. El cambio a un proceso por audiencias exige en civil y laboral señalamientos constantes, a diario. La ingeniería en el manejo de las agendas de audiencias exige que cada tribunal o sección tenga al menos 2 audiencias de juicio oral y unas 3 de otras audiencias -al menos- por semana.

La duda que de inmediato surtía era la obligatoriedad o no de ellas. El texto del Protocolo de Audiencias parece conceptuarlo como potestativas. Sin embargo, desde un inicio encontramos resistencias y actos de mala fe en colegas y partes, que exigían la audiencia presencial, como garantía de sus derechos, como si las audiencias virtuales no las cumplían. Incluso algunos llegaron al extremo de alegar -sin argumentar- que carecían de tecnología o manejo inadecuado de la tecnología ¡al final de la 2ª década del siglo XXI, un nuevo milenio¡

Frente a esa actitud y mientras subsista la pandemia, las audiencias virtuales deben ser obligatorios, para evitar los abusos procesales de la brecha digital o impedimentos físicos o tecnológicos para no poderse "conectar" a la plataforma ideada. Es de alabar la solución del art. 13 del Protocolo Civil que prevé una solución a la "medida" de los rezagados informáticos o que pretenden abusar de la situación, al establecer "En caso de que por motivos justificados, alguna de las personas que deban intervenir en la audiencia, no cuenten con los medios tecnológicos para ello, a criterio del tribunal, se podrá citar a la persona a un espacio adecuado en el asiento del tribunal u otra oficina civil cercana al domicilio de esta, para su realización. Se autoriza al Consejo Superior para coordinar la posibilidad de crear otras maneras para la atención de estos casos". Lo que complementa el art. 16 párrafo 4º del Protocolo Civil "En los casos en que lo anterior no pueda ser cumplido, o exista dificultad para rendir la declaración por esos medios, se podrá citar a la persona a un espacio adecuado en el asiento del tribunal u otra oficina civil cercana al domicilio de esta, para que mediante vía electrónica, brinde su declaración".

Para los colegas, debe tomarse en cuenta que el art. 10 mantiene los deberes éticos que consagra el CPC[458], "deberes de lealtad, probidad, uso racional del sistema y respeto que establece el Código Procesal Civil, serán de aplicación a los actos procesales realizados mediante audiencia oral por medios tecnológicos".

h.- Comunicabilidad cliente-abogado

Al igual que una audiencia presencial la parte puede estar en el mismo recinto y a par de su abogado. Cuando esa parte debe declarar, si deben tomarse las

[458] Sobre el tema Artavia Sergio. Breves explicaciones al Código Procesal Civil, art. 4 y 5, San José, 2019.

previsiones para que, respetando ese derecho a contar con su abogado, exista entre ellos una separación mínima que garantice la pureza de la declaración, el ejercicio del derecho de defensa del abogado con su clientes -oposición, objeciones e interrogatorio-.

Consecuente con esta regla el art. 5 del Protocolo Civil señala "Cuando se cite la realización de una audiencia oral por medios tecnológicos, las personas usuarias podrán participar desde las oficinas de sus abogados (as), domicilio social, real, o desde sus casas de habitación. No será necesario que la parte y su abogado (a) se encuentren en la misma ubicación, en tal caso, se podrán conectar de forma independiente siguiendo las pautas aquí establecidas, y las específicas dispuestas por el tribunal. Podrán estar en el mismo lugar, si así lo acuerdan".

Para la parte que no se encuentre en el mismo aposento con su abogado, se establecen reglas mínimas para que puedan conversar y brindar asesoría a su cliente. Señala el art. 14 del Protocolo "Se deberá tomar en consideración el derecho de las partes a poder ser asesoradas por su abogado (a). Salvo los casos donde deban prestar declaración, si la persona cliente y su representante no se encuentren en el mismo recinto, se permitirá que estos se contacten vía telefónica, WhatsApp u otra aplicación que el tribunal autorice, y que permita la privacidad cliente – abogado, otorgando un espacio temporal razonable para ello, pero impidiendo las pérdidas innecesarias de tiempo. Será obligación del abogado (a), requerir autorización previa al tribunal".

i.- Privacidad e incomunicabilidad

En las declaraciones se debe garantizar la privacidad del recinto, el no uso de otros medios de comunicación, la conexión permanente en audio y video, a efectos de no contaminar la prueba, irrespetando el deber de buena fe y lealtad procesal. Sobre este principio el art. 16 del Protocolo Civil consagra "Tratándose de personas declarantes, su declaración por medios tecnológicos deberá realizarse en un lugar privado y sin la compañía de ninguna otra persona o medio tecnológico que le permita comunicarse, salvo el requerido para la actividad procesal por medios tecnológicos. Podrá tener asistencia y compañía, de requerirlo por razones de salud.

El tribunal procurará que no tengan contacto directo con las partes o con terceras personas, de tal manera que se impida recibir algún tipo de instrucción o insinuación de lo que vayan a declarar. Lo tendrán solo a efectos de la evacuación de la prueba y en los términos regulados por la normativa procesal civil".

Hemos sentido en la práctica que esta regla se ha "relajado" permitiendo que los testigos estén en el mismo recinto, incluso a la par o al frente del abogado, donde la cámara, si es de computadora no enfoca al abogado, afectando en no pocas ocasiones la transparencia de la audiencia, con gestos, ademanes y no otras acciones contrarias al deber de lealtad procesal. No basta con el enfoque 360 grados a la sala

de audiencia, porque la contaminación, en estos casos, no se produce con el acceso a la sala, lamentablemente, la producen los colegas.

j.- Libertad en cuanto al lugar

Cuando se cite la realización de una audiencia oral por medios tecnológicos, las personas usuarias podrán participar desde las oficinas de sus abogados (as), domicilio social, real, o desde sus casas de habitación.

No será necesario que la parte y su abogado (a) se encuentren en la misma ubicación, en tal caso, se podrán conectar de forma independiente siguiendo las pautas aquí establecidas, y las específicas dispuestas por el tribunal.

También es posible, en casos de brecha tecnológica, riesgo de pérdida de comunicación, lejanía con el tribunal o su abogado, que la parte acuda a un recinto habilitado del propio tribunal o de otra oficina pública habilitada para tales efectos -arts. 13 y 16 párrafo 4 del Protocolo, ya reseñados[459].

k.- Puntualidad

Como una carga procesal, al igual que existe en las audiencias presenciales, las partes deben estar conectadas a la plataforma tecnológicas minutos antes de la hora señalada, bajo pena de las sanciones procesales que establecen los Códigos. En esto no varía en nada el régimen de cargas procesales con las audiencias presenciales. Si el actor no se conecta virtualmente a la hora señalada, se tendrá por desistida la demanda, si es el demandado, el proceso continúa y se puede prescindir de las pruebas y pasarse al dictado de la sentencia.

La norma del Protocolo señala "Las audiencias orales a realizarse por medios tecnológicos deberán iniciarse a la hora señalada. En observancia de lo dispuesto por el Código Procesal Civil sobre inicio de actividades procesales luego de la hora fijada y posposición de audiencias, podrá iniciarse después, cuando motivos justificados técnicos lo imposibiliten. En todo caso, se aplicará lo dispuesto en la legislación procesal respectiva. En caso que solo una de las partes presente inconvenientes técnicos antes de su inicio o una vez iniciada la actividad procesal, si se acredita debidamente, podrá suspenderse o reprogramarse de ser necesario".

l.- Prueba previa

A fin de evitar que se malogren y que los usuarios entiendan el funcionamiento y las reglas normadas, se faculta la prueba previa, de carácter facultativo, pero necesaria, en caso de imposibilidad de conexión, a la hora definitiva señalada. "Si la persona interesada no acude a este llamado justificadamente, podrá

[459] Art. 13 del Protocolo Civil "En caso de que por motivos justificados, alguna de las personas que deban intervenir en la audiencia, no cuenten con los medios tecnológicos para ello, a criterio del tribunal, se podrá citar a la persona a un espacio adecuado en el asiento del tribunal u otra oficina civil cercana al domicilio de esta, para su realización. Se autoriza al Consejo Superior para coordinar la posibilidad de crear otras maneras para la atención de estos casos". Lo que complementa el art. 16 párrafo 4º del Protocolo Civil "En los casos en que lo anterior no pueda ser cumplido, o exista dificultad para rendir la declaración por esos medios, se podrá citar a la persona a un espacio adecuado en el asiento del tribunal u otra oficina civil cercana al domicilio de esta, para que mediante vía electrónica, brinde su declaración".

ser responsable de las consecuencias que ello genere si a la hora y fecha indicada, se presenten problemas técnicos que impidan su conectividad. En todo caso, la aplicación de los efectos procesales que correspondan por inasistencia, se aplicarán a la hora y fecha señalada para el inicio del acto procesal, no para la prueba previa".

Las audiencias virtuales mantienen las mismas cargas procesales de la inasistencia de las partes o sus abogados. El Protocolo Civil introdujo una idea interesante de la prueba previa para validar y confirmar el funcionamiento del sistema. Esta prueba, si bien no tiene sanción, si hemos experimentado que es necesaria en la práctica, a fin de verificar no solo la operatividad de la plataforma, la conectividad, sino el uso de la plataforma. La ausencia a esta fase previa no se castiga con una carga o sanción procesal, pues no es propiamente el acto de inicio de la audiencia, pero si es un indicio negativo, para que, en caso de fallas en el sistema o inasistencia de la parte o su abogado a la audiencia definitiva, no pueda concurrir.

m.- Asesoría técnica

De manera gratuita y para evitar que la brecha digital opaque la implementación de las audiencias virtuales y que las audiencias señaladas se malogren, los departamentos de tecnología de la comunicación dan apoyo durante las audiencias, para que evitar que un problema tecnológico impida la conexión o se malogre la audiencia. Lo cual vienen haciendo con gran éxito.

7.- VENTAJAS DE LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

Entre las ventajas que ofrecen las audiencias virtuales, podemos destacar la consecución de economía procesal, esto es, el ahorro de tiempo, dinero y trabajo, dado que se evitan gravosos y costosos desplazamientos de los abogados, los declarantes, así como eventuales interrupciones o suspensiones de juicios[460], vistas

[460] Jiménez Asenjo. "Economía Procesal", NEJ Seix (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix), t. VII, pp. 897 y ss., concibe la economía procesal como "aquella razón o ciencia que procura ahorrar el mayor esfuerzo o gasto posible en la actuación procesal para conseguir el fin propio del proceso". Respecto a otras ventajas, cfr. Vacas García-Alós, L., y Martín Martín, G., Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial, vol. I, ed. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 634-635; Valbuena González, F., "La videoconferencia en la Administración de Justicia", "Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías: con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos", (coord. Murillo Villar, y Bello Pardos), Universidad de Burgos, 2005, pp. 591-603; y Velasco Núñez, E., "La videoconferencia llega a los juzgados", "La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", núm. 2, 2002, pp. 1778-1780. En cuanto al uso de la webcam en el ámbito civil, enumera sus bondades Magro Servet, V., "Nuevas Tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales", "La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", núm. 2, 2002, pp. 1778-1780.

En cuanto al uso de la webcam en el ámbito civil, enumera sus bondades MAGRO SERVET, V., "Nuevas Tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales", "La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía", núm. 5, 2004, pp. 1444-1451.

y comparecencias -algunas podrían calificarse de dilaciones indebidas-, toda vez que cabe lograr concentración y unidad en las actuaciones[461].

Además, las audiencias virtuales, por medio de videoconferencia garantizan y eficientizan la inmediación, la concentración, la publicidad informática, la reducción de costos -pues sin construir nuevas salas de juicio, desde su oficina, el juez o tribunal, puede dirigir el proceso-, y la identidad física del juzgador, pues siempre será dirigida por el tribunal que le corresponde resolver.

Las audiencias virtuales descentralizan y descongestionan los tribunales con alto circulante, pues si es una audiencia virtual las declaraciones se pueden realizar desde donde esté ubicado el declarante, sin necesidad de desplazarse y sin necesidad de congestionar aún más las grandes urbes.

Además de la anterior economía procesal, la videoconferencia logra la presencia judicial o "telepresencia"[462] exigida[463], bajo pena de nulidad de actuaciones de pleno derecho.

La videoconferencia tiende directamente al logro de un proceso civil eficiente y ágil, ya que consigue economía procesal, telepresencia judicial, oralidad, concentración y unidad de los actos, y no impide la publicidad[464].

6.- INCONVENIENTES COMUNES EN LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

Evidentemente las audiencias virtuales, si se confronta con la inmediación física y la oralidad clásica, reciben también objeciones[465], no todo es color de rosas.

a.- ¿Decisiones superficiales, con insuficiente fundamento?

Los cimientos expuestos de la oralidad y la inmediación, tal y como se formuló en los clásicos y en la doctrina moderna, se cuestionan a la de la justicia

[461] Respecto a otras ventajas, Vacas García-Alós L. y Martín Martín G. Comentarios a la Ley Orgánica…, pág. 634-635; Valbuena González F. "La videoconferencia en la Administración de Justicia…, pág. 591-603; y Velasco Núñez E. "La videoconferencia llega a los juzgados…, pág. 1778-1780, Magro Servet V. "Nuevas Tecnologías…, pág. 1444-1451.

[462] El prefijo "tele" es sinónimo de lejanía, distancia.

[463] Precepto que regula la inmediación en declaraciones, pruebas, vistas y comparecencias. Sobre este art. 137 LEC, vid. entre otros comentarios, los de Gómez Martínez, C., "Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", t. I, (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), ed. Iurgium, Barcelona, 2001, pp. 599- 606; MAGRO SERVET, V., "Proceso Civil Práctico", t. II, (dir. Gimeno Sendra; coord. Morenilla Allard), ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 360-376; y Oromí I Vall-Llovera, S., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", (coord. Cordón Moreno, Armenta Deu, Muerza Esparza y Tapia Fernández), vol. I, Navarra, 2007, pp. 606-612.

[464] En un sentido similar, resaltan la inmediación, publicidad y oralidad en el uso de la videoconferencia, Velasco Núñez, E., "La videoconferencia", cit., pp. 1778-1780; y Vacas García-Alós, L., y Martín Martín, G., Comentarios, cit., p. 634-635. Respecto a los principios informadores del proceso, cfr. el excelente trabajo de Berzosa Francos, Mª V., "Principios del Proceso", Revista Justicia 1992, núm. III.

[465] Vid., Chiovenda, G., Instituciones de Derecho procesal civil, cit., pp. 165-ss. Una revisión actual de las ventajas e inconvenientes de la oralidad se encuentra en el trabajo de Nieva Fenoll, J., "Los problemas de la oralidad", Justicia, num., 1-2, 2007, pp. 101-ss.

virtual[466]. Es cierto que comienzan a presentarse matices y propuestas de relectura de interés, como las de Nieva Fenoll[467], para que se mantenga, en opinión del citado autor, "una correcta comprensión de la oralidad de la que dependería que no se acabe perdiendo la esencia de un principio que, aplicado en sus justos términos, es muy beneficioso para la eficacia del procedimiento".

b.- El alejamiento de la presencia física

El contacto directo o presencial del juez o tribunal con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hacen que la justicia sea más cercana al justiciable, ya que se permite a las partes "ver la cara de las partes y del Juez", en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto.

Este contacto "presencial" permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más real posible, pues tendrá presencia física directa a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico[468]. En las audiencias virtuales la falta de presencia física no propicia obviamente el lenguaje corporal, incluso el lenguaje verbal.

Desde luego, quedan otras valoraciones extra-jurídicas, como las relativas a su efectividad real en orden a la adquisición de esos conocimientos[469], condicionada por la actitud judicial y la atención o el desinterés que se brinda a esos trámites orales o desatención o falta de concentración en la audiencia[470], y la calidad de las resoluciones. En cuanto a estas últimas, se le achaca, sintéticamente, que la virtualidad de las audiencias podía dar lugar a una decisión judicial superficial y precipitada, quizá en buena parte, entendemos personalmente, por la confusión de lo que debe entenderse como principio de concentración y lo que no debe verse como brevedad o premura procesal[471], y la no presencia de las partes y del tribunal

[466] Véase los trabajos de Fairén Guillén, V., "Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político", Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, núm., 2, 1975, p. 309, y "Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil", Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, núm., 4, 1981, p. 547; Gimeno Sendra, V., Fundamentos del Derecho procesal, Madrid, 1981, pp. 221-227; De La Oliva Santos, A., Fernández López, M.A., Derecho procesal civil, T.I, Madrid, 1992, pp. 131-134; Lozano-Higuero Pinto, M., Introducción al derecho procesal, Madrid, 1990, pp. 165-177; Pérez-Cruz Martín, A.J., Teoría general del derecho procesal, Santiago de Compostela, 2005, pp. 331-332.

[467] Nieva Fenoll, J., "Los problemas de la oralidad", cit.

[468] Por ello, no debe limitarse la inmediación simplemente a la percepción directa de las actuaciones, sin intermediarios, pues ello también podría alcanzarse con las actuaciones escritas.

[469] Carnelutti, F., "Líneas generales…", op.cit., pp. 121 y 122.

[470] Gimeno Sendra, V., Fundamentos de derecho procesal, Madrid, 1981, pp. 231 y 232.

[471] "Defiende las causas con esmero; pero sin exageraciones. El exceso de doctrina, el desmedido alarde de citas de autores, el refinado virtuosismo dialéctico, cansan al juez. Si escribes demasiado, no lee; si hablas con exceso, no escucha; si eres oscuro, no tiene tiempo para tratar

en la sala de juicios, propicia que el juez se siente menos "presionado", con la presencia física y el "aplomo" de los argumentos presenciales de las partes, lo que le permite tomar decisiones más a la ligera, sin temor escénico, porque los abogados y las partes están largos de su estrado.

c.- Capacidad de concentración del tribunal

La práctica ha demostrado que las audiencias virtuales requieren de jueces con disposición y, en los hechos, con alta capacidad de concentración y aprehensión:[472] es que, sin vacilar, aceptamos que, extraviado el hilo de un razonamiento cualquiera, todos volvamos a leer y a releer las líneas que no entendimos o en las que, simplemente, no pudimos comprender el mensaje el autor; en cambio, perdida la concentración por el juez, la posibilidad de retomar la línea argumentativa del litigante dependerá ya de diversas variables que no siempre concurren,[473] lo que en una audiencia virtual no acontece.

Señala Jairo Parra que se requiere de predisposición y la percepción del juez cuando participa en la producción de la prueba y que él debe estar "bajo el yugo de la atención". La importancia de la atención en la forma que la concebimos, es convencernos que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro consideramos el pensamiento en actitud pasiva, es decir, como una situación -desperdicio de energía-, en cambio, si concebimos la percepción -el pensamiento-, como acto -empleo de energía-, es decir, en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios aportan, estaremos seguros que la memoria trabajando bajo la guía de la imaginación y con la regencia de la razón, le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido e ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio probatorio de una y otra parte; de tal manera, que la valoración será un acto madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino.

d.- La conducta de los sujetos y la valoración probatoria

En cuanto a la valoración de la prueba, fruto de la inmediación física, creemos también varía en la justicia virtual.

La valoración de la prueba debe ser fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba -por ejemplo: el juez retiene las contradicciones en

---

de comprenderte. Para ganar las causas, hay que poner a colación argumentos mediocres y sencillos, que ofrezcan al juzgador el fácil camino de la menor resistencia", cfr., Calamandrei P., Elogio de los jueces escrito por un abogado, cit., pp. 106-107

[472] Aunque refiriéndose al proceso penal, Claus Roxin comenta que "…las personas llamadas a dictar la sentencia...deben estar presentes en forma ininterrumpida, como consecuencia del principio de inmediación, durante todo el juicio oral..." y agrega "…dado que no se cumple con el principio de inmediación a través de la mera presencia corporal, también debe ser considerado ausente el juez que normalmente duerme o que se distrajo durante un tiempo prolongado…". ROXIN, C., Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 2000, p. 369.

[473] Cfr. Nieva Fenoll, J., Pruebas y Oralidad en el proceso, Venezuela, 2007, p. 285.

que incurrió el testigo-, sus gestos, ademanes, reacciones, silencios, incluso la forma tempestiva y aleccionada de contestar. El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba y los va relacionado con los que se vayan practicando y así sucesivamente, hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos. He aquí la verdadera importancia de la inmediación[474] física, como afirmaba Lacoviello: "la oralidad y la inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez"[475]. El juez con el viático de la racionalidad debe captar lo que se narra, pensando que después debe justificar el valor que le asigne a cada prueba y emprender un estudio en conjunto de todos los medios probatorios[476].

Las audiencias virtuales requieren de una mayor concentración del juez, los abogados y las partes. No se percibe igual todo el escenario de un estrado, con la cercanía física de los sujetos y la presencia directa ante el tribunal. Las audiencias virtuales son más frías, lejanas y requieren por ello una mayor concentración o atención de los participantes. Son más propensas a que se pierdan los detalles. Podemos afirmar, que se requiere de una nueva forma de motivación y de valoración de la prueba, en un sistema por audiencias orales. Si el juez no presencia física y directamente al declarante, no oye igual su voz, la imagen a menudo es distorsionada y no puede percibir el lenguaje corporal, sin ser él psicólogo, se está perdiendo un elemento fundamental en el momento de la apreciación de esas pruebas. Lo que precisamente justificó el cambio de un sistema escrito -del acta muerta- a un sistema de interrogatorios orales. Solo el tiempo lo dirá y los estudios de la psicología nos lo explicarán.

La oralidad implica inmediación, la consagración de reglas claras que obliguen al tribunal, a las partes y a los sujetos de prueba, a un contacto directo, sin intermediarios[477], a viva voz, permitiendo un mejor desarrollo del proceso, un conocimiento más exacto de los elementos fácticos y probatorios, además, para que

[474] Parra Quijano, J. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá. 2006. p. 719.

[475] Cita tomada de Perfecto Andrés Ibáñez. Sobre el Valor de la Inmediación (Una aproximación crítica). Lacoviello F.M., La motivazione della sentenza penale e il suocontrollo in cassazioni, Milano, 1997, p. 151.

[476] Quizá más que en cualquier otro proceso, en la participación de la práctica de las pruebas, el juez debe entender que no es por contacto o por proximidad que logrará después valorar la prueba, porque esa misión no la cumple la Inmediación, sino el estudio racional de los medios de prueba. Valga la siguiente cita: "Platón al comienzo del Banquete, cuando uno de los asistentes a la reunión (Agatón), desea hacerse cerca de Sócrates, creyendo que la proximidad le puede ayudar a entender las cosas de que habla, hace decir a Socrátes lo siguiente: Ojala Agatón que la sabiduría fuese una cosa que pudiese pasar de un espíritu a otro, cuando dos hombres están en contacto, como corre el agua por medio de una mecha de lana, de una copa llena a una vacía".

[477] Couture Eduardo. Fundamentos…, pág. 186 "cuanto más directas e inmediatas sean esas referencias más eficientes serán y, en consecuencia, cuantos más intermediarios se pongan entre el juez y los hechos, más lejanos a la realidad serán las versiones mediatas que reciba".

el tribunal, las partes y los abogados vea el rostro sincero, las expresiones faciales de los declarantes -psicología del testimonio que nos habla Vitor de Paula[478]-, el lenguaje corporal y las mismas conducta de las partes[479], la atención y concentración que requiere de los actores del drama, pero en especial, una justicia más humana, al ser el propio juez el que evacuará las pruebas, oirá a las partes, sus alegatos, conclusiones y quienes emitirán la sentencia oral o escrita, según sea el caso. "Todo ello tiene implicaciones prácticas para el proceso judicial de primera magnitud y nuestro autor las extrae puntualmente en los últimos capítulos…Verá, por ejemplo, como: a) se recomienda poner la atención de la prueba testifical en los errores sinceros (y no tanto en la mentira); b) se concluye que la fiabilidad de la información testifical es muy baja, por lo que siempre deberá estar corroborada por otros tipos de prueba para poder justificar conclusiones sobre los hechos: c) que esa fiabilidad puede ser mayoro menor, en todo caso, en función de cómo se "custodie" la memoria y cómo haya sido recuperada en la o las declaraciones del testigo a lo largo del procedimiento; d) que las formas adoptadas por el derecho probatorio de todos nuestros países para practicar la prueba pericial están en las antípodas de las recomendaciones que la ciencia experimental nos hace para poder obtener información más fiable; e) que el modo de "preparar" e interrogar a los testigos debería cambiar radicalmente abandonando perniciosas técnicas de interrogatorio mal asociadas a la oralidad y apuntando hacia entrevistas que fomentan el relato libre del testigo, seguido de preguntas formuladas por el juez o por un profesional (aunque sean propuestas por las partes), y f) que el papel de la inmediación en la valoración de la prueba testifical es nulo[480]"

En la inmediación de las pruebas y las audiencias, el juzgador va formando su convencimiento, apreciando y valorando las impresiones que recibe de cada medio probatorio. Esta es, en verdad, la esencia del sistema oral y cuando a la inmediatez probatoria corresponda también la identidad física del juez o Tribunal que dictará el fallo.

d.- Las oposiciones

Un tema que ha habido diversas soluciones, la mayoría poco eficientes, son las relacionadas con las oposiciones u objeciones que formulan los abogados, en los interrogatorios o las audiencias en general. Cuando las audiencias son presenciales, el levantar la mano o decir a viva voz, en su momento oportuno "objeción" o "me

[478] Ramos Vitor de Paula. La prueba testifical, Madrid, 2019, pág. 19, escribe el prologuista, Jordi Ferrer haciendo una impresionante síntesis de la obra del profesor brasileño "La psicología del testimonio, por su parte, nos brinda una cantidad inmensa de información relevante acerca del modo en que los humanos recordamos los eventos, cuán fiables son nuestros recuerdos en función de nuestra edad, del tipo de evento específico que se trate de recordar, del modo en que se recupere la información testifical, etcétera".

[479] Del gran jurista brasileño Mitidiero Daniel. Colaboración en el proceso civil, trad. Lima, 2009. Masciotra Mario. La conducta procesal de las partes, Bs. As. 2005.

[480] Ramos Vitor de Paula. La prueba testifical…, pág. 20

opongo" o "recurro", es suficiente[481] y con ello se garantiza el principio de contradicción de la prueba.

En cambio, en las audiencias virtuales el tener que apagar el micrófono, conforme al art. 26 c) del Protocolo "Los micrófonos deberán estar apagados y solo encenderlos cuando se requiera hacer uso de la palabra. Previo a ello, deberá esperar que la persona juzgadora lo autorice", dificulta por no decir que lo impide, la labor del abogado litigante. Si sumamos al hecho de que las objeciones deben hacerse en décimas de segundos, porque si no el declarante contesta o el juez continúa, el tener apagado el micrófono dificulta esa reacción. No hay ninguna razón para "callar" al litigante, apagándose el micrófono.

Las soluciones que se vienen dando en la práctica, como "levantar" la mano digital de la plataforma de "Teams", es insuficiente, pues mientras uno activa esa función de la aplicación, el juez la ve -sin parpadear- y la celeridad de la prueba, normalmente ya el declarante ha contestado lo que objetamos o el juez ha avanzando o rechazado tácitamente lo gestionado.

Otra solución impráctica, es levantar la mano física, para que el juez que dirige la audiencia observe la oposición. También es impráctica pues obliga al juez a observar simultáneamente a la persona que está interviniendo -interrogador-, al declarante y el oponente que ha hecho la objeción, por lo que en varias ocasiones nos ha sucedido que nunca observaron la "mano física".

Debe modificarse el sistema, para permitir que la objeción sea a viva voz, a través del micrófono encendido y que es técnica se pueda combinar con levantar la mano física, para que la parte se garantice que, el juez que dirige la audiencia, se enteré por cualquier medio de la oposición y pueda atenderla inmediatamente.

e.- Las deliberaciones

Si los jueces no están en el mismo recinto, se pierde muchas veces la ventaja de la colegiatura en las deliberaciones y discusiones. Por eso la autorización que da el Protocolo en el artículo 5[482] debe ser excepcional. Y en una ocasión nos opusimos precisamente porque se pierde esa garantía para los administrados.

7.- EXPRESIÓN CORPORAL, COMUNICACIÓN NO VERBAL Y AUDIENCIAS VIRTUALES

La excelencia del lenguaje corporal, de declarantes, jueces y abogados, se reduce, significativamente, en las audiencias virtuales.

La expresión corporal y lenguaje no verbal comprende una serie de elementos que son de vital importancia en los juicios orales.

---

[481] Sobre estas técnicas, ver Artavia Sergio. Máximas del interrogatorio y contrainterrogatorio civil, San José, 2019, capítulo XI.

[482] Señala el art. 5 del Protocolo "Las audiencias a realizarse por medios tecnológicos que aquí se autoricen, se realizarán en el caso de personas juzgadoras, en la sede del tribunal, en la sala de audiencia respectiva, a menos que por motivos de seguridad o salud deba efectuarse en la oficina de la persona juzgadora o en el lugar donde realice teletrabajo…".

La percepción visual, el contacto visual, la postura corporal, los movimientos[483], los gestos, la expresión facial, la mirada, el control del cuerpo, expresión del rostro, los ademanes, el desplazamiento[484], el manejo de las distancias -proxémica-, la habilidad vocal -paralinguística- la respiración, la articulación, la dicción, la prosodia[485], el temor escénico, los nervios, las reacciones, son elementos esenciales de comunicación en las audiencias orales presenciales.

¿Se reducen esos elementos en las audiencias virtuales?

No solo por la transmisión lineal virtual, sino porque muchas veces las fallas en el sistema, el enfoque 180 grados y la sola proyección de la cara o los hombros no permite una percepción completa del tribunal o el declarante. Como dicen García-Romero-García "El lenguaje no verbal es el ADN de la comunicación: no falla nunca. Cuando alguien nos dice algo y su cuerpo nos transmite lo contrario tendemos a seguir las señales del cuerpo. No podemos pasar por alto que no solo se miente por temor, timidez, vergüenza, oportunidad o necesidad económica, encubrimiento o chantaje; a veces se miente, con toda la buena fe posible, en base a las propias percepciones deseos, inquietudes y miedos de la persona que testifica", a perderse sustancialmente este elemento en las audiencias virtuales es que debe manejarse con mayor prudencia por parte del tribunal.

8.- COMUNICACIÓN ORAL Y LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

El lenguaje verbal es la clave en las audiencias orales presenciales[486]. El volumen, la velocidad, el tono, la vocalización[487], el ritmo, las pausas, el énfasis en las palabras -entonación[488]-, el dinamismo, la presentación física, las percepciones sensoriales[489],

En las audiencias presenciales -todos presentes-, como sabemos, la exposición oral de los relatos, en los que cobran toda su relevancia, el lenguaje no verbal o corporal, el de los gestos, de las expresiones, de los tonos de voz, el de los silencios, el de los balbuceos[490], que terminan constituyendo aspectos irreproducibles en actas y, casi, me atrevo a pensar, difícilmente advertibles en reproducciones de imágenes y sonido.

Una de las mejores técnicas de comunicación no verbal, en las audiencias presenciales, que nos ayuda a tranquilizar a nuestros testigos, peritos y clientes y, por el contrario, intimidar a los de la parte contraria.

---

[483] Fonseca Socorro-Correa Alicia-Pineda María-Lemus Francisca. Comunicación oral y escrita, México, 2011, pág. 44.

[484] Muller Marta. Técnicas de comunicación oral, San José, 2004, pág. 83.

[485] Chillón Liseth. Técnicas de comunicación oral efectiva en el sistema acusatorio, Bogotá, 2012, pág. 19.

[486] Artavia Sergio. Las audiencias orales en el proceso civil, San José, 2019, pág. 126.

[487] Merayo Arturo. Técnicas de comunicación oral, 3ª edic. Madrid, 2018, pág. 230.

[488] Merayo Arturo. Técnicas de comunicación…, pág. 231.

[489] Chillón Liseth. Técnicas de comunicación…, pág. 19.

[490] Fonseca Socorro-Correa Alicia-Pineda María-Lemus Francisca. Comunicación oral…, pág. 44.

Empecemos por entender en qué consiste una mirada a los ojos, ya que en todos los casos y ante miradas cruzadas, a los pocos segundos una de las partes siempre baja la cabeza porque no aguanta la presión. Pero en cambio, si al mirar a otra persona centramos la vista en la zona de del entrecejo, es decir, un poco por encima de los ojos no transmitiremos tensión alguna porque las miradas no se cruzan, y por tanto es mucho más cómodo para la persona que la recibe.

En sala estamos para tener los 5 sentidos en nuestro alegato, en nuestras preguntas y resultar la prueba y argumentos de la parte contraria, no para probar herramientas de comunicación que nos hagan estar más pendientes de ellas que de lo que realmente importa en sala. Solo dominando la técnica con anterioridad se puede utilizar la mirada como estrategia[491].

Cuando se trata de examinar personas, cosas, objetos, herramientas, instrumentos, etc. el procedimiento en el cual el juez aprehende directamente por sus propios sentidos, el caudal informativo que la evidencia entrega en la audiencia presencial es óptimo, sino 100% eficiente, pues igual pueden haber distracciones y desconcentraciones del propio juez y los abogados.

Por el contrario, en las audiencias virtuales la comunicación "no verbal", aquella que se verifica a través del lenguaje corporal, a través de los gestos, de la expresión facial, de la mirada, del volumen y entonación de la voz, puede concluir transmitiendo al otro una información diferente de aquella que escucha a través de la palabra[492] presencial más, aunque así sucediere, durante un lapso variable, el destinatario de la comunicación tendrá todos sus sentidos aplicados a su recepción. De esta manera, sin posibilidad, a lo menos transitoriamente, de poner atención a lo que afecte a otros de sus sentidos, el sujeto se colmará de información, lo que confiere a esta modalidad procedimental, la primacía sobre toda otra, en el ámbito de la producción de la prueba y en el de conferir a esta, mejores y mayores atributos de convencimiento.

Un aspecto relevante a la hora de transmitir las preguntas, son la articulación, la producción del habla y la velocidad. Estos son aspectos técnicos, pero relevantes a la hora de interrogar, porque si hay una buena articulación de las palabras, a una buena velocidad y con una buena producción de habla, el interrogado va a entender probablemente sin dudas la pregunta. Estos elementos facilitan el entendimiento del mensaje.

La articulación tiene que ver con dos cosas: la pronunciación y el sonido. Siempre una persona debe pronunciar bien para que se le entienda,

---

[491] García Ramírez Julio /Romero Santos Luis / García González Florentino. La técnica del interrogatorio, pág. 123.

[492] De allí que, por momentos, asalte la tentación de denominar procedimiento presencial o sensorial antes que oral, al que permite a que el juez, mire, escuche, palpe, huela, etc, esto es, vuelque todos sus sentidos en la aprehensión de la información que proporciona la evidencia o material probatorio que se le suministra.

pero el sonido varía de acuerdo con las circunstancias. Un ejemplo de esto es cuando se le quiere dar énfasis a algo en especial, que se le está preguntando a un testigo. Uno puede subir un poco más el tono de voz en la palabra relevante, para transmitir la importancia de esta, para que el testigo le dé énfasis a la misma. También, se debe tomar en cuenta, que hay personas que se pueden ofender con un tono de voz muy alto, entonces se debe encontrar un balance ideal, para que los testigos se sientan lo más cómodos posibles.

La producción del habla tiene que ver específicamente con las funciones de cada uno de los órganos que se utilizan para hablar. "En la producción del habla se coinciden, físicamente, elementos, que realizan funciones muy precisas: que permiten explicar respectivamente los mecanismos de generación de la fuente de energía, la fonación y articulación en el habla. Es de precisar que ninguno de los órganos utilizados en el habla tiene como función principal esta actividad: los pulmones sirven para respirar; la lengua y los dientes intervienen en el proceso de ingestión de alimentos; sin embargo, ellos son fundamentales en la articulación del lenguaje[493]"

Cada uno de los órganos que se utilizan para hablar, a la hora de hacer un interrogatorio deben de estar en buen estado y en sintonía. Esto es para que a la hora de estar interrogando exista buena elocuencia, buena voz, buen aire, etc. La buena velocidad va de la mano con el entendimiento. Si una persona habla muy rápido no se le entiende y si una persona habla muy despacio es aburrido, entonces no logra captar la atención de la persona a la que le quiere transmitir el mensaje. A la hora de interrogar, el abogado debe llevar un buen ritmo y una velocidad adecuada. Tiene que tomar en cuenta, también, las características personales del testigo, porque, por ejemplo: a las personas mayores, usualmente, les cuenta más oír bien las cosas –debido al deterioro del cuerpo, por la edad- y no están acostumbradas a las cosas rápidas, entonces posiblemente sea mejor utilizar una velocidad más lenta a la hora de interrogarlos. Es vital, la capacidad de analizar que puede tener un abogado, al tener que ver las características personales de cada testigo y jugar con estas a su favor[494].

¿Se cumplen esos presupuestos del lenguaje verbal y corporal en las audiencias orales? Solo el tiempo y los estudios de expertos lo dirán. En mi opinión preliminar, luego de más de 25 audiencias virtuales iniciales en las que he participado, me aventuro a pensar que no. Pero para verdades el tiempo. No todo está perdido. De momento algunos consejos prácticos de los expertos en comunicación.

9.- PREPARACIÓN DEL ABOGADO PARA AUDIENCIAS VIRTUALES

[493] Víctor Orielson León Parada, El interrogatorio Penal bajo una pragmática oral , Bogotá, 2007, pág. 137.

[494] Víctor Orielson León Parada, El interrogatorio…, pág. 59 y 60.

Enseñaba Calamandrei[495] que la razón de que no baste salir de la Universidad con un doctorado en procedimiento civil obtenido con todos los honores, para ser sin más abogados duchos en audiencia, es muy similar psicológicamente a la razón de común experiencia por la cual no se llega a ser hábiles jugadores de ajedrez solo con aprender de memoria, tomadas de un manual, las reglas del juego. Es verdad que sin conocerlas, es imposible jugar: lo mismo que sin conocer a la perfección las normas del Código de Procedimiento, no se puede llevar adelante un proceso[496].

a.- Prepárese para "la audiencias virtual".

En un proceso regido por la inmediación y oralidad, el abogado debe seguir algunas reglas elementales, para un ejercicio adecuado de la defensa y un manejo correcto de las audiencias orales. En efecto, el abogado para asumir el reto de estar en una audiencia, con presencia, profesionalidad, dominio y en alguna que otra oportunidad, con destreza. Un abogado responsable, al menos debe prepararse así para la audiencia:

a) Prepararse para el caso. No debe llegar a improvisar ni "batear",

b) Estudiar y dominar el expediente,

c) Saber y dominar el objeto de controversia,

d) Conocer la figura jurídica en discusión. Qué dicen las normas jurídicas y que ha dicho la jurisprudencia sobre la figura. Cuál es la posición vigente,

e) Estudiar las normas y elementos de la figura principal en discusión,

f) Preparar una teoría del caso,

g) Preparar los interrogatorios. Entrevista a testigos y expertos,

h) Conocer el detalle las normas procesales que regulan la audiencia oral,

i) Dominar las normas procesales que regulan la evacuación de pruebas,

j) Saber las técnicas de interrogatorio: cómo preguntar,

k) Conocer las diversas formas de preguntas,

l) Saber que no preguntar: por límites legales o que afecte su caso,

m) Conocer la posición del oponente y sus argumentos,

n) Tener una línea sólida de interrogatorios por temas,

o) Dominar técnicas de oratoria[497].

---

[495] La frase es de Calamandrei Piero. "El proceso como juego" en Derecho Procesal Civil, pág. 249 y en Estudios de..., t. III, pág. 269. Ver nuestra obra Derecho Procesal..., pág. 171.

[496] Calamandrei Piero. Elogio de los jueces escrito por un abogado, Buenos Aires, 1969, pág. 211.

[497] La palabra es todo: "Estado de conciencia, emotividad, reflexión, efusión, impulso y freno, estímulo y sedante, decantación y sublimación... Donde no llega la palabra brota la violencia. O los hombres nos entendemos mediante aquella privilegiada emanación de la Divinidad o caeremos en servidumbre de bruticie. ¿Qué podrá suplir a la palabra para narrar el caso controvertido? ¿Con qué elementos se expondrá el problema? ¿De qué instrumento se echará mano para disipar las nubes de la razón, para despertar la indignación ante el atropello, para mover la piedad y para excitar el interés? Para el efecto de persuadir no cabe comparación entre la palabra hablada y la escrita, en aquella los elementos plásticos de la expresión mímica valen

Estas algunas sugerencias para jóvenes abogados o litigantes con poca experiencia[498]:

b.- Utilice asistentes o abogados jóvenes

En primer lugar, haga uso de los asistentes legales que tiene a su disposición: conviértalos en su mano derecha durante la audiencia oral y dispóngalos de forma tal que escuchen, capten y encuentren cada ángulo relevante del caso. Mantenga con ellos reuniones previas, que elaboren un índice y conozcan detalles del expediente, donde se ubican las pruebas, los detalles de los testigos, que conozcan del fondo de la controversia y de la interpretación que la jurisprudencia superior ha hecho de la figura.

c.- Tenga un expediente digital o físico completo

En segundo lugar, es recomendable manejar una copia o "clon" del expediente judicial. La idea es que tenga la misma información que el juez y, de esa forma, pueda guiarlo a encontrar la información a la que haga referencia (en qué tomo y en qué imagen se encuentra lo que usted quiere que él tome en consideración). Además, esto dice mucho de usted respecto del dominio que tiene del caso.

En tercer lugar, confeccione un índice de las actuaciones procesales. Si bien es cierto que los despachos llevan índices, muchas veces su confección solo incluye las actuaciones procesales básicas. Por eso, es recomendable que haga uno propio – de todo el expediente digital– pormenorizado, como una bitácora precisa del desarrollo del proceso. Téngalo a la mano para ubicar la imagen que necesita y recurra al "clon" del expediente. En cuarto lugar, prepare un expediente separando los medios de prueba, de modo tal que cuando se le dé la palabra e interrogue a cada declarante, su asistente le entregue cada file y usted pueda acceder a cada medio específico.

d.- El fácil acceso a normativa y jurisprudencia

Utilice sus códigos legales con índice analítico, jurisprudencia y comentarios. Son una valiosa herramienta de trabajo que le permitirá encontrar las normas y la información rápidamente.

Todo lo indicado, le facilitará su desempeño al momento de los alegatos para que así efectúe el análisis sobre la prueba guiando al juez detalladamente.

e.- "Mida" al juez

La importancia de "medir" al juez se sustenta en la premisa de que solo quienes manejen el derecho y las variables del proceso son capaces de prever lo que habrá de resolverse en el fallo. En ese sentido, es necesario conocer al juez (determinar qué clase de juez es), pues es este es quien resolverá el litigio. Para llevar a cabo esta delicada tarea (de determinar qué tipo de juez es el que tenemos al frente), será importante informarnos, "lo mejor posible, entre otras cosas, todas las características relevantes del juez que habrá de dictarlo. Se entiende por

más que las resmas de papel y denuncian más claramente la sinceridad o la falacia del expositor". Ossorio Ángel. El alma de la Toga, Buenos Aires, pág. 138.

[498] Picado Carlos-Calderón Ana Cecilia. Técnica y estrategia…, pág. 252.

"características relevantes" aquellos rasgos del juez, de su personalidad, carácter, educación, ideología, clase social, versación jurídica, laboriosidad, ambiciones, religión, proyectos vitales, entorno familiar, principios morales, carrera judicial, prejuicios de todo tipo, preferencias políticas, mayor o menor integridad, entorno de amigos cercanos, entidades sociales que frecuenta, obra escrita sobre temas jurídicos y sociales, actuación universitaria, etcétera, todos aquellos rasgos que, repito, concebiblemente habrán de inducir sobre él al decidir un caso, según sea el tipo de problemas, hechos y valores que lo definan y las condiciones personales y sociales, latu sensu, de las partes[499]".

Bien decía Carnelutti que "*en el mundo del derecho la palabra es indispensable*". Pues bien, toda ciencia utiliza una terminología especial, la misma que debe estar en función de la claridad. Y, como el derecho es *"controversia en diálogo"*, los que la utilizan deben realizarlo ateniéndose a las normas del sistema y no a la fantasía. En ese sentido, para lograr claridad debe usarse un lenguaje exacto y preciso, es decir, debe usarse la palabra cuyo significado corresponda a la idea que queremos expresar. Este requisito es aún más importante para los ordenamientos en donde se están efectuando la transición de un sistema escrito a uno oral.

Como recuerda González Obregón[500], la realidad es que el nuevo sistema presenta muchos retos y no es compasivo con ninguna persona en las audiencias realizadas bajo el nuevo procedimiento. Hay que recordar que, al cambiar de una metodología de expedientes a una metodología de audiencias, es necesario que el abogado haga muy buen papel desde el inicio del procedimiento, pues de lo contrario no podrá tener las herramientas necesarias y suficientes para poder continuar. Todas las deficiencias que existan en las partes, como por ejemplo, una mala preparación o desconocimiento, tanto de detalles fundamentales del caso como de las técnicas necesarias para litigar en el nuevo sistema, saldrán a la luz y el apoderado quedará exhibido y perderá el caso. No se podrá improvisar y quien no esté preparado no podrá participar, no sólo en un juicio oral sino en todas las demás audiencias previas bajo el nuevo esquema de justicia.

f.- Sencillez

Acuérdese que las audiencias orales son, en la mayoría de los casos, públicas. En ese sentido, el uso y argumentación legal a realizarse debe ser sencillo, para que así entiendan los ciudadanos.

Sea selectivo con las citas de doctrina a utilizar (no es bueno caer en divagaciones de escasa o nula aplicación práctica). Recuerde que no está en una clase universitaria, está en una audiencia judicial.

El buen litigante debe usar el lenguaje jurídico exacto y preciso, con sencillez, para que su elocuencia convenza al juez de fallar a su favor. Por lo demás, tenga presente el tipo de auditorio que tendrá (el juez, jueces o jurado), pues dependiendo de esto deberá ajustar su discurso. Tenga presente que "(e)n lo que se refiere específicamente a la oralidad, en los juicios por jurados legos o mixtos (...) el abogado

[499] Carrio Genaro. Cómo Fundar un recurso. Buenos Aires, 1989, pág. 29-30

[500] González Diana. Manual práctico del juicio oral. México, 3ª edic., 2014, pág. 43.

debe poner en juego estrategias de persuasión dirigidas a auditorios dotados de diferentes modelos, tanto de producción como de recepción discursiva, lo que lo obliga a adoptar distintas técnicas, ya sea que esté llevando adelante la acusación o la defensa, al pronunciar un alegato, al interrogar al imputado o a un testigo, y todo ello en el marco de los discursos dominantes en cada contexto situacional[501]"

g.- "Maquille" su intervención

La abogacía ha pasado de un estilo barroco a uno conversacional. Por lo tanto, procure que al interponer su recurso su intervención tenga ciertas cualidades mínimas, como que sea interesante (para que llame la atención), sea clara (fácil de comprender) y, si puede, que sea memorable (en sus puntos y argumentos claves).

h.- Practique para hablar bien en juicio

Este no es un consejo para una etapa específica, sino para toda su actuación en la audiencia oral. Estimule su percepción mediante la observación y escucha y practique para corregir y mejorar sus intervenciones y evitar el pánico escénico, las muletillas o la falta de un hilo conductor.

i.- Procure su credibilidad frente el juez

Ser respetuoso con el juez y el contrario da muestra de honestidad. En ese sentido, no dramatice en exceso, sea respetuoso y no exagere, tampoco cite cifras o datos descontextualizados. Preséntese como un experto y profesional

j.- Adecuado manejo del lenguaje no verbal y corporal

Muéstrese sereno y, de ser posible, baje la tensión de la audiencia y del discurso ofrecido, siguiendo estos consejos: **i)** No frunza el ceño, mantenga un tono adecuado de voz (fuerte, pero sin gritar). **ii)** Cuando se dirija al juez, mírele a los ojos. **iii)** No pierda el tiempo peleando con el contrario y no haga gestos que revelen desidia (dar golpes en la mesa, llevarse las manos a la frente u otros).

12.- Cierre con broche de oro

El discurso debe ser breve, preciso y veraz. No oculte la verdad ni trate de engañar al juez. Calamandrei decía que hay que saber sugerir al juez, en forma discreta, los argumentos para que él crea que los ha encontrado por sí mismo.

Guiándonos por Verdeber[502], enunciamos las siguientes tres técnicas para enfocar la atención consciente, que son aplicables a las audiencias virtuales:

a) Prepararse física y mentalmente para escuchar

Todos deben escuchar en el juicio oral, el juez para decidir mejor y de manera justa; el demandante y el defensor para luego refutar en atención a lo dicho por el actor. Por eso, hay que tener cuidado con las interferencias o ruidos, especialmente internos, que consisten, en divagar en pensamientos ajenos al asunto objeto de debate. La acción de escuchar con atención supone seguir comportamientos activos específicos que ayudan a convertir el discurso en una especie de diálogo:

[501] Álvarez Graciela. La enseñanza del discurso jurídico oral y escrito en la Carrera de Abogacía. En Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho Año. 6, Nº 11, 2008. ppág. 143-144.

[502] Verdeber Rudolf. Comunicación oral efectiva, 14 edic. México, 2014, pág. 37.

- Determinar la organización del orador
- Plantear preguntas
- Parafrasear de manera silenciosa la información,
- Prestar atención a los indicios no verbales
- Tomar buenas notas

b) Escuche de manera objetiva

Puede suceder que no agrade la intervención del orador o que no compartamos las ideas que expone, sin embargo "realice el esfuerzo por escuchar objetivamente, a fin de que usted pueda comprender la posición del orador antes de responder".

c) Identifique los beneficios que se obtienen de escuchar con atención al orador

Escuchar con atención le permite al juez ir sopesando las pruebas y argumentos que se exponen para luego pronunciar el sentido de su fallo. A los abogados les permite detectar los puntos sobre los cuales deben ejercer contradicción o réplica.

PREPARACIÓN DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Katherine Calvo Artavia[503]

Sumario: I. Introducción. **II.** Sobre las actividades de la audiencia preliminar. **III.** Preparación del abogado**. IV.** Conclusión. Bibliografía.

I. Introducción

En Costa Rica desde el año 2008 se ha dado una actualización de los códigos procesales en las distintas materias. Estas reformas establecen procesos por audiencias, que se desarrolla en términos generales con una fase inicial que es escrita en que se presenta los actos de alegación de las partes: demanda, contestación y eventual reconvención; luego una fase oral que comienza con una audiencia preliminar y termina con la audiencia de pruebas o juicio oral.

El propósito de la audiencia preliminar[504] es asegurar que el proceso este listo para la audiencia de pruebas o juicio oral, en donde se practicara toda la prueba y se realizarán las conclusiones por las partes. De esta forma esta audiencia o fase – según el tipo de proceso en el que nos encontremos[505], tiene como fin subsanar cualquier error que se haya dado hasta ese momento en el proceso; dar un espacio para que las partes puedan discutir medios alternativos para resolver su controversia en una etapa temprana del

---

[503] Abogada y notaria. Doctorando del Programa Doctoral de Procesal Civil y Derecho Comercial de la Universidad Escuela Libre de Derecho, Costa Rica. Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona, España y Génova Italia. Licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Fidélitas. Miembro del Instituto Costarricense de Derecho Procesal. Miembro fundador del Instituto Panamericano de Derecho Procesal – Capítulo Costa Rica-.

[504] El Código Procesal Civil y el Código Procesal Contencioso Administrativo, en su artículo 90 también la denominada Audiencia Preliminar; el Código Procesal Agrario en el artículo 188 la nombra Audiencia Preparatoria y por su parte el Código Procesal de Familia en su artículo 233 la llama Audiencia Inicial del proceso, sin embargo, el fin de todas es el mismo: preparar el proceso para la práctica de pruebas y presentación de conclusiones

[505] Debe tenerse presente que el Código Procesal Civil regula en sus artículo 102.3 la audiencia preliminar para los procesos ordinarios, como una audiencia independiente a la audiencia complementaria (audiencia de pruebas, juicio oral), del artículo 102.5. Por su parte, el artículo 103.3 establece que los procesos sumarios se substanciarán en una sola audiencia y de una lectura de los incisos 1 al 9 se evidencian que son actividades propias de la audiencia preliminar, que en este caso por ser una sola audiencia podríamos denominarle fase preliminar de la audiencia única.

procedimiento, determinar lo que será objeto de debate y admitir la prueba pertinente y necesaria a fin de resolver el proceso.

La audiencia preliminar es una etapa necesaria, la practica ha demostrado que la audiencia preliminar siempre resulta imprescindible para un correcto desarrollo del proceso.

II. Sobre las actividades de la audiencia preliminar.

El artículo 102.3 del CPC - base de este artículo- establece una lista taxativa de 10 actividades que deben realizarse en la audiencia preliminar. Sin embargo, debe agregarse una adicional conforme al artículo 50.4 del CPC y que en realidad pasaría a hacer la primera actividad de la audiencia. Esa norma indica:

> *El tribunal ... verificará y consignará al inicio de cada audiencia la hora y fecha, la naturaleza de la audiencia, la identificación de las partes, los testigos y demás auxiliares que comparezcan a ella. Explicará a las partes sobre los fines y las actividades de la audiencia. Hará las advertencias legales que correspondan...*

Es decir, luego de los saludos y presentaciones formales, procederá seguir lo que ordena el 50.4 y posteriormente las actividades del 102.3. Sobre el deber de cumplir dichos actos, Artavia (2019, p. 697) refiere que al cambiar de un proceso escrito, a un proceso con audiencia oral, donde se resuelven todas las cuestiones procesales y de fondo, en la audiencia preliminar deben necesariamente cumplirse todas las etapas de dicha audiencia, en un solo acto continuado, su violación acarrea una vulneración al debido proceso legal y eventualmente la nulidad de la audiencia y la sentencia, cuando cause perjuicio a las partes.

Las actividades que refiere el 102.3 – que se enumeran de seguido- siguen un orden lógico que permite el desenvolvimiento de la audiencia de forma progresiva y ordenada, como una cadena de actos concatenados que permite que no se realicen actividades innecesarias.

Las actividades son:

1. El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.
2. La conciliación
3. La ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo.
4. La contestación por el actor o el reconventor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba.
5. La recepción, la admisión y la práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa no

resultas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales.

6. La resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

7. La definición de la cuantía del proceso

8. La fijación de lo que será objeto del debate.

9. La admisión de pruebas, las disposiciones para su práctica y el señalamiento para la audiencia complementaria cuando sea necesaria

10. La resolución sobre suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente.

En la siguiente sección analizaremos la preparación del abogado de forma general para la audiencia preliminar, destacando aquellas actividades que revisten una especial importancia por constituir ejes centrales para el buen desenvolvimiento del proceso y para la realización de una correcta audiencia complementaria/juicio oral.

III. Preparación del abogado

Como abogados tenemos una serie de áreas en las que nos podemos especializar; así como existen médicos generales, hay especialistas: cirujanos neurólogos, cardiólogos, etc., pues esto mismo sucede con los abogados. Existen especialistas en derecho de familia, penal, laboral, municipal, administrativo, civil, propiedad intelectual; también existen colegas que se dedican a derecho corporativo y asesoran la formación de los distintos actos jurídicos de sus clientes, otros que se concentran en ser mediadores y conciliadores abordando los conflictos desde una perspectiva distinta.

Tanto el médico que se especializa en cardiología, como el abogado que ofrece su servicio en un área determinada del derecho, se presentan como profesionales con los estudios, habilidades y experiencia necesarias para garantizar una correcta y suficiente asesoría. Ambos profesionales sin poder garantizar el resultado, pero si que el camino por el que se lleva a ese paciente o cliente, es aquel que ha sido producto de estudio, preparación y practica que le permite a ese profesional brindar una opinión técnica.

Lo anterior nos lleva a concluir que es prácticamente imposible que un médico que se presenta como especialista en cardiología, brinde servicios de esa especialidad en una clínica o en un hospital sin tener los conocimientos necesarios. Y aunque en la medicina podría decirse que ese es un escenario inimaginable, no ocurre lo mismo en el derecho. Es normal que abogados sin el conocimiento necesario[506] para asesorar a su cliente presenten reclamos en sede judicial.

[506] El artículo 13 del Código de Deberes ... establece: Quienes ejercen la profesión del derecho deberán analizar cuidadosamente un caso antes de aceptar su dirección profesional y rechazar el que requiera un conocimiento especial que no posean. En un sentido similar el artículo 32 establece que el abogado y la abogada deberán obtener pleno conocimiento de la causa de su

Aunado a lo anterior, no solo nos encontramos con demandas que presentan graves problemas respecto al derecho de fondo, pero además debe agregarse que hay una gran mayoría que no domina – y en ocasiones ni entiende- el derecho procesal. Lo anterior, provoca que nos encontremos demandas sobre las que no se ha realizado un análisis del significado de las afirmaciones, argumentos que estamos realizando, que no presentan una estrategia – de conformidad con el derecho aplicable y la prueba disponible- y menos aún cual es el impacto que procesalmente tienen esas actuaciones.

Decía Lee Bailey (2005, p. 21) que un abogado que se encarga de un caso y pone escasa atención a la preparación detallada del mismo antes, durante y después de presentarlo, y deja que se eternice, puede percatarse a la víspera del juicio *-en este caso de la audiencia preliminar-* que lo van a llamar "a la palestra" y entonces corre buscando desesperadamente a un abogado litigante que acepte hacerse cargo del caso, en el último momento.

Lo anterior, permite establecer las ideas centrales de este apartado, sean: i) el abogado litigante tiene una formación en derecho de fondo, derecho procesal y conocimientos afines, oratoria, psicología, argumentación, además de una serie de aptitudes como confianza, seguridad[507]. ii) el litigante se forma, en la universidad no enseñan a ser "abogado de juicios", por lo que corresponde al abogado desarrollar su habilidad por medio del estudio, constancia, experiencia. iii) la actividad del abogado litigante se desarrolla antes, durante y después de las diferentes audiencias orales – según el tipo de proceso- y iv) un abogado litigante debe PREPARARSE! PREPARARSE! para enfrentar un caso en sede judicial.

Es claro entonces que la preparación que se haga para una audiencia – en este caso la preliminar- es la continuación del trabajo que se ha hecho desde antes de presentar la demanda, y constituye parte del camino que se debe tomar para tener mayores probabilidades de alcanzar el éxito. Sin embargo, esa preparación de ninguna forma compensa los errores y la falta de preparación que se haya tenido con la demanda o incluso antes, ya que si bien, podría darse o crearse la oportunidad para hacer alguna corrección, dependerá del abogado crear con imaginación esas soluciones, teniendo ahora que afrontar ciertos

cliente antes de aceptarla y emitir opinión sobre ella. Por su parte el numeral 33 señala: Al emitir opinión en su ejercicio profesional los (las) agremiados (as) estarán obligados a presentar con sinceridad los diversos aspectos del asunto tanto favorables como desfavorables, después de un minucioso y serio estudio de las cuestiones de hecho y de derecho. No deberán asegurar nunca el éxito ni magnificar sus dificultades, sino exclusivamente exponer el amparo legal de la causa y sus probabilidades razonables.

[507] Un buen abogado litigante tiene que poseer disciplina y aptitudes para tomar decisiones rápidas y acertadas, así como una mente buena para el análisis y la lógica... un abogado litigante tiene que ser un individuo de muchos recursos, iniciativa e imaginación...(Lee Bailey. F. 2005, p. 50).

obstáculos: al abogado de la contraparte, el juez, y el principio de preclusión, entre otros.

Fernández León (2016, p.35) menciona una serie de principios que los abogados litigantes deben desarrollar. Entre los que destaca, el estudio como elemento esencial de la preparación. Afirma que debe estudiarse el caso, interrogatorios, pruebas y el derecho aplicable pues la intervención del abogado es eminentemente persuasiva, por lo que es solo obvio que para poder persuadir por medio de argumentos, que se presentan como verdaderos, es necesario conocer los temas indicados para que estos puedan sostenerse.

En este punto es necesario recordar que la capacidad de verbalizar ideas para persuadir[508] a otros es una habilidad que el abogado debe desarrollar. Poder expresar un argumento con confianza y claridad puede marcar la diferencia en un proceso. Actualmente la "modernización" de nuestros códigos procesales, obliga al abogado litigante a sentirse cómodo argumentando su caso de forma oral, esto si desea ganarlo. El abogado busca entre otras cosas, ganarse la confianza del juez a través de su propia credibilidad y la del caso que presente.

Otro de los principios que menciona Fernández León es el autocontrol, pues advierte que el escenario en que intervinimos la manifestación de las emociones y sentimientos son más habituales, por lo que debemos huir del impulso y desarrollar el autocontrol. Igualmente, el autor refiere que el abogado litigante debe tener o invertir tiempo, pues se debe disponer del suficiente para el estudio del caso para que al momento de preparar – en este caso la audiencia preliminar- se disponga de toda la información necesaria.

Es importante agregar que el tiempo que dediquemos en la preparación las diversas etapas o actuaciones del proceso, depende de muchos factores y no hay una formula única que establezca que si se prepara una audiencia o un interrogatorio 48 o 72 horas antes de su realización, siempre se logra un resultado exitoso. Sin embargo, lo que se si se puede afirmar es que disponer de tiempo – suficiente- para preparar las actuaciones judiciales, asegura que no nos veamos sorprendidos ante eventualidades, que tengamos capacidad de reacción y que aumentemos las probabilidades de un resultado positivo.

En general podríamos decir que la preparación del abogado se centra en 4 ejes: i) conocimiento sobre el derecho sustantivo, ii) conocer el derecho

[508] Sayler y Bishop señalan que una buena forma de aprender a realizar una presentación oral efectiva es estudiar los pensadores clásicos. En su ejemplo utilizan las enseñas de Aristóteles, quien escribió que un orador persuade de tres formas: demostrando credibilidad (ethos), con el uso efectivo de las emociones (pathos) y persuadiendo a través de hechos y lógica (logos). (Sayler y Bishop, 2019 p. 11-23). En un sentido similar Fernández León, refiere que la oratoria el abogado dispone de un auxiliar para que el juez acepte sus ideas y resuelva la controversia. (Fernández León 2016, p.35).

procesal: cuál es el camino que debo seguir[509], iii) saber de derecho probatorio: aspecto fundamental, pues el derecho sustantivo indica que debe probarse para lograr que se acoja la pretensión, mientras que el derecho probatorio explica cómo debe probarse y iv) técnicas de juicio oral: este aspecto es esencial, porque el abogado puede saber que probar, el procedimiento y como probarlo, pero si no logra comunicarlo de forma efectiva el mensaje puede que no llegue a buen término.

Considerando lo anterior y sin ánimo de querer ser reiterativos la clave principal es la preparación, la cual dependerá de cada abogado litigante y del tipo de caso, sin embargo como aspectos mínimos – para la audiencia preliminar- debe considerarse:

a. Relectura de la demanda y la contestación: En el caso del actor deberá realizar un análisis del fundamento de defensa, su base legal, si existe jurisprudencia que los respalde, si los hechos y la prueba presentada fundamentan los argumentos presentados.
b. Preparar hechos controvertidos y no controvertidos: Esto permitirá tener un control real cuando el juez realice la fijación del objeto del debate, sea que lo haga directamente o pida a las partes exponer su posición sobre dicho tema.
c. Revisión de la prueba ofrecida: analizar los requisitos del 41.3, determinar si estamos – en caso de que se haya alegado- en los supuestos del artículo 41.1, párrafo 2.

En este caso se aconseja que la lista de hechos controvertidos y pruebas se realice de forma consolidada, esto facilitará su uso en la audiencia.

d. Revisión de poderes y representación tanto del cliente como de la contraparte.
e. Estudio del expediente para determinar si existe algún aspecto a subsanar.
f. Elaborar una lista de los argumentos relevantes que se abordarían en caso de tener que realizar conclusiones: El detalle dependerá de las probabilidades que el abogado considere que la audiencia preliminar pueda convertirse en audiencia única, habrá casos en que las posibilidades son mínimas, sin embargo, se aconseja realizar la lista general.
g. Conocer el juez (a) que atenderá la audiencia: Conocer quien realizará la audiencia permite tener claro quien es nuestro público. En un proceso a quien tratamos de persuadir con nuestros argumentos es al juez, ya que es quien decidirá el resultado del proceso con base en los argumentos y pruebas que le presentemos.

[509] Cual es la estructura del proceso que se interpone, cuáles son los medios recursivos y los plazos, etapas, etc. Todo esto debe dominarlo el abogado litigante pues son las herramientas que utilizara dentro del proceso.

h. "Copia" completa del expediente: El expediente en línea permite obtener en un solo archivo todo el expediente, por lo que su obtención es más fácil, si aun estuviera en físico deberá tenerse copia completa y foliada. En el caso del expediente en línea se recomienda consultar, si el orden en que el abogado ve el expediente es la misma que tiene el juez, ya a veces esto puede variar. No tener esta prevención puede provocar confusiones y atrasos innecesarios.

i. Tener una guía de la audiencia que incluya todas las actividades y los aspectos – al menos las ideas- de los temas que queremos abordar: es como el "guión" del abogado, sin embargo, no implica que llegue a leerse a la audiencia o que no pueda o deba salirse de ese escenario. Así como el jugador de ajedrez planea las jugadas que realizará, así lo hace el abogado, sin embargo, ambos deben estar preparados para poder reaccionar ante jugadas inesperadas.

Los "consejos" anteriores los podemos encontrar en términos similares en toda la doctrina, sin embargo, no por eso deben obviarse, pues en muchas ocasiones lo que es evidente se olvida.

Entramos ahora a analizar cada una de las actividades de la audiencia preliminar, conforme al artículo 102.3 del CPC, destacando aquellas que consideramos esenciales para el desarrollo del proceso:

1. El informe a las partes sobre el objeto del proceso y el orden en que se conocerán las cuestiones a resolver.

Esta etapa es de carácter introductorio y por medio de la cual el juez, conforme a los artículos 5.2 y 50.4, informa a las partes de forma general cual es el objeto del proceso, entendido este como lo que se pretende – cobro de daños y perjuicios, aplicación cláusula penal, se declare incumplimiento contractual, etc.- y el fundamento de la oposición.

Artavia (2019, p. 698-669) plantea que esta etapa obliga al juzgador a leer previamente el proceso, estudiarlo para saber de que se trata. Indica además, que esta etapa debe ser breve y concisa, no se trata de leer la demanda o la contestación. Es una explicación oral para evidenciar que comprende lo que se está discutiendo.

Para esta actividad el abogado deberá tener claro, según su propio estudio del caso, cual es el objeto del proceso y así poder determinar si en esa presentación general se evidencia que el juez tiene alguna confusión respecto al objeto del proceso o a los argumentos de defensa y únicamente en caso de grave imprecisión o error solicitar algún ajuste.

2. La conciliación.

La conciliación requiere un gran trabajo del abogado, sin embargo, en la mayoría de las ocasiones no se "prepara" e incluso ni se llega a explicar al cliente los beneficios que podría traer este instituto.

Es necesario que el abogado llegue a esta actividad con una respuesta clara sobre la posibilidad de una conciliación, respuesta que provendrá de la revisión de los posibles escenarios en que el cliente podría acordar una conciliación.

3. La ratificación, la aclaración, el ajuste y la subsanación de las proposiciones de las partes, cuando a criterio del tribunal sean oscuras, imprecisas u omisas, cuando con anterioridad se hubiera omitido hacerlo.

Esta actividad reviste de especial importancia para el desarrollo correcto del proceso. El abogado litigante debe tener claro cual es el alcance de aclarar, ajustar y subsanar las proposiciones, pues el límite lo constituye el debido proceso y el derecho a la igualdad de armas[510].

Resulta imposible utilizar esta actividad para tratar de alterar la pretensión, sea su elemento subjetivo -partes- y/o sus elementos objetivos -causa de pedir y pedido- y en general cambiar, alterar el contenido de los actos de alegación.

Para evitar abusos por parte de la contraparte y errores del juez, es esencial que el abogado litigante conozca el derecho de fondo aplicable, para que pueda identificar si una "subsanación" pretende corregir algún error en la formulación de los hechos o la pretensión.

Lo anterior también requiere de una correcta revisión de la demanda, de la determinación de los hechos controvertidos y de la prueba ofrecida, pues cuando se manejan estos datos resulta más fácil detectar cuando la contraparte está tratando de "arreglar" algún problema, pues o lo habremos notado en la preparación o podremos llegar a deducirlo con mayor efectividad.

4. La contestación por el actor o del reconventor de las excepciones opuestas, el ofrecimiento y la presentación de contraprueba.

Para estos efectos el abogado litigante debe estar preparado para explicar, presentar su caso ante el tribunal, debiendo abordar hechos, fundamento jurídico de la defensa, prueba aportada por la contraparte y ofrecer – si resulta necesario- contraprueba.

Para abordar esta actividad, nuevamente, es necesario realizar una correcta y completa preparación de la audiencia y haber diseñado una estrategia para afrontar la oposición del demandado o del reconvenido. No puede pensarse que la réplica oral de la contestación se planea y realiza de la misma forma en que se hacia cuando era escrita. La oralidad permite una

[510] La prohibición de modificar la demanda, una vez trabada la litis -con su contestación- está basada en los señalados límites constitucionales y legales. Las primeras atienden al derecho de defensa y debido proceso legal, que contiene el art. 39 CPo, pues parece claro que si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de su pretensión, la causa petendi, la pretensión o las personas demandadas, se estaría colocando a los restantes sujetos en una situación de indefensión, al cambiarle las "reglas del juego" por las cuales se les demandó inicialmente o por lo menos vulnerándose el principio de igualdad de armas. Artavia, 2019, p. 101-102.

comunicación directa con el juez, y es necesario que el abogado litigante aproveche esta oportunidad, pues es la primera vez que el juez escuchara la historia.[511]

Incluso podríamos hacer un parangón con la etapa de alegato de apertura propia del proceso penal. Según señala Mauet (2013, p.73-74)[512] es la primera oportunidad que tienen las partes de expresarle al jurado – en este caso sería la oportunidad única del actor o reconventor de indicarle al juez – de que se trata el caso, que se está discutiendo, que fue lo que "realmente pasó" y porque debería declararse con lugar la demanda. El autor establece que el alegato de apertura ya no es solo la explicación de lo que las partes esperan probar en el proceso, actualmente se reconoce la importancia del alegato de apertura para informar y orientar al jurado sobre los hechos y aspectos en litigio.

Ver la réplica a la contestación como una "especie" de alegato de apertura – considerando siempre las diferencias esenciales entre los dos actos- nos permite poder hacer uso de las técnicas utilizadas para abordar el alegato de apertura, pues están diseñadas para transmitir en ese primer encuentro directo un mensaje efectivo.[513]

Algunos aspectos a considerar:

a. Es imposible presentar un argumento legal sin contar historias sobre los hechos y la ley.[514] Por lo que debemos contar una "historia" que resulte de interés, no podemos olvidar que las primeras impresiones son insustituibles. Además, este es el momento para aplicar las destrezas que todo orador, que pretende persuadir, debe

[511] Es claro que para el momento de la audiencia preliminar el juez ya revisó los escritos de alegación, sin embargo está es la primera vez que lo escucha, con la ventaja – o desventaja según del lado en que nos encontremos- que lo escucha de una sola de las partes.

[512] Traducción libre.

[513] Mauet advierte además algunos temas que no deben realizarse en el alegato de apertura, de los cuales algunos resultan aplicables: i) No discuta – ni con el juez ni con la contraparte-, ii) No realice opiniones personales. Las alegaciones que se realizan en la réplica parten de una base fáctica, jurídica y probatoria. Si bien no se pueden dar conclusiones – pues no se ha practicado la prueba- si se pueden realizar afirmaciones considerando el anterior trinomio; iii) No discuta el derecho de fondo: Si bien parte de la réplica es abordar el fundamento de derecho alegado por la demandada o reconvenido, no podemos utilizar esta actividad para pretender discutir sobre el derecho aplicable, se reitera, no podemos convertir la réplica a la contestación en conclusiones y iv) apelar a "simpatía" o perjuicios.

[514] Considérese, desde un punto de vista objetivo, lo que un abogado litigante pretende hacer cuando prepara su gran escena en el tribunal. Ante todo y principalmente, está tratando de recrear toda la historia de un evento ...(Lee Bailey. F. 2005, p. 99). En el mismo sentido, se dice que los hechos de un caso se plasman en historias cuidadosamente ajustadas a leyes y jurisprudencia. Y que resulta imposible presentar un argumento legal sin contar alguna historia sobre los hechos y la ley. Traducción libre. (Meyer.2014, p. 3)

tener: **Ethos:** Demostrar credibilidad, **Pathos:** con el uso efectivo de las emociones y **Logos:** persuadiendo a través de hechos y lógica.

b. No es el momento para tener conflictos con el abogado de la contraparte – realmente ninguna etapa del proceso es momento para presentar una actitud hostil o conflictiva para la contraparte, pero la menos apropiada es la réplica a la contestación- recuerde es la primera vez que el juez escuchará la versión de los hechos desde su perspectiva-, sino más bien un momento para abordar los hechos del caso.

c. Dosifique su participación. La réplica a la contestación no son unas mini conclusiones, primero porque resulta imposible pretender abordar todos los aspectos relacionados con los hechos y los fundamentos por el simple hecho que no se ha practicado la prueba. Por lo que la participación debe centrarse en abordar la defensa, oponerse a la prueba, ofrecer contraprueba y explicarle al juez que se va a demostrar con la prueba que se practicará en la etapa correspondiente.

d. Una correcta réplica implica que el abogado debe conocer el derecho aplicable, escoger la forma en que presentará su mensaje, que "etiquetas" utilizará, a que dará énfasis y si ofrece contraprueba, tener claro cual es su pertinencia, utilidad y relación con los hechos.

5. La recepción, la admisión y la práctica de prueba pertinente sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa no resultas anteriormente, vicios de procedimiento invocados en la audiencia y excepciones procesales.

El abogado litigante debe estar listo para poder realizar en ese momento el interrogatorio o contrainterrogatorio. El punto central será delimitar el objeto de la prueba, ya que para este momento esta únicamente versará sobre las alegaciones de actividad procesal defectuosa o vicios de procedimiento que se hayan invocado, por lo que no podrá abordarse temas de fondo y que formen parte de los eventuales hechos controvertidos.

6. La resolución sobre alegaciones de actividad procesal defectuosa, excepciones procesales y saneamiento.

Debe tenerse en cuenta que por ser un tema que se resolvió en audiencia, los recursos deben presentarse en ese momento conforme a los artículos 66 y 67 del CPC, además no debe olvidarse del deber de motivar la impugnación – art. 65.5-. Es en estos actos en que las habilidades oratoria resultan de utilidad, ya que la formulación de un recurso oral tiene amplias diferencias con un recurso que se presenta por escrito, que van desde el tiempo que se tiene para preparar los argumentos hasta la forma en que se "diseña" el recurso.

La presentación de un recurso siempre tiene como fin cambiar la decisión del juez y ya sea oral o por escrito, en cualquier caso debe transmitirse el mensaje de forma clara y eficaz, sin embargo, la oralidad demanda del abogado litigante desarrollar destrezas que van desde escuchar de forma correcta y activa al juez – a fin de poder entender el fundamento de la

resolución o detectar su ausencia-, poder de síntesis – para que no pretenda defender toda su teoría del caso a través de un recurso-, explicarse de forma clara a fin de abordar las dudas o cuestionamientos que pueda presentar el tribunal y conocer - y reconocer- que es lo que se quiere ganar, es decir, que utilidad tiene dicho recurso para mi estratégica, mi cliente y la defensa de sus intereses.

Como se mencionó anteriormente, el abogado tiene similitudes con el jugador de ajedrez, en el tanto ambos tienen una razón por la cual hicieron cada una de sus "jugadas" ya que todas están determinadas por la estrategia planeada para lograr el resultado esperado.

7. La definición de la cuantía del proceso.

Se determinará conforme a las reglas del 35.3 del CPC.

8. La fijación de lo que será objeto del debate.

Una de las actividades de mayor impacto en el proceso es la fijación del objeto del debate, esta no puede interpretarse como un simple recuento de los hechos de la demanda. Pues esta delimitación constituye el thema decidendum, es sobre lo que el juez se va a pronunciar en su sentencia.

Para lo anterior, se necesita una adecuada configuración de la relación jurídica procesal, la que se logra al establecer cuales son los hechos relevantes[515] que se encuentran controvertidos por las partes.

Como ha señalado la doctrina, esta "fijación" se trata de un examen preliminar en los que el juez ha delimitado o "marcado" la "cancha" del debate o partido del proceso. Es lo que finalmente se va a debatir, probar y juzgar, con la finalidad inmediata de hacer el difícil ejercicio de indicar las pruebas que se admitirán y se rechazarán en función del objeto del debate recientemente delimitado[516]. De ahí la importancia de esta actividad, pues la determinación de los argumentos fáctico-jurídicos conecta el thema decidendum, thema probandum y la actividad decisoria.

En otras palabras, el hecho que no se admita como controvertido no será objeto de prueba y si el abogado no hizo un correcto planteamiento de la prueba en su escrito de alegación, puede encontrarse con la sorpresa que en la etapa de admisión de pruebas se encuentre con que un hecho controvertido quedo sin prueba pues no realizó una correcta vinculación con los hechos.

Se reitera que para esta fijación es indispensable que el abogado litigante haya estudiado detalladamente la demanda y la contestación (y, eventualmente, la reconvención y su con- testación) para, identificar los hechos

[515] Doctrinariamente se encuentra una gran clasificación de tipos de hechos, sin embargo, para estos efectos se definen como hechos relevantes o principales aquellos que tienen aptitud para conducir directamente a una declaración de fundabilidad o infundabilidad de la pretensión y como hechos secundarios aquellos que complementan o esclarecen a los principales sirviendo, inclusive, como indicios.

[516] Artavia, 2019, p.102.

alegados por las partes, cuales son esenciales y finalmente cuales son controvertidos.

9. La admisión de pruebas, las disposiciones para su práctica y el señalamiento para la audiencia complementaria cuando sea necesaria

Una vez delimitado el objeto de debate, sea los hechos sobre los que el juez va a emitir una decisión, se puede realizar una calificación de los medios de prueba que se ofrecen para acreditar esos hechos, ya que sin el thema decidendum no hay thema probandum.

Esta actividad es cardinal en el proceso ya que tales medios serán objeto de valoración a fin de corroborar las hipótesis fácticas en juicio. Basicamente, conciste en vincular los distintos medios de prueba que se han ofrecido a sus respectivos hechos, o más propiamente a las alegaciones de hecho que realizaron las partes en sus escritos de alegación. Es importante recordar que en este momento el juez no está valorando propiamente esa prueba, está vinculandola de forma general o abstracto.

De conformidad con el artículo 41.3 del CPC la prueba será admitida si está dirigida a demostrar hechos controvertidos, por lo que los medios de prueba que se ofrezcan deben ser pertinentes, relevantes y, además, deben ser lícitos[517]; asi, si el juez rechaza alguna prueba debe fundamentar su decisión a partir de uno o más de los citados criterios.

Como se ha señalado anteriormente, la vinculación del hecho y la prueba debe hacerla el abogado – idealmente y respecto a su prueba previo a la presentación de la demanda, con la teoría del caso- como una de las tareas o aspectos a abordar en la preparación de la audiencia, esto le permitirá poder determinar de forma más rápida si el rechazo de alguna prueba afecta su teoría del caso, además que relacionar la prueba con un hecho y ese hecho con determinada pretensión – el famoso banco de tres patas que constituye la teoría del caso- permitirá poder defender la admisión o rechazo de una prueba de forma efectiva.

El abogado litigante que no prepare esta etapa se podrá encontrar en la audiencia complementaria, y al momento de presentar sus conclusiones, que existen hechos relevantes que no lograron demostrar.

10. La resolución sobre suspensión, la cancelación o la modificación de medidas cautelares, cuando exista solicitud pendiente.

[517] Deben referirse sobre hechos controvertidos, pues constituyen los hechos en que las partes están presentando versiones distintas y que para efectos de la decisión se consideran esenciales para la resolución. Los medios probatorios deben buscar acreditar hechos controvertidos porque debe existir, cuando menos, dos versiones so- bre un hecho; los medios probatorios deben ser pertinentes, porque deben referirse al mérito de la causa (esto es, estrictamente al thema decidendum ya delimitado); los medios probatorios deben ser relevantes, porque el esclarecimiento de los hechos a que se refieren debe contribuir con conducir a la verdad; finalmente, los medios probatorios deben haber sido obtenidos lícitamente.

Se remite al lector a lo abordado en la actividad 6 de la audiencia preliminar, ya que una vez se dicte resolución sobre las medidas cautelares lo procedente será determinar la procedencia de algún medio recursivo.

IV. Conclusión

1. La preparación del abogado litigante es el objeto central de este artículo, ya que las probabilidades de éxito aumentan o disminuyen – considerablemente- si no se realiza de forma correcta preparación.
2. Esa preparación inicia desde antes de presentar la demanda, conlleva la especialización y estudio del área del derecho que se está ejerciendo, se extiende a la presentación y diseño de la demanda y continua a lo largo del proceso.
3. La preparación del abogado litigante para la audiencia preliminar, no puede verse de forma independiente al resto del proceso. Todo es parte de una estrategia que se diseña por etapas y en cada etapa se va desarrollando.
4. El abogado litigante debe adecuar sus actuaciones al nuevo modelo de proceso, uno en que la oralidad forma la base de su estructura, por lo que debe desarrollar otra serie de destrezas pues no solo será importante lo que se diga, cuál la historia, los hechos que se presentan, pero además es transcendente como se presenta esa historia, como se transmite el mensaje, como se prueba. Para ello la oralidad y técnicas de litigación son "armas" que el abogado debe tener a su disposición.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTAVIA BARRANTES. S. 2019. *Breves Explicaciones al Código Procesal Civil (más de 1000 dudas y temas prácticos).* San José, Editorial Jurídica Faro.
- FERNÁNDEZ LEÓN. O. 2016. *El Abogado y el Juicio*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A.
- LEE BAILEY. F. 2005. *Cómo se ganan los Juicios: El abogado litigante.* México, Editorial Limusa, S.A. de C.V.
- MEYER.N.P. 2014. *Storytelling for lawyers.* New York, Oxford University Press.
- MAUET A. T. 2013. *Trial Techniques and Trials.* 9na ed, New York, Wolters Kluwer.
- SAYLER. N. R. y BISHOP SHADEL. M. 2019. *Tongue-Tied America. Reviving the Art of Verbal Persuasion. 3*da ed., New York, Wolters Kluwer.