

REVISTA EL FORO



Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica



EDICIÓN NÚMERO 16

Revista Semestral

Diciembre 2014

ISSN 1659 - 1496



REVISTA EL FORO

Edición No. 15
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas de Costa Rica
San José, Costa Rica
Diciembre, 2014



DIRECTOR

Msc. Eduardo Rojas Sánchez

CONSEJO EDITORIAL

MSc. Eduardo Calderón Odio*
MSc. José Pablo Alvarado Cascante*
Dra. Ericka Hernández Sandoval*
Licda. Gabriela Badilla Zeledón*
MSc. Edgar Castrillo Brenes*
Licda. Vanessa Quesada Córdoba*

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión

Ofiprinte Comercial MB S.A

Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Teléfono 2202-3648

www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

SUMARIO

3. “La labor de la defensa pública en materia penal juvenil en Costa Rica”
Dr. Alvaro Burgos
21. La empresa de servicios legales
Lic. Federico Torrealba Navas
35. Los procesos de interrelación familiar: un mecanismo para la salvaguarda de derechos fundamentales de la persona menor de edad.
*M. Jur. Gerardo Antonio Blanco Villalta.
M. Jur. Giovanni Cavallini Barquero.*
51. Algunas consideraciones sobre los choferes de autobus, dentro del ambito laboral
*Dr. Eric Briones Briones.
Doctor en derecho laboral.*
75. El derecho a huelga en los servicios públicos en Costa Rica.
Celin Edo. Arce Gomez
87. Implicaciones de la inadecuada actualización de la cuota alimentaria de forma oficiosa por parte de los patronos.
Licenciada Eimy Granados Aguilar
93. La evolución de la aplicación del crédito fiscal en el
Impuesto general sobre las ventas.
Lic. Priscilla Sánchez Conejo
109. Observaciones críticas a la jurisprudencia sobre la ruptura de la cadena de custodia.
M.Sc. Miguel Zamora Acevedo
121. El principio de tipicidad
En el derecho administrativo sancionador (A la luz de la jurisprudencia constitucional) .
Carlos Alberto Mata Coto
137. Reflexiones sobre la efectividad y la seguridad jurídicas.
Rodolfo E. Piza Rocafort
155. Plebiscito de revocación de mandato administrativo sujeto al control de legalidad y al de convencionalidad.
Billy Araya Olmos

Mensaje Editorial



Mediante la Ley No. 9266 del 12 de agosto del año 2014, se reformó la Ley Orgánica de nuestro Colegio; dentro de las modificaciones más relevantes quiero hacer referencia a la reforma legal que impone al Colegio como parte de sus objetivos, la obligación de velar por la excelencia académica de los egresados de las universidades, así como promover los mecanismos de control y seguimiento de la calidad deontológica, ética y moral de sus agremiados y agremiadas.

Con fundamento en este mandato, en el mes de diciembre del año pasado, nuestra Asamblea General aprobó casi por unanimidad de los presentes la reglamentación necesaria para la implementación de las evaluaciones respectivas. Si bien, durante muchos años atrás, se había intentado alcanzar este objetivo, no fue sino hasta el año pasado que se dio forma legal a esa aspiración; así, hoy el Colegio de Abogados y Abogadas puede tener una participación más efectiva en el control de la calidad profesional. Recordemos que a los Colegios Profesionales, por un interés de carácter público, se les ha encomendado supervisar la preparación adecuada de sus miembros y la estricta observancia de las normas de la ética y el decoro profesional. Esto ha sido reconocido incluso por resoluciones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. (Opinión consultiva No. OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica).



Sin duda, este paso representa un gran beneficio para la calidad del ejercicio profesional, lo que a su vez se va a traducir en un beneficio para nuestra sociedad costarricense.

Por su parte, nuestra revista EL FORO, con el mismo objetivo, en esta edición y como lo ha hecho durante décadas, hace un importante aporte a la excelencia académica de sus agremiados (as) por medio de la difusión de investigaciones jurídicas de alto nivel.

En esta edición, me corresponde presentarles a un selecto grupo de juristas (en su mayoría docentes de gran trayectoria académica) que nos aportan sus conocimientos e inquietudes en campos como el derecho laboral, penal, administrativo, civil y familia; así como del derecho en general, sobre la efectividad y la seguridad jurídica.

Finalmente, agradecemos a los autores de estos artículos su aporte y confianza en nuestra revista; por su alto nivel académico, estamos seguros que los mismos van a contribuir al crecimiento profesional de nuestros lectores.

Director
Msc. Eduardo Rojas Sánchez



“LA LABOR DE LA DEFENSA PÚBLICA EN MATERIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA”

Dr. Álvaro Burgos¹

INDICE

Resumen:

En el presente artículo se describe la participación del Defensor Público antes y después de la llegada de la nueva Ley de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica en 1996.

Palabras Clave:

Defensor Público, Ley de Justicia Penal Juvenil

Abstract:

En this article it is described the participation of the Public Defender before and after the new Juvenile Criminal Law arrived in Costa Rica in 1996.

Key Words:

Public Defender, Juvenile Criminal Law.

1. Evolución Doctrinaria de la Defensa Pública en Materia Penal Juvenil.
2. Inicio Formal De La Atención Especializada En Materia Tutelar En La Defensa Pública
3. Labor Actual De Defensor Público.
4. Derechos Facultades Específicas Del Derecho De Defensa:
 - a. Derecho a participación.
 - b. Derecho a petición.
 - c. Derecho al conocimiento.
5. Defensa Del Menor En Las Diferentes Fases Del Proceso.
 - El Ejercicio De La Defensa Durante La Investigación
 - Ante la Fiscalía Penal Juvenil.
 - En sede del Juzgado Penal Juvenil.
 - Fase de Ejecución.

INTRODUCCIÓN

La sociedad tiene el deber de atender los problemas originados por gran cantidad de familias disociadas que generan en nuestra niñez y adolescencia focos de violencia que se ven reflejados en los porcentajes de criminalización juvenil que afrontamos.

En la mayoría de los casos, éstos jóvenes que se separan del orden jurídico y social no son más que el producto de una niñez en la cuál fueron sometidos a muchos abusos tanto económicos, como morales, por el abandono de sus propios progenitores o la misma conducta disociada que

¹ Dr. Derecho Penal y Criminología de la U. de Málaga y la U. Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, Especialista en Perfiles y Tratamiento a Serios y Violentos Ofensores Juveniles de UNAFEI, Fushu, Japón, Bachiller en Ciencias Criminológicas de la UNED; Catedrático de Derecho Penal Especial y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Juez de Juicio del II Circuito Judicial de San José.

ven en sus casas como modelo de conducta.

De todos modos, estos jóvenes en formación, que requieren la asistencia del estado, el cual es incapaz de atenderlos empiezan a cometer una serie de conductas cada vez más graves, muchas de ellas sancionadas por el mismo ordenamiento, lo que implica que nuevamente el Estado deba intervenir pero ya no como el órgano protector de sus intereses, sino como el órgano sancionador. Sin embargo, no podemos dejar de lado, que éstos jóvenes en formación, requieren un tratamiento y una atención especial, ya que muchos de ellos tienen la capacidad de poder resocializarse y además, porque en muchos de los casos sus conductas son reflejo de una desorientación que puede ser debidamente encausada.

El Estado como órgano represor y en el caso de las personas menores de edad hacía que el tratamiento de los jueces en materia tutelar de menores, tuviera una visión de “Buen Padre de familia” de forma tal, que por medio de dicha visión, se permitiera al Estado sancionar o castigar al menor por sus conductas erradas, sin que hubiera un respeto al principio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción impuesta; lo que permitía el internamiento del menor por tiempo indefinido, si los jueces y la oficina de trabajo social consideraban que tal medida resultaba ser lo más adecuado para el menor y que el mismo dejara de delinquir en las calles.

La figura del defensor, aparece como la opción de tratar de poner un freno a tales poderes del Estado, haciendo valer los derechos de los menores ante la misma Sala Constitucional. En este artículo demostraremos que la intervención de la defensa pública dentro del proceso de penal juvenil, no solo ha resultado vital, sino que ha promovido en muchas oportunidades la gestión para el cambio.

Pretendemos demostrar, que la defensa pública

en materia de menores ha sido un verdadero bastión que al inicio contaba con menos armas para combatir la arbitrariedad, pero que las modificaciones en la ley penal juvenil le han permitido realizar de una forma más satisfactoria su labor y a su vez, intensificar la importancia de su intervención dentro del proceso penal juvenil.

Para ello, realizaremos un breve recuento de la evolución de la materia que se encarga de sancionar a nuestros menores desde la época de la materia tutelar de menores, hasta su evolución actual con una ley de penal juvenil y otra de ejecución de la pena, así como la participación actual del defensor describiendo su labor en cada etapa del proceso en rescate de los derechos y valores de los menores que son indefectiblemente sometidos al ordenamiento jurídico.

Por último se presentarán una serie de gráficos que permitirán visualizar la alta ingerencia que tiene actualmente la defensa pública dentro del proceso, valorando la cantidad de causas que lleva la defensa en comparación con la defensa particular, para lo que se tomó un muestreo de las causas del Juzgado de Alajuela y el de San José y así poder demostrar la importancia de su existencia como figura dentro del sistema.

LA ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA EN MATERIA PENAL JUVENIL DE MENORES

1. EVOLUCIÓN DOCTRINARIA DE LA MATERIA:

Antes del sistema actual existía la denominada jurisdicción tutelar de menores, cuyo fundamento fue la “Doctrina de la Situación Irregular”. En este sistema el adolescente era considerado como un ser inferior, incapaz de tener derechos y responsabilidades acordes a su edad e indigno de ser titular de derechos humanos. Los derechos



humanos era un privilegio exclusivo de los adultos, como si “menor” y “ser humano” fueran categorías excluyentes.²

Según ésta doctrina todos los delincuentes juveniles están en “riesgo social”, y las comisiones de un delito es un pretexto para protegerlos del mundo encerrándolos en una cárcel. Lo más grave es que el encierro no depende de la comisión del delito sino de la condición social del menor, a pesar de la protección constitucional e internacional de la libertad ambulatoria. De ese modo el menor tenía un doble castigo: el destino lo castigó negándole un hogar, y la sociedad le vuelve a castigar por el hecho de no tener familia.

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, se inició un proceso de cambio en la legislación interna de varios países latinoamericanos implementando el nuevo proceso penal juvenil inspirado en la “Doctrina de la protección Integral”. Con el nuevo sistema se concibe al menor como un ser humano digno de disfrutar de derechos propios, y también capaz de enfrentar una responsabilidad penal limitada, acorde con su estado de desarrollo.

Por otro lado se establecen penas cuyo fin es la educación y la orientación de los adolescentes. A la par de la represión mediante la cárcel, existen una serie de medidas como la adquisición de una trabajo, el ingreso en un centro de estudio, la obligación de residir en determinado lugar y la prestación de servicios comunitarios, que pretenden reincorporar al menor en la sociedad no sólo en el discurso sobre la naturaleza de la pena, sino en la realidad de la ejecución material de la medida.³

2 Ureña Salazar, Joaquín, *La Defensa Pública en el Proceso Penal Juvenil* aporte de la Defensa Pública al fortalecimiento de la Justicia, Inédito, San José, 1996.

3 Ibidem.

La Ley de Justicia Penal fue aprobada precipitadamente debido a la presión ocasionada por los medios de comunicación colectiva. Ante el surgimiento de una banda dedicada a asaltar transeúntes en el centro de San José, la cuál estaba compuesta por adultos y menores de edad y se conoció con el nombre de los Chapulines. Los partidos mayoritarios llegaron a un acuerdo para aplicar a la opinión pública estableciendo una pena de 15 años para los chapulines, afirma el Master Joaquín Ureña quien fue hace unos años defensor tutelar de menores.

En el proceso de adultos, en la práctica el juez sólo tiene dos instrumentos para ejecutar su oficio: la cárcel y la multa. Con ellos pretende castigar el delincuente y enseñarle a sus colegas lo que les puede pasar si cometen una fechoría. Los fines de resocialización o reinserción de la pena privativa de libertad son en sí mismos contradictorios con la realidad social de las cárceles. En el proceso penal juvenil existen instrumentos legales más adecuados para buscar esa inserción del adolescente en la sociedad. Pero los instrumentos legales no funcionan sin la mentalidad de las personas encargadas de aplicarlos es la misma que siguen los operadores del proceso penal de adultos. De ahí la imperiosa necesidad de contar con profesionales que se dediquen exclusivamente a la problemática de la delincuencia juvenil y que tengan la formación necesaria para hacerlo de acuerdo con la especial naturaleza de este proceso. Esa es la única manera de plasmar en la realidad los fines que persigue la ley.⁴

Además con la creación de plazas especializadas se ha considera por algunos expertos que no solo se mejora la prestación del servicio por la especialización y conociendo específico en la materia del servidor, sino que

4 Armijo Sancho, Gilberto; *Manual del Derecho Procesal Penal Juvenil*, 1era edic., IJSA San José, 1998, pág 258.

además, ello sirve como un control adicional sobre la efectividad del servicio que se brinda a la comunidad, se ha considerado que si bien el defensor actúa con total autonomía, también opera con un control estadístico⁵, lo que permite a su coordinación preocuparse cuando un defensor comienza a tener una media superior al común de “menores detenidos”. Donde se podrá verificar por los medios correspondientes, si ha habido o no negligencia de su parte.⁶

2. INICIO FORMAL DE LA ATENCIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA TUTELAR EN LA DEFENSA PÚBLICA

A partir de 1993 se dispuso la creación de dos plazas a tiempo completo para atender la defensa en materia tutelar de menores; la que antes de ese momento se encontraba como materia de recargo en manos de los defensores públicos de penal de adultos lo que implicaba que salvo algunas excepciones se le dedicara poca atención a la materia; plazas en que fueron designados en Propiedad por primera vez de forma especializada la Licda. Roxana Quintana y el Msc. Álvaro Burgos, quienes fueron los precursores de la Defensa Penal Juvenil en Costa Rica.

En ese momento se logran detectar una serie de arbitrariedades injusticias que se trataron de salvaguardar. Para 1993 el proceso tutelar de menores estaba concebido de tal forma que el juez de dicha materia, tomaba sus decisiones sin tener que rendir cuentas de ninguna especie. No existía la participación del Ministerio Público como si existe actualmente como uno de los sujetos del proceso, la participación de

la defensa por otro lado estaba contemplada en la ley pero con una participación esporádica, a parte bajo esas circunstancias teníamos un proceso en el cual el juez era amo y señor; al principio cuando aparecieron los defensores públicos en materia tutelar, se señaló que iba a ser muy importante su labor por cuanto a visión de los jueces los defensores iban a colaborar y así la responsabilidad no iba a caer únicamente en la figura del juez. Aquella visión duró poco tiempo y se les comenzó a ver como intrusos que venían a propiciar la desgracia y el caos social.

Para 1993 la ley vigente era la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores que a su vez tuvo su origen en la reforma a la Ley Orgánica de la Ley Tutelar de menores número 3260 del 21 de diciembre de 1963. Dos aspectos interesa destacar: primero, se ordenaba la privación de libertad de personas menores edad sin que indicara las razones por las que en el caso concreto se justificaba la detención del menor, situación que quedó evidenciada en la resolución 2376-93 de la Sala Constitucional, mediante la que se acogió un recurso de Habeas Corpus presentado en el que se hizo evidencia de tal violación, donde lo único que existía en ese momento. Caso era la orden de retener a los menores a la orden del Juzgado Tutelar de Menores.

El criterio social dominaba por encima del criterio jurídico, por lo cual no resultaba importante la existencia de pruebas que indicara la culpabilidad del menor, lo que prevalecía al momento de resolver la restricción de libertad ya fuera provisional o definitiva o al resolver el fondo del asunto. El menor se encuentra en riesgo social y por ello no se le podía abandonar, grase trillada utilizada para sustentar tales decisiones a cambio del alto precio de violar los derechos y garantías con que contaba una persona sometida al sistema punitivo, mediante el cual de por si ya se restringían sus derechos incluso su libertad.⁷

⁵ Ibidem.

⁶ Chang Mora, Gustavo, Chinchilla Rosaura, García Rosaura; Violación de los Derechos Fundamentales y Criminización secundaria en el sistema de justicia Penal Juvenil, (ensayos), 1era edic., San José, IJSA, 2003.



Los recursos de apelación eran de conocimiento de jueces de familia, los que lógicamente ponían énfasis en el aspecto social antes de lo jurídico a la hora de conocer tales impugnaciones. Lo que resultaba lógico tomando en consideración y con relación a la materia penal, los mismos no conocían mayor cosa por no decir que absolutamente nada.

En cuanto al tratamiento que se le daba al tema de la culpabilidad el mismo resultaba árido y obviado por los jueces de la materia, ya que el aspecto relevante resultaba ser el aspecto familiar y social del menor, lo que facultaba que en ausencia de pruebas incriminaran al menor en el hecho acusado, atendiendo a ese interés social, se podían poner medidas aunque ninguna prueba pusiera de manifiesto la culpabilidad y de esa forma restringir la libertad de forma ilegítima.

Mediante el recurso de Habeas Corpus número 1073-93 de la Sala Constitucional, la Sala se pronuncia sobre la legalidad de una medida de privación de libertad que se prolongó por casi tres años cuando el hecho que sustentaba dicha privación de libertad resultaba ser una contravención de palabras obscenas.

En la entrevista realizada al Lic. José Arnoldo González, quien laboró igualmente como Defensor Público en la incipiente materia Penal Juvenil durante esta época, refiere acordarse a la restricción de libertad que se ordenó en contra de un menor de edad al que se le acusó de portación de armas, siendo que en la realidad lo que se le decomisó al ser requisado fue un cuchillo de poner mantequilla al pan, caso también en el que la Sala Constitucional ordenó su inmediata libertad.

En la entrevista realizada al Lic. José Arnoldo González ⁸, quien laboró igualmente como Defensor Público en la incipiente materia Penal Juvenil durante esta época, refiere acordarse a la restricción de libertad que se ordenó en contra de un menor de edad al que se le acusó de portación de armas, siendo que en la realidad lo que se le decomisó al ser requisado fue un cuchillo de poner mantequilla al pan, caso también en el que la Sala Constitucional ordenó su inmediata libertad.

El tema de la restricción ilegítima de la libertad, refiere el Lic. González fue una lucha ardua para ellos durante todo ese año, sobretodo exponer de manifiesto la existencia de una nueva filosofía y definitivamente la necesidad de un cambio de paradigma con respecto a la materia tutelar, donde debía prevalecer el principio de culpabilidad y demás derechos y garantías de la persona acusada.

Igualmente, existía una enorme relevancia de la figura del trabajador social, quien recomendaba incluso el tipo de medida a imponer al juez, lo que era en la mayoría de los casos atendidos, en virtud del interés social ⁹.

El problema, como lo veremos más adelante, es que todavía dicha tendencia no ha sido totalmente desarraigada en todos los casos de la mentalidad de los fiscales y de los jueces, lo afecta no solo durante todo el proceso judicial, sino también en la adecuada evolución del sistema.

⁷ Ibidem.

⁸ Entrevista realizada al Lic. Jose Arnoldo González, defensor público segundo circuito judicial.

⁹ Entrevista realizada al Lic. Esteban Amador, defensor público en penal juvenil, 1er circuito judicial.

3. LABOR ACTUAL DE DEFENSOR PÚBLICO:

Todavía existe cierto desconocimiento sobre el verdadero significado de la defensa pública en el proceso penal. No es casualidad que dicha institución está consagrada en los principales instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal (art. 11), el Pacto de San José (art. 9 y 14) y la Convención Americana (art. 8).

La defensa pública es un verdadero órgano fiscalizador del ejercicio del poder represivo del Estado garantizando a los ciudadanos asesoría legal independiente de su condición económica o social. La intervención activa de la defensa en el proceso promueve su pureza y apego a la Constitución Política; y en alguna medida constituye un atenuante al injusto proceso de selección de la “clientela” del sistema penal. Existe por lo tanto una ética del defensor público. Es necesario aclarar que la defensa en sentido técnico no implica una aprobación moral de las conductas acusadas. Significa brindar asesoría legal para enfrentar un proceso judicial.¹⁰

En el proceso penal para adolescentes esa labor adquiere un significado particular. Al igual que en el proceso de adultos, la defensa pública recibe el grueso de las defensas penales de todo el país.

Al existir sanciones alternativas cuya finalidad es la educación y orientación de los adolescentes que cometen delitos, el defensor penal juvenil tiene la responsabilidad de participar activamente y en forma coordinada con los demás órganos en la educación y orientación de uno de los sectores más marginados de la sociedad: los adolescentes pobres que cometen delitos. En casos extremos

debe velar porque el encierro sea proporcionado al hecho acusado y se de la revisión semestral por parte del juez.¹¹

La inexistencia de apoyo estatal y la escasez de organizaciones no gubernamentales hacen que los esfuerzos realizados en sede judicial sean gotas de agua tratando de apagar un incendio. Sin embargo ello resulta mas loable que la actitud de antaño donde se encerraba en la cárcel a la población pobre o en “riesgo” no se sabe si para protegerla o para mantenerla lejos del alcance de la vista.¹²

Por ello los defensores de esta materia no solo requieren una preparación especial en la materia, sino también un vocación especial de compromiso con la adolescencia, y una clara conciencia de las implicaciones filosóficas del servicio que se brinda a la sociedad. Estos tres aspectos son los que marcan la diferencia entre un profesional que trabaja por su salario y un defensor cuyo cargo, además de un trabajo, es una fuente de realización personal.

En consecuencia, el hecho de que un adolescente desconozca o no comprenda lo que acontece dentro del proceso que se sigue en su contra viene a limitar el aporte que éste pueda brindar a favor de su defensa, falseando uno de los pilares que constituye la misma. De ahí la importancia que el defensor se esmere en que el adolescente comprenda su situación jurídica, lo cual devendrá en un beneficio que asegurará la eficacia en la protección de este derecho fundamental.¹³

11 Ver González Castro, Jose Arnoldo; El Régimen Tutelar de Menores: un régimen de injusticia y arbitrariedad, inédito, San José, 2003.

12 Entrevista al Lic Mauricio Paniagua, defensor público en materia penal juvenil, en el año 2003 Y 2004.

13 Ureña Salazar, Jose Joaquín; La Defensa Pública y el Derecho Penal de Mínima Intervención, Edit. Revista de la Defensa Pública número 3, San José.

10 Entrevista realizada al Lic. Andrés Mora, defensor público quien laboró en el 2005-2006 en materia penal juvenil.



El sistema costarricense ha pretendido cubrir la necesidad de asistencia jurídica en todo el territorio nacional, creando para ello un total de 7 plazas para la ciudad de San José, y 14 defensores públicos juveniles, 1 mixta con recargo de penal juvenil y pensiones en Santa Cruz, y una en San José que tramita Ejecución de la Penal en San José, el resto del país las plazas ven tanto penal juvenil como ejecución de la pena. A través de los cuales se asume la casi totalidad de las defensas de los adolescentes que son sometidos a un proceso. De igual forma, en aquellos lugares donde no existe un defensor especializado, los defensores penales de adultos han asumido la defensa de estos adolescentes.¹⁴

4. DERECHOS FACULTADES ESPECÍFICAS DEL DERECHO DE DEFENSA:

Siguiendo el criterio de Hernández Valle, se puede hacer la siguiente clasificación genérica de derechos fundamentales¹⁵:

1. Derecho del menor a ser tratado como persona en su dimensión vital: derecho a la vida, a su integridad física, moral y a la salud.
2. Derecho del menor a ser libre o derechos inherentes a la autonomía personal: derecho a la intimidad, al honor, inviolabilidad del domicilio etc.
3. Derecho a la libertad y seguridad personal: principio de legalidad y de no bis in idem;
4. Derecho a la jurisdicción: Tutela efectiva, cosa juzgada etc.

¹⁴ Entrevista a la señoras Maribel Blanco encargada en la Defensa Pública de llevar dichos registros.

¹⁵ Chang Mora, Gustavo, Chinchilla Rosaura, García Rosaura; Violación de los Derechos Fundamentales y Criminización secundaria en el sistema de justicia Penal Juvenil, (ensayos), 1era edic., San José, IJSA, 2003.

5. Derecho del menor como ser espiritual: libertad religiosa.
6. Derechos fundamentales de proyección social: libertad de reunión y de asociación;
7. Derechos de la persona en el ámbito laboral.
8. Derechos del menor como miembro de la comunidad: propiedad privada y libertad empresarial.
9. Derecho a la tutela de su seguridad personal.
10. Derecho de igualdad.

Además de que la Ley de Justicia Penal Juvenil le tutela entre otros el derecho de defensa, derecho a una pronta resolución, derecho a la privacidad, siendo de total importancia el que nos reframos a tres de ellos que en cierta forma contienen a los demás, derecho a la información, participación y conocimiento etc.¹⁶

A- DERECHO DE PARTICIPACIÓN:

El menor tiene derecho a participar directamente en este proceso. Lo anterior, en vista de los posibles efectos negativos que la resolución del mismo puede provocar para sus intereses. Además debido a la posición de inferioridad en que se encuentre con respecto a los órganos de persecución penal, quienes dirigen toda su función a tratar de comprobar o demostrar la comisión de un delito y la participación del adolescente en el mismo.

La participación del adolescente y de su defensor en todas las fases del proceso asegura, además, la protección efectiva de los derechos de petición y al conocimiento, puesto que con la misma ellos mantienen al tanto de cuanto acontece en el proceso y les permite solicitar o peticionar todo aquello que considere conveniente en su **defensa y en el momento preciso.**

¹⁶ Rojas, Alejandro; De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad en Costa Rica, 1era edic., San José, UNICEF, 2000, pág 364-368.

B- DERECHO DE PETICIÓN:

Es la facultad de formular ante la autoridad judicial correspondiente todas aquellas argumentaciones, excepciones o peticiones que considere oportunas a efecto de hacer valer su defensa. Es decir, el adolescente debe tener acceso directo a la autoridad judicial que tramita la causa, de forma que no posea ningún obstáculo para plantear todo aquello que considere necesario en ejercicio de su defensa.

Lo que implica que las autoridades judiciales le deben garantizar al menor el derecho a ser escuchado, de resolver sus gestiones y de hacerlo con prontitud conforme al art. 27 de la Constitución Política.

Lo que garantiza la posibilidad que tiene todo adolescente acusado de hacer llegar a los órganos judiciales correspondientes, incluido el Ministerio Público, todos los argumentos que considere idóneos para el ejercicio de su defensa, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de oponerse a la acusación que se le formula y evacuación de prueba de su interés, teniendo dichos órganos, como parte de la contrapartida mencionada, el deber de resolver las solicitudes planteadas.

C- DERECHO AL CONOCIMIENTO:

Es la posibilidad de conocer aquello que está aconteciendo dentro del proceso y la prueba, de cargo y descargo, que ha sido ubicada o recabada durante el mismo. Por lo que el mismo tiene acceso libre al expediente o legajo de investigación, pudiendo revisarlo cuando crea pertinente y encontrándose las autoridades judiciales obligadas a brindarle todas las facilidades para lograr tal cometido.

Además del conocimiento de sus derechos, las autoridades deben informar al adolescente el motivo o causa del proceso que se sigue en su contra, conocido éste como el derecho de intimidación y de ser procedente, el motivo de su privado de libertad, lo cual tiene íntima relación con la fundamentación idónea de todas las resoluciones judiciales.¹⁷

5. DEFENSA DEL MENOR EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCESO

1. EL EJERCICIO DE LA DEFENSA DURANTE LA INVESTIGACIÓN:

De lo indicado hasta este momento, no debe caber la menor duda de que el ejercicio de la defensa se inicia desde la misma fase policial, sea desde la detención y si fuera del caso, aprensión del adolescente individualizado como presunto sospechoso.

La importancia de esta función se refleja en la obligación que se impone a las autoridades policiales de informar al adolescente sobre los cargos que se le atribuyen y los derechos que le asisten para el ejercicio de su defensa, siendo el primero el derecho de comunicarse con sus padres o con una persona de su confianza, así como el derecho de no auto incriminarse y de contar con la asistencia de un defensor.¹⁸

Además la Ley de Justicia Penal Juvenil ha impuesto, igualmente, la obligación a las autoridades de policía de referir a los adolescentes aprehendidos de forma inmediata a las autoridades judiciales. Y lo que dure su aprehensión, éstos deber ser puestos en celdas o lugares especiales que atiendan a las características de los adolescentes y principalmente que sean separados de los adultos.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ver supra. Entrevista al Lic. Andrés Mora.



Sin embargo, todavía se dan abusos, ya que el término de 24 horas permite el que una persona sea retenida hasta por la totalidad del plazo, por un delito que no es sancionado con pena privativa de libertad.¹⁹

En el caso de los menores de edad se nos presenta el problema principalmente de que en muchos casos al inicio de la investigación policial, no existe un menor individualizado, e incluso individualizado como menor de edad. Por lo que éste puede ingresar a escena finalizada la investigación policial.

Sin embargo, resulta evidente que en los casos en el mismo es individualizado, requiere la presencia de un defensor en todos aquellos actos que resulten definitivos e irreproductibles y que por ende la presencia de quien represente sus intereses resulta de vital interés, pese a la urgencia con que deba de llevarse la realización del acto.²⁰

2. LA DEFENSA DEL MENOR ANTE LA FISCALÍA PENAL JUVENIL:

Esta etapa resulta ser un momento clave para el ejercicio de la defensa, ya que es la fase donde se ubican las fuentes de la prueba que se utilizarán en la decisión del caso concreto. Igualmente en otras ocasiones es en esta fase procesal donde se evacuan dichas pruebas, al menos aquellas consideradas irreproductibles, que fundamentaran tanto la acusación como la decisión el juez.

De ahí que la defensa debe contar con los instrumentos suficientes para afrontar esta fase procesal, para lo cual se ha impuesto la obligación a los órganos encargados de la persecución penal

de dar participación a la defensa en la mayoría de los actos de investigación, principalmente, aquellos en los que se afecten los derechos del menor denunciado. Por lo que su participación se vuelve un requisito indispensable de legitimación del proceso.

En esta etapa no sólo debe de ponerse en conocimiento a la mayor brevedad los hechos investigados en su contra, sino que también el menor tiene derecho a declarar y a pesar de que la ley de Justicia Penal Juvenil omite establecer un momento específico para hacerlo, ello no implica que el menor no goce de tal posibilidad si desea hacerlo. Ya que él puede declarar en cualquier etapa del proceso.²¹

En cuanto al defensor, éste debe tener participación durante toda la fase, donde su papel debe ser totalmente activo, no sólo como contralor de la actividad desarrollada por el Ministerio Público, sino realizando, también una investigación paralela a favor de su representado, dirigida hacia la búsqueda de las pruebas necesarias para lograr una defensa efectiva y lo que permitirá una selección más efectiva de los casos que realmente deben ser llevados a juicio. Sin embargo, debe reconocerse que con respecto a este tipo de investigaciones, al menos la defensa pública, ve muy limitadas sus posibilidades de poder realizarlas, ya que no cuenta con los recursos presupuestarios para poder llevarlas a cabo, lo que pone a su representado en una total situación de desigualdad.²²

La posibilidad de realizar dicha investigación no solo permite obtener las pruebas que no necesariamente el Ministerio Público se ve interesada a evacuar, pese a el principio de objetividad que ostenta, sino que también permite fortalecer el contradictorio.

19 Ver supra, Ureña, *La defensa pública y el derecho penal de la mínima intervención*.

20 Ver supra, Armijo, pág. 263.

21 Entrevista Licda. Carmen Peraza.

22 Ver supra Rojas, Alejandro, UNICEF, pág. 372-373.

En esta instancia prácticamente lo que se realiza con la participación del menor es la entrevista inicial o en diligencias de reconocimiento o demás diligencias de investigación, cuando las mismas resulten necesarias. Una vez terminada la investigación se procederá a resolver la situación jurídica del menor. Objetivamente la fiscalía debería de operar cómo un filtro inicial que permite discernir aquellas causas que ameriten continuar con el proceso penal y aquellos asuntos que por bagatela o política criminal no requieren de su especial investigación.

Sin embargo, en la práctica, se carece de políticas claras de persecución penal, que no sea acusarlo todo. He incluso, el criterio de no acusar aquellos casos en que no exista prueba, resulta también muy cuestionado, ya que según los defensores, aunque los elementos probatorios resulten evidentemente escasos se presentará la acusación.

Lo que hace, que pese a los conocimientos doctrinarios de los fiscales, muchas de las posiciones doctrinales no pueden ser utilizadas en sede de penal juvenil, ya que no se les permite por medio de los instrumentos procesales idóneos, aplicación de criterios de oportunidad, por ejemplo, el poder aplicar todas estas posiciones de avanzada en beneficio del menor y de la evolución doctrinaria de la materia.

3. PARTICIPACIÓN DE LA DEFENSA EN SEDE DEL JUZGADO PENAL JUVENIL

Cuando el asunto es enviado al juzgado, el mismo procede conforme lo realizaba nuestro anterior código procesal penal a ser juez y parte, ya que es el juzgador quien lo indaga, el mismo resuelve de la prisión preventiva y a su vez quien

resuelve el fondo del asunto en juicio absolviendo o aplicando las sanciones alternas al proceso.²³

La fase de juicio resulta ser entonces, la fase culminante del proceso juvenil, donde el derecho de defensa se torna indispensable, ya que es en definitiva donde se analizarán las pruebas y se determinará la existencia y posible responsabilidad del menor en los hechos acusados.

La audiencia oral, es la que permite asegurar los derechos fundamentales, al leerse la acusación, la que en teoría debe ir redactada con palabras sencillas que sean entendidas por el menor conforme lo establece el numeral 100 de la ley citada.

El menor entonces tiene derecho a declarar lo que considere pertinente, a ofrecer pruebas por medio de su defensor, así cómo se da la posibilidad de ejercer el contradictorio durante las declaraciones de los testigos, así como se pone en conocimiento la prueba documental, y posteriormente se podrá ejercer por parte del defensor las valoraciones finales del caso, por medio de su exposición final en las conclusiones.²⁴

Además también en dicha audiencia, se resuelven situaciones previas que pueden afectar los derechos fundamentales del adolescente y que, por tanto, la defensa debe estar atento. Ellas resultan ser las medidas cautelares, que conllevan desde una privación preventiva y de la aplicación de las medidas sustitutivas o alternas al proceso. En la aplicación de tales medidas alternas debe tenerse presente que el defensor debe controlar aspectos de proporcionalidad y racionalidad, ya que de lo contrario se puede caer nuevamente en problemas de interés social.

23 Ver supra Rojas, Alejandro, UNICEF, pág 375-380.

24 Ver supra, entrevista a Lic. Andrés Mora, defensor público.



El problema más grave encontrado en dicha sede, según las entrevistas realizadas, resulta ser la falta de capacitación de algunos juzgadores, que no cuentan con una verdadera sensibilización por la materia.

La falta de capacitación no solo afecta a la hora de aplicar doctrinas novedosas y por ende la evolución de la materia teniendo como base el derecho penal sustantivo, sino también porque ello afecta la falta de sensibilización de los jueces que en algunas zonas del país, siguen siendo en la práctica “jueces tutelares”, con muchísimo desconocimiento en la materia, y además porque continúan comportándose como verdaderos padres de familia, y tratan a pedido de la fiscalía de aplicar sanciones penales en casos que evidentemente se violentaría el principio del debido proceso y el principio de culpabilidad si se sanciona al imputado menor de edad, por criterios como resultar lo más beneficioso para su desarrollo maduracional o para su formación como ser humano.²⁵

Lo anterior ha ido cambiando poco a poco con la Jurisprudencia del único Tribunal Superior Penal Juvenil que existió en Costa Rica, y fue erradicado en deterioro evidente del Principio de Especialidad en Diciembre del año 2011, y actualmente el Tribunal de Apelación de Sentencia, empieza con sus dos integraciones de 3 jueces cada una a brindar poco a poco jurisprudencia, que no siempre ha sido unificada, lineal y conteste con los Principios inspiradores de la Ley de Justicia Penal Juvenil y de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en nuestro país.

4. FASE DE EJECUCIÓN:

Es la última fase del proceso y es aquella en la que se cumplen las sanciones impuestas por la sentencias condenatorias, momentos en los cuáles constantemente se debe ejercer la defensa del menor; sobre todo con relación al control de los órganos penitenciarios, que se encargan de velar por el cumplimiento y ejecución de la sanción privativa de libertad.

Los derechos del menor implican que éste pueda conocer los reglamentos de los centros disciplinarios, su relación con los funcionarios penitenciarios y el contenido del plan individual de ejecución para reinsertarlo en la sociedad, permisos de salida etc.

El problema mas grave se presentó con el tratamiento del menor en éstos centros penitenciarios, donde se dieron múltiples arbitrariedades, sobre todo en la forma de aplicación de las sanciones privativas de libertad, sobre todo por la posición de inferioridad que tiene el menor ante las autoridades y funcionarios penitenciarios, que necesito la creación de una ley que regulara la materia.²⁶

De ahí que se fortalece el derecho a defensa técnica que deben tener estos menores en ésta etapa, y su constante contacto con su defensor, lo que conlleva a las autoridades gubernamentales a facilitarles dicha comunicación para poder obtener un justo equilibrio con las autoridades del sistema.

Uno de los aspectos más discutidos, resulta ser el tratamiento que debe dársele al menor en dichos centros, donde se ha entendido que si la sanción de privación de libertad no implica la eliminación de los demás derechos del menor;

²⁵ Ver supra Rojas, Alejandro, *ibidem*.

²⁶ Entrevista Licda. Reyseth Peraza, defensora pública en materia de penal juvenil por varios años hasta inicios del 2006.

sin embargo alegando cuestiones presupuestarias las autoridades administrativas les restringen sus derechos a la formación profesional, el derecho a la educación y formación integral, etc.²⁷

También la defensa debe darse a la tarea de controlar la utilización de los medios de coerción sean medidas cautelares o sanciones disciplinarias de coerción, de forma que las mismas no resulten excesivas ni arbitrarias, sino que se adecuen a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, se respete el principio de proporcionalidad así cómo la dignidad del adolescente y su integridad física.

La Sala Constitucional en el Voto 4530-98, estableció el deber que tiene las autoridades administrativas a comunicar por escrito al menor cualquier medida que se haya tomado en su contra.

Por último, el defensor en ésta etapa debe favorecer la posible consecución de alguna circunstancia que venga a beneficiar al adolescente, sea que se conceda o no la misma. Lo anterior con base en el numeral 123 y 136 de la ley indicada que establece el deber de los jueces de revisar las sanciones por lo menos cada seis meses para modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas.²⁸

CONCLUSIONES

El desnudar las falencias de un sistema pasado pone de manifiesto la satisfacción de haber podido avanzar hacia sistemas más respetuosos de los derechos humanos, pero también nos da la oportunidad para reflexionar y ser más críticos sobre los cambios que la normativa necesita, con la finalidad de hacerla más respetuosa de los derechos humanos, pero sobre todo con la finalidad de causar menos dolor.

El derecho a contar con una defensa especializada gratuita se justifica no solo en protección y ejercicio de las garantías constitucionales de la persona, sino con mayor razón cuando se trata de la posibilidad de someter un menor a un proceso penal, donde obviamente en virtud de su edad y desarrollo físico e intelectual se encuentra en una total desventaja.

De ahí que la ley previó la posibilidad de que la persona menor de edad pudiera contar con dicho asesor técnico que le ayudara a enfrentar el problema y ejercer su defensa de la forma más adecuada. Dicha protección debe ser efectiva en todas las fases del proceso, sea en sede policial, ante el Ministerio Público, bien en la audiencia oral o juicio, cómo durante el cumplimiento de las sanciones impuestas.

Si bien es cierto hemos progresado muchísimo con respecto al sistema tutelar anterior, todavía quedan muchísimos resabios con respecto a la mentalidad de padre de familia con que el juzgador se plantea la necesidad de reprender al menor de edad, y también falta de capacitación especializada en la materia no solo penal sino lo que implica propiamente el campo penal juvenil, además de requerirse especialmente aquí una mayor sensibilización en los operadores del sistema, de la que existe actualmente.

27 Ver supra, Rojas Alejandro, UNICEF, págs 377-378.

28 Ibidem.



Debe dejarse de ver al menor imputado simplemente como un problema al que hay que sacar de circulación por su “propio bien”, perdiendo de vista que todavía está en formación y que ellos resultan ser el material más óptimo para tratar de buscar un acercamiento en lo terrenal al fin socioeducativo de la pena.

ANEXOS

Entradas en materia penal juvenil de junio del 2005 a junio del 2006, en los Juzgados Penales Juveniles de San José y Alajuela, Tribunal Penal Juvenil y Tribunal de Casación Penal. Así como Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela y San José.

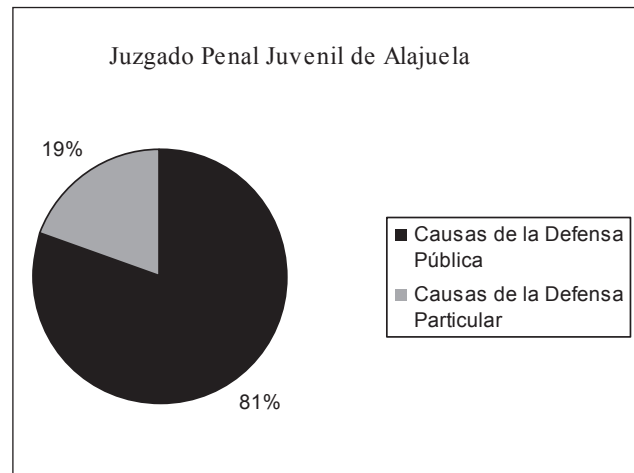
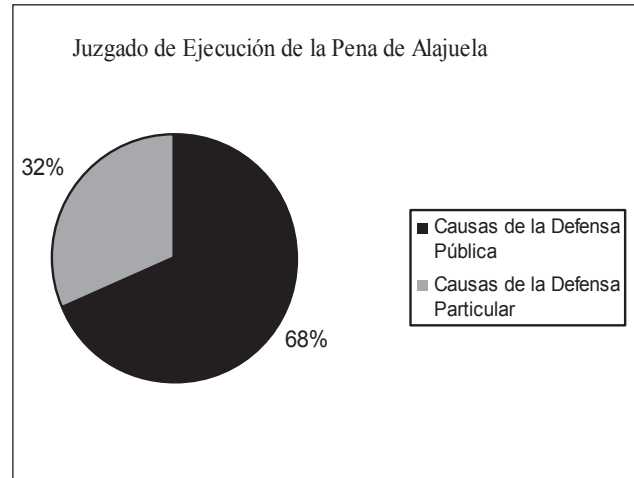
Junio 2013-junio 2014
Tribunal de Casación Penal
 Entradas: 142

Juzgado Penal Juvenil de San José
 Entradas: 3461
Juzgado Penal Juvenil de Alajuela
 Entradas: 582

Defensa pública: 469
 Defensa particular: 113

Juzgado de Ejecución de la Pena en materia penal juvenil de Alajuela
 Entradas: 279

Defensa Pública: 191
 Defensa Particular: 88



BIBLIOGRAFÍA

1. Amador Badilla, Gary; La Detención Provisional en la Ley Penal Juvenil, 1era edic., Editora Jurídica Continental, San José, 2006.
2. Armijo Sancho, Gilberto; Manual del Derecho Procesal Penal Juvenil, 1era edic., IJSA, San José, 1998, pág 258.
3. Burgos M, Álvaro; La Pena sin Barrotes. CONAMAG -Poder Judicial, San José, 2005.
4. Chang Mora, Gustavo, Chinchilla Rosaura, García Rosaura; Violación de los Derechos Fundamentales y Criminilización secundaria en el sistema de justicia Penal Juvenil, (ensayos), 1era edic., San José, IJSA, 2003.
5. González Castro, Jose Arnoldo; El Régimen Tutelar de Menores: un régimen de injusticia y arbitrariedad, inédito, San José, 2003.
6. Hidalgo Murillo, José Daniel; La Aplicación de la ley de Justicia Penal Juvenil, 1era. Edición, San José, 1996.
7. Rojas, Alejandro; De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad en Costa Rica, 1era edic., San José, UNICEF, 2000, pág 364-368.
8. Ureña Salazar, Joaquín, La Defensa Pública en el Proceso Penal Juvenil aporte de la Defensa Pública al fortalecimiento de la Justicia, Inédito, San José, 1996.
9. Ureña Salazar, José Joaquín; La Defensa Pública y el Derecho Penal de Mínima Intervención, Edit. Revista de la Defensa Pública número 3, San José.



LA EMPRESA DE SERVICIOS LEGALES¹

Lic. Federico Torrealba Navas

Socio del Bufete Facio & Cañas,
Profesor en la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica

Palabras clave

Servicios legales, sociedades profesionales,
acuerdos parasociales bufetes.

Resumen

Apesar de existir en Costa Rica, desde 1961, una *Ley de Sociedades de Actividades Profesionales*, esta ley es letra muerta. En la práctica, las empresas de servicios legales se organizan bajo los moldes formales de las sociedades mercantiles, principalmente la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, dichos esquemas mercantiles son inaptos para ahorrar las relaciones contractuales internas entre los socios del bufete, donde el vínculo es esencialmente personalista (*intuitus personae*). En la práctica, se suele conformar, detrás del ropaje externo de la sociedad mercantil, una sociedad de personas, a menudo informal, que opera como una sociedad civil parasocial.

Abstract

Even though the Costa Rican *Professional Corporations Act* was enacted since 1961, such Act is blue law. In reality, law firms are organized usually as business corporations and limited liability companies. Nevertheless, such commercial models are not suitable to govern the internal contractual relationship between the partners, joint by a personal bond (*intuitus personae*). In practice, it is usual to find, behind the external core of the corporation, a partnership of physical persons, which operates as a parallel association under a --usually not written-- members' agreement.

Key words

Legal services, professional corporations, members' agreements, law firms.

INTRODUCCIÓN

El tema que me ha tocado desarrollar incumbe personalmente a muchos de los distinguidos colegas, aquí presentes. Y es que el ejercicio de la profesión liberal de la abogacía se lleva a cabo, en nuestro medio, de muy diversas maneras. Hay un amplio espectro de posibilidades: Desde el profesional que ofrece sus servicios de manera individual, personalizada, en su domicilio o a domicilio, como es común entre algunos penalistas; pasando por el grupo de abogados que comparten un mismo local bajo una suerte de sociedad de gastos; hasta llegar a formas asociativas más complejas, donde no sólo se comparten gastos, sino clientela y honorarios. Los grandes bufetes que aglutinan decenas de profesionales con diversas especialidades, organizados mediante complejas estructuras piramidales (con socios, asociados, off-counsels, y de allí hasta llegar a la base, donde habitan sujetos con verdaderas *capitis diminutio*, sin capacidad de actuar para realizar, en nombre y por cuenta propios, negocios jurídicos-jurídicos). “Grandes” bufetes, decimos, en nuestro medio. Aunque, como se sabe, existen mega firmas con sedes multinacionales, que aglutinan cientos y hasta miles de profesionales en Derecho. Tratándose de un tema tan amplio, y siendo tan heterogéneas las modalidades organizativas que puede asumir la prestación de servicios legales, quisiera concentrar mi exposición en algunos

¹ Conferencia presentada el día 5 de noviembre de 2013, en el marco del XXI Congreso Jurídico Nacional organizado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, en torno al Derecho Empresarial.

temas fragmentarios que considero de especial interés e importancia, enfocándonos en el medio costarricense.

1. El tipo societario:

La primera cuestión que quisiera tratar es la de la **elección del tipo asociativo o societario**. A menudo, los colegas unen esfuerzos bajo un mismo techo, sin preocuparse demasiado en darle forma jurídica a sus relaciones. Se trata de uniones espontáneas, donde se van moldeando sobre la marcha los derechos y obligaciones de cada parte. En otros casos, se echa mano a alguno de los tipos societarios que ofrece el ordenamiento jurídico mercantil, especialmente las figuras de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Claramente, se persigue, con estas figuras, activar el principio de división de la personalidad jurídica, para segregar las actividades profesionales de las actividades personales y, de paso, proteger el patrimonio personal frente a los riesgos inherentes a una actividad profesional que lidia con realidades e intereses muy delicados. Sin embargo, según veremos, los moldes de las sociedades de impronta mercantilista – especialmente la sociedad anónima-- no se adaptan a la sociedad profesional, marcada por el *intuitus personae*. En uno u otro caso –sea que se elija o no un tipo societario mercantil--, se va desarrollando, entre los socios, un contrato asociativo más próximo a la sociedad civil, la cual, como se sabe, es informal y personalísima, susceptible de resiliación ad *nutum*: el día menos pensado, los socios pierden el *affectio societatis* y se enfrascan en desacuerdos que culminan en la escisión del bufete. Me voy y punto. Nada importa que la sociedad anónima tenga un plazo de 99 años y que no se haya configurado ninguna de las causales típicas del receso y retiro, el socio se va, cuando quiere, porque quiere, a menudo dejando tras de sí una estela de obligaciones y contingencias laborales, de seguridad social y

profesionales. De este modo, hay una realidad patente: Detrás de la fachada o del andamio de la sociedad mercantil, existe otra sociedad, oculta pero vital, la sociedad civil profesional, que es el plano extra estatutario donde se cuecen, a veces entre carbones encendidos, las relaciones entre socios. Si se observa a trasluz, detrás del velo de la sociedad mercantil, hay otra sociedad, que es un contrato parasocial, el acuerdo de socios. En algunos casos, este acuerdo está documentado rigurosamente, y existen reglamentos. En nuestra oficina, –y permítaseme la indiscreción--, existen acuerdos y reglamentos extra estatutarios que datan de tiempo inmemorial, cuya recopilación y armonización es una tarea poco menos que titánica: casi que es más fácil redactar un nuevo **código civil** para Latinoamérica, que intentar dar coherencia a ese *Ancien droit*. En otros, y aquí es donde se hace verdad la máxima popular de que “*en casa de herrero...*”, tales acuerdos puede ser que existan, pero verbales, lagunosos y llenos de disensos (hay disenso cuando las dos partes tienen la convicción de haber llegado a un entendimiento común, pero resulta que la versión de cada cual, llegado el momento de dirimir la disputa, siempre es distinta). ¡Cómo nos cuesta a los abogados poner por escrito los acuerdos a que llegamos con nuestros socios! En fin, esas sociedades, que por ser de hecho no son menos de derecho, suelen funcionar de maravilla hasta el día en que surgen desavenencias serias, y uno de los socios hace casa aparte llevándose consigo toda la clientela, la línea telefónica y los asistentes. O, peor aún, cuando alguno de los socios fallece, y emergen herederos y legatarios, junto con sus respectivos abogados, exigiendo derechos y participaciones.



2. La sociedad de actividades profesionales: La ley 2860

Existe, en nuestro ordenamiento jurídico, una ley especial que regula las **sociedades de actividades profesionales**: Sí. Se trata de la Ley número 2860 de 21 de noviembre 1961. Esta ley, que está por cumplir 52 años de vigencia, es desconocida para la mayoría de los operadores jurídicos. Este hecho, hace patente su desvinculación con la realidad social. Se trata, en efecto, de letra muerta, que es parte del Derecho positivo, más no del Derecho vivo. En efecto, la sociedad de actividades profesionales es un traje viejo y abandonado, como la sociedad en comandita, la sociedad en nombre colectivo y la empresa individual de responsabilidad limitada.

De acuerdo con la citada Ley 2860, las **sociedades de actividades profesionales** se han de constituir por escritura pública, se inscriben en el Registro Público de Personas. Una vez inscritas, según el artículo 10, debe presentarse la respectiva escritura al Colegio que rige la profesión correspondiente, a los fines de su regulación y control a *posteriori*. El artículo 6 del derogado Arancel de Honorarios (Decreto 20307 de 11 de marzo de 1991) preceptuaba que era competencia del Colegio de Abogados aprobar ex ante los convenios de asociación profesional, y que era prohibido anunciar, ofrecer o contratar servicios de profesionales en Derecho por entidades o asociaciones cuyos convenios no hubieran sido aprobados por el Colegio de Abogados. La Procuraduría General de la República, mediante Dictamen número C-073-2001 de 19 de marzo de 2001, recomendó, al Colegio de Abogados, desaplicar el artículo 6 del Arancel por considerarlo violatorio de normas de rango superior, entre ellos el derecho fundamental de libre asociación. En ese mismo Dictamen, la Procuraduría reafirmó que las sociedades de actividades profesionales se rigen por la Ley 2860 de 21 de noviembre de 1961.

De cara al dictamen y a la Ley 2860, surge una duda, **extemporánea**, de si se estará en presencia de una normativa de orden público, a la cual deben ajustarse los bufetes, o si, por el contrario, existe en nuestro medio una suerte de principio de libertad organizativa, o de **neutralidad funcional** (según la expresión de Yanes, 2007), que permita, elegir, entre el catálogo legal de tipos de personas jurídicas, la que mejor convenga a los intereses de los socios.

A primera vista, la Ley 2860 utiliza un lenguaje imperativo. Según el artículo 3, estas sociedades *“deberán constituirse por escritura pública y no revestirán el carácter de compañías mercantiles, sino de sociedades civiles, de la clase específica creada en la presente ley”*

El artículo 6 estatuye la consecuencia para el caso de incumplimiento del deber de inscripción: *“La falta de inscripción en el Registro de Personas o de publicación en el periódico oficial, hace incurrir a los socios, con respecto a terceros, en responsabilidad económica solidaria e ilimitada.”*

La responsabilidad civil no se atenúa por la inscripción. Al tenor del artículo 14, los socios responden, solidaria e ilimitadamente, por las obligaciones de la sociedad.

La ley comentada es sumamente severa en materia de **responsabilidad disciplinaria**. Según el artículo 25, los Colegios profesionales pueden sancionar disciplinariamente a la sociedad. En tal caso, las suspensiones que afecten a sociedad alcanzan a los socios durante el tiempo que dure la sanción.

Finalmente, cabe observar que el modelo de la sociedad es sumamente rígido en materia de distribuciones y dividendos: De conformidad con el artículo 23, *“no podrán pagarse dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género a*

los socios, sino sobre utilidades realizadas y liquidas.” Entretanto, los profesionales viven del aire.

Las normas citadas permiten comprender por qué los abogados costarricenses, durante más de cincuenta años de vigencia de la Ley –y no sólo los abogados, sino también los profesionales de otras disciplinas--, han vivido como si la ley no existiera. Ni siquiera se menciona su existencia. No vaya a ser que un día a un acreedor se le ocurra solicitar una recalificación del contrato societario de la sociedad anónima que presta servicios legales, a fin de activar la responsabilidad solidaria e ilimitada que contiene la Ley 2860.

Dos palabras, inadvertidamente sembradas en el artículo 29, parecen rescatar la **libertad de elección del tipo societario**, del lenguaje prioritariamente imperativo de la ley: Indica el numeral 29: “*Las sociedades de responsabilidad limitada entre profesionales podrán transformarse en sociedades de actividad profesional, sin perjuicio de terceros, y viceversa.*” Ese “*podrán*” y ese “*viceversa*”, abren una puerta de escape hacia otros modelos societarios, de corte mercantil, para organizar el ejercicio conjunto de una actividad profesional.

Esa parece haber sido la tesis acogida por muchas generaciones de profesionales, durante más de medio siglo. Los abogados han sido los primeros, a la hora de conformar jurídicamente sus bufetes, en huir del modelo de la sociedad de actividad profesional, tal y como aparece en la Ley 2860. Históricamente, en efecto, los bufetes han elegido tres modelos de organización societaria: la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad civil informal. Además, según veremos, se han conformado sociedades civiles detrás del telón de las sociedades mercantiles formalmente constituidas. Lo que sí es cierto es que la sociedad de actividades profesionales, de la Ley 2860,

fue abandonada, ignorada, como si no existiera. Se asume que hay libertad contractual, y que la citada ley no nos toca, si no la invocamos. Así que, mejor dejémosla así, olvidada, no vaya a ser que resurja del destierro, reclamando su imperio. No la mencionemos más, vaya a ser que algún juzgador, o que a este mismo Colegio, se le vaya a ocurrir la mala idea de aplicar dicha ley. Dejémosla, en fin, en paz: *Requiescat in pace*, sociedad de actividad profesional.

Pero, cabe preguntar, ¿cómo se regulan, en otros países, actualmente, las sociedades de profesionales?

3. La Ley española de sociedades profesionales de 15 de marzo de 2007.

Revisando materiales para esta charla, llegó a mis manos un ejemplar comentado de la Ley española de **Sociedades Profesionales**, de 15 de marzo de 2007 (Yanes, 2007). Me llamó la atención cómo, en lugar de pretender implantar un modelo típico nuevo –como lo intentó hacer nuestra Ley de 1961--, la ley española define qué debe entenderse por sociedad profesional, al tiempo que permite que las sociedades profesionales se ahormen según cualquiera de los tipos sociales existentes en el ordenamiento español, sean sociedades de capital o sociedades de corte personalista. A partir de allí, se impone su tenor imperativo: Define la actividad profesional como “*aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional*”. A diferencia de nuestra Ley de 1961, la ley española no deja ninguna duda sobre su carácter imperativo. En la disposición transitoria primera se fija un plazo de 18 meses para que las sociedades previamente inscritas se adapten a las previsiones de la ley, so pena de quedar disuelta de pleno derecho.



La ley española establece algunos requerimientos básicos que ha de tener toda sociedad profesional, independientemente de que sea una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad civil. Se exige, por ejemplo, que la sociedad tenga, como objeto exclusivo, el ejercicio común de actividades profesionales, con el fin de evitar que la mezcla de actividades profesionales y actividades no profesionales obren en detrimento de las exigencias deontológico-corporativas propias de la respectiva profesión (Yanes, 2007, p. 47). No obstante lo anterior, se admiten las sociedades multidisciplinarias, “*siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal o reglamentario*” (art.3).

Se distingue, en la ley española, entre dos categorías de socios: profesionales y socios no profesionales –inactivos o capitalistas--. A fin de evitar el intrusismo, se exige que las tres cuartas partes del capital, de los derechos de voto, o las tres cuartas partes del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, han de pertenecer a socios profesionales. La misma proporción se exige para los órganos de administración.

La sociedad profesional debe formalizarse mediante escritura pública (un pacto constitutivo), e inscribirse tanto en el Registro Mercantil –de lo cual depende la personalidad jurídica-- como en el Registro de Sociedades Profesionales del respectivo Colegio Profesional. El Colegio Profesional ejerce el régimen disciplinario sobre los profesionales y respecto de la sociedad.

En el contrato social debe incluirse el sistema de distribución de beneficios y el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad.

En materia de responsabilidad civil se establecen dos planos: **Primer plano:** De las deudas sociales, en general, responde la sociedad. Los socios responden de conformidad con la forma social adoptada. **Segundo plano:** De las deudas sociales originadas en actos profesionales responden solidariamente la sociedad y los profesionales que hayan actuado. Además se impone la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

La condición de socio profesional es, en principio, intransmisible, salvo que medie unanimidad. Sin embargo, puede establecerse en el pacto social una regla de mayoría. De este modo, aun cuando se trate de una sociedad anónima, se impone el carácter *intuitus personae*. Queda, así, neutralizada la vocación circulatoria de las acciones en las sociedades anónima.

La separación voluntaria de un socio profesional (el receso o retiro) se regula distintamente, según se trate de sociedades profesionales por tiempo indefinido o a plazo definido. En el primer caso, el socio se puede ir en cualquier momento (*ad nutum*). El derecho a la resiliación debe ejercitarse de conformidad con la buena fe. En las sociedades a plazo definido, el socio puede retirarse en las hipótesis contempladas en el pacto social, o en las que competan al tipo de sociedad de que se trate, o cuando concurra justa causa (concepto jurídico indeterminado, *ad causam*).

La exclusión del socio profesional procede, facultativamente en las causas previstas en el contrato social, o cuando se infrinjan gravemente el marco deontológico exigible, o cuando sufra una incapacidad permanente. Procede, imperativamente, en caso de inhabilitación. A tal efecto se requiere acuerdo motivado de la asamblea de socios, con el voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.

La ley española permite pactar, en el contrato social, que en caso de muerte del socio profesional, sus participaciones no se transmitan a sus sucesores. En tal caso, se abonará la cuota de liquidación que corresponda. La misma regla se aplica a la transmisión forzosa *inter vivos*.

El contrato social puede establecer libremente criterios de valoración o cálculo del importe de la cuota de liquidación correspondiente al socio separado o excluido, así como la que corresponde en los casos de transmisión *mortis causa* y forzosa. Dichas cuotas pueden ser pagadas por la sociedad o por un tercero.

Finalmente, la ley española regula un tema importantísimo, que en el Derecho costarricense es particularmente caótico: el régimen de seguridad social de los socios profesionales.

Ahora bien, ¿qué ocurre en nuestro país?

4. Inconveniencia de las sociedades mercantiles, para organizar una sociedad de profesionales:

En la práctica costarricense, se utilizan tradicionalmente dos tipos societarios para organizar formalmente un bufete: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. A fin de paliar o suplir las insuficiencias tipológicas de dichos esquemas negociales, con frecuencia se pactan acuerdos parasociales (extra-estatutarios) de socios, escritos o verbales.

Veamos brevemente cuáles son las inconveniencias de la utilización de los esquemas de las sociedades mercantiles a la empresa de servicios legales. Posteriormente analizaremos los acuerdos parasociales.

Comencemos por la sociedad anónima. En la sociedad anónima, una vez realizado el aporte,

es imposible expulsar a un socio. En la sociedad anónima, los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones (art. 102 del Código de Comercio). Por consiguiente, si el socio incurre en faltas profesionales, o simplemente se va, conserva su acción, con sus respectivos derechos. Se va y deja dicha la cuenta-cliente donde espera que le depositen sus dividendos y la dirección para recibir las convocatorias a asambleas de socios. Deja de ser socio del bufete, pero sigue siendo accionista.

En contraste, el ejercicio del recesso, que es el derecho a liquidar la inversión, está limitado a las **causales taxativas** estipuladas en el artículo 32 *bis* del *Código de Comercio*: prórroga del plazo social, traslado del domicilio al extranjero, no repartición del 10% de las utilidades, en dividendos, durante dos períodos consecutivos, y cambio perjudicial del giro del negocio.

Por otra parte, en la sociedad por acciones, rige un **principio de libre transmisibilidad de las acciones**, lo cual puede ir en detrimento del *intuitus personae* que caracteriza al ejercicio en común de una actividad profesional. Es cierto que la ley permite incluir, en el estatuto, cláusulas para moderar dicho principio. De conformidad con el artículo 138 del *Código de Comercio*, en la escritura social puede pactarse que la transmisión de las acciones sólo pueda hacerse con autorización del consejo de administración (art. 138). Esta disposición se ha utilizado para neutralizar la natural circulación de las participaciones accionarias.

En las sociedades profesionales constituidas como sociedad anónima, se plantea una **seria contingencia tributaria**. Si la sociedad contrata, factura y cobra, y uno o dos socios realizan el trabajo (llevan el juicio, prestan la asesoría), lo razonable es que las distribuciones que se realicen a favor de los socios, como retribución de su trabajo, se contabilicen como



pago de servicios profesionales, deducibles por la sociedad del impuesto sobre la renta. Esto es lo coherente, claro está, respetando las reglas de precios de transferencia. La Administración Tributaria ha considerado en un caso –según me ha contado mi hermano Adrián—que tales pagos son dividendos, sujetos a una tarifa tributaria del 45%: 30% por la sociedad y 15% que han de ser retenidos a los socios.

A lo anterior cabe agregar una seria contingencia también tributaria, de seguridad social. Según lo que comentaba el especialista en Derecho Laboral, Lic. Luis Sánchez, en una charla que tuve la oportunidad de moderar hace pocos días, de conformidad con el Transitorio XII de la Ley de Protección al Trabajador (ley 7983 de 2000), en relación con los artículos 3 y 22 de la Ley de la CCSS –este último reformado por la Ley 7983--, los trabajadores independientes deben cotizar a la CCSS un muy significativo porcentaje de sus ingresos brutos.

La sociedad de responsabilidad limitada (SRL) parece ser el modelo más adaptable al contrato de sociedad profesional. Su condición de sociedad cerrada permite garantizar el intuitus personae. Salvo reducción estatutaria, impera la regla de unanimidad para la incorporación de nuevos socios. **Las cuotas de sociedades de responsabilidad limitada** no pueden cederse a terceros si no es con el consentimiento previo y expreso de la unanimidad de los socios o, si el pacto constitutivo lo permite, con el acuerdo de una mayoría no menor de tres cuartas partes del capital social (art. 85 del *Código de Comercio*). Sin embargo, en el supuesto de rechazo, la sociedad o los socios tienen opción para adquirir las cuotas en iguales condiciones. De no ejercerse dicha opción, la cesión es oponible a la sociedad y los socios (art. 86 *ibidem*).

Sin embargo, una vez admitido el socio, se aplican las mismas rigideces en materia de retiro voluntario o expulsión. Para efectos prácticos: no hay forma de excluir a un socio indeseable. En caso de que el socio abandone el bufete, conserva su derecho de participación social, con todos los derechos intactos –aunque ahora sea non grato, y franca competencia, hay que seguirlo convocando--.

5. Los acuerdos parasociales entre socios (members agreements)

En virtud del contrato parasocial, los socios contraen obligaciones extra estatutarias entre sí o con terceros, relacionadas con una sociedad. Los contratos parasociales son, en principio, válidos. Son hijos legítimos de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual y merecen, como cualquier contrato, la coercitividad propia del principio *pacta sunt servanda* (artículo 1022 del Código Civil). Estos contratos pueden obedecer a un **sin número de causas válidas**. Son muy comunes los sindicatos de voto y los convenios de capitalización futura concertados por los socios o futuros socios. Además, en lo que interesa a nuestro estudio, perfectamente puede formarse un acuerdo asociativo parasocial. Según veremos *infra*, el propio *Código Civil*, en su artículo 1226, reconoce la validez de un contrato parasocial de sociedad civil anidado en una sociedad principal.

El acuerdo parasocial genera obligaciones **para los socios** que lo conciertan. No son, en principio, obligaciones **de la sociedad**. Se aplica, respecto de estos contratos, el principio de relatividad contractual (*res inter alios acta*), con sus respectivas excepciones: la estipulación a favor de tercero; y la promesa de hecho de un tercero. Ese *tercero* bien puede ser la propia sociedad. Desde luego, para integrarse al programa contractual, la sociedad debe aceptar la

estipulación a su favor, o hacer suya la promesa. En ambos casos, la manifestación de voluntad de la sociedad debe canalizarse por medio de sus conductos institucionales (*v.gr.*, a través de su representante legal).

Los contratos parasociales producen **obligaciones extra estatutarias**. Por consiguiente, no pueden ser exigidas a los socios actuales que no concurrieron a su formación, ni tampoco a los socios nuevos. Los contratos parasociales no están cubiertos por la *norma fundamental* del contrato social, que da coercibilidad a las decisiones de la mayoría de las asambleas de socios.

Las normas estatutarias, sean originarias o sobrevinientes, vinculan a **todos los socios**, aun cuando éstos no hubieren consentido en dichas normas. Obligan, incluso, a los socios que, mediante voto de minoría, se hubieren opuesto expresamente a la modificación del estatuto. Vinculan, por lo demás, a los socios nuevos. En el contrato constitutivo de la sociedad, que es un contrato de organización, los socios fundadores pactan, por unanimidad, **un sistema de toma de decisiones sociales**. Respecto de los sistemas para la toma de decisiones colectivas, la libertad contractual de los socios se encuentra sujeta a mayores o menores restricciones, dependiendo del tipo de sociedad de que se trate. En las **sociedades civiles**, la ley exige, imperativamente, la unanimidad, si lo que está en discusión es la modificación del pacto constitutivo o la incursión en operaciones diversas a las determinadas en el contrato (art. 1204 del Código Civil). En cambio, para el resto de las decisiones, bien puede pactarse un sistema de votación mayoritaria (art. 1204 *in fine*). En las **sociedades comerciales**, la ley tiende a ser más flexible, pero siempre existe un espectro gradual. En las sociedades comerciales *personalistas*, como en la sociedad de responsabilidad limitada, las modificaciones del estatuto que impliquen el cambio de objeto de

la sociedad, o la agravación de la responsabilidad de los socios, requiere aprobación unánime (art. 97 del Código de Comercio). Las restantes modificaciones al estatuto exigen el acuerdo de tres cuartas partes del capital social (art. 97 *in fine*). La admisión de nuevos socios requiere, en principio, unanimidad, salvo que el estatuto disponga expresamente que se pueda aprobar dicha incorporación mediante votación mayoritaria, que no podrá ser menor a las tres cuartas partes del capital social. En la sociedad anónima, la ley se muestra más liberal: En general, las decisiones pueden ser adoptadas, en segunda convocatoria, por mayoría de los votos presentes (art. 171 del *Código de Comercio*).

El punto que aquí interesa destacar es que, en las zonas donde las decisiones se adoptan válidamente **por mayoría**, tales decisiones son **vinculantes** para los socios ausentes y disidentes. El fundamento de tal imposición no es otro que el principio de fuerza vinculante del contrato: Las partes se *obligaron a obligarse* con el voto de la mayoría, aun cuando no estuvieren de acuerdo en un determinado caso particular. He aquí la norma jurídica fundamental del contrato societario (de algún modo análoga a la norma jurídica fundamental de la pirámide kelseniana): el compromiso recíproco de los socios de someterse a las decisiones válidamente adoptadas por la mayoría, a través de las instancias institucionales de toma de decisiones. El sistema de toma de decisiones colectivas tiene como soporte el contrato social.



6. Efecto relativo de los convenios parasociales:

En cambio, los contratos parasociales, concertados *fuera* de la estructura institucional de toma de decisiones sociales, no pueden ser referidos a aquella piedra fundamental del contrato societario, que es la obligación de plegarse a los acuerdos válidos de la mayoría. Por consiguiente, se trata de acuerdos con **efecto relativo**, es decir, limitado a los sujetos que prestan su consentimiento en el acuerdo. Pero, ¿qué sucede **si la totalidad** de los socios consiente en el contrato parasocial? En tal hipótesis, se estaría ante un **pacto omnilateral** (Noval, 2012).

7. Las sociedades parasociales:

Hay contratos societarios parasociales. El legislador civil detectó y reconoció la validez de este tipo de acuerdos, poco estudiados por la doctrina. El artículo 1226 del *Código Civil* contempla la figura de una sociedad civil que se forma como contrato parasocial de otra sociedad civil:

“Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad sin el consentimiento unánime de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo, y se **formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular**, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad.”²

² Según veremos *infra*, el **contrato parasocial de sociedad** es bastante frecuente. Por ejemplo, en las sociedades de profesionales, a menudo el socio de la entidad principal forme en torno suyo una pequeña sociedad parasocial con profesionales asociados (lo que en los bufetes de abogados se conocen como “grupos de trabajo”).

La práctica de las profesiones liberales —v.gr., la Abogacía, la Medicina, la Arquitectura, la Contaduría Pública, etc.—suele organizarse mediante estructuras asociativas: bufetes de abogados, despachos de contadores públicos, compañías consultoras, etc. A menudo, las uniones de profesionales adoptan el modelo típico de una **sociedad de capital**, como una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada. Sin embargo, especialmente en lo concerniente a la dimensión de relaciones internas entre los miembros, suelen conformarse acuerdos parasociales más propios de una **sociedad de personas**.

8. Contenido básico de los acuerdos asociativos parasociales:

Los **acuerdos asociativos parasociales** a menudo coexisten con la estructura societaria formal (la sociedad anónima o de responsabilidad limitada). A través suyo los miembros de la agrupación regulan, entre otros aspectos:

- a. Las normas y requisitos de incorporación de nuevos miembros: *Por ejemplo:* Los atestados profesionales que debe reunir el candidato; determinado número de años de experiencia; la aprobación (a menudo unánime) de los socios; la realización de un aporte económico inicial; etc.
- b. Las distintas categorías de los miembros, v.gr.: fundadores, socios, asociados, y las atribuciones y obligaciones de cada estamento. En los bufetes de abogados, por ejemplo, es usual la clasificación tomada en préstamo de la práctica estadounidense, entre socios (*partners*), asociados (*associates*), asistentes (*paralegals*), etc. El *status* de cada miembro es un atributo personalísimo —necesible—y, en algunos casos, se establecen los requisitos para el ascenso en la escala

corporativa. Este tipo de sociedades de personas son estamentarias.

- c. La reglas de distribución y pago de gastos comunes. Es fundamental instaurar un sistema equilibrado y justo de asignación de cuotas contributivas a los gastos de operación.
- d. Las reglas de distribución de honorarios.
- e. Las reglas sobre propiedad de la clientela y derechos de referencia. Por cierto, el **derecho de clientela** amerita ser estudiado. En el argot bufetal se habla de “*propiedad sobre la clientela*”, para denotar una situación jurídica muy *sui generis*, oponible a los demás socios. ¿Qué es, en realidad, el derecho de clientela? ¿Será una forma de “propiedad”, o será un derecho de crédito? Y, en tal caso, ¿quién es el deudor? En realidad, el derecho de clientela es un derecho de crédito, cuyo deudor no es el cliente, sino que son los demás miembros de la sociedad profesional. Tiene un **contenido positivo** y un contenido negativo. El **contenido positivo** se traduce el pago de porcentajes de referencia: Si yo le refiero un cliente a un colega, yo como referente, soy el “dueño”, del cliente. El referido contrae la obligación de pagar un porcentaje de los ingresos brutos facturados al cliente (normalmente el 25%). Otro contenido positivo del derecho de clientela es el derecho de acrecer —en caso de retiro o deceso de otro socio—. A menudo viene aparejado de un derecho extensivo a la clientela derivada o atribuible: Los clientes derivados de un primer derecho de clientela se suman al patrimonio de clientes al titular original. Dependiendo del grado de vinculación emocional entre el cliente y su abogado —en lo cual hay un amplísimo espectro—, el derecho de clientela puede ser cesible y, por consiguiente, pignorable. El derecho de clientela importa, también, **contenidos negativos**: Tanto el referido, como los demás colegas, deben abstenerse de conductas que puedan interferir en la buena

relación y en el vínculo de confianza que liga al titular del derecho de clientela con su cliente. También deben abstenerse de incurrir en conflictos de interés que puedan perjudicar el derecho de clientela ajeno. Se trata de una *obligación pasiva negativa general*, cuyos deudores son los integrantes de la sociedad de profesionales, razón por la que, a lo interno de ese microcosmos que es el bufete, se considera al derecho de clientela como una especie de propiedad, es decir un derecho privativo oponible *erga omnes*. Sólo que, en este caso, ese “*erga omnes*” está circunscrito a un círculo mucho más restringido: los habitantes de esa comunidad de trabajo que es el bufete. No sobra resaltar que el derecho de clientela puede configurar un activo muy valioso: Si un profesional llega a consolidar cierta clientela, que produce un promedio de facturación anual de \$250.000,00, en realidad posee un bien de gran valor. Ya tiene resuelta la vida económica. A menudo tales derechos pueden ser transferidos mediante actos inter vivos, especialmente cuando el *tradens* consiente y contribuye a propiciar una subrogación del vínculo de confianza con el cliente, por parte del *accipiens*. Un aspecto vital a regular, en materia de derechos de clientela, es la sucesión mortis causa. ¿Quién hereda a *Mc Donald's*? ¿Quién hereda a *Intel*? ¿Quién sustituye al de *cujus* en la atención de su clientela? Por su naturaleza, los derechos de clientela no son susceptibles de ser inventariados, como tales, en la masa de bienes hereditarios. Usualmente la clientela es redistribuida entre los otros socios, pero ¿con base en cuáles criterios?



9. Breve tipología de modelos relacionales entre la sociedad mercantil formal y la sociedad parasocial:

Las relaciones e interacciones de la *sociedad parasocial* de personas con la *sociedad de capital* suelen asumir esquemas muy variados. Para efectos de estudio, podemos exponer tres modelos arquetípicos, tomados de un amplio espectro de posibles variaciones.

Primer esquema: La sociedad mercantil cumple un rol meramente formal. Los contratos de servicios profesionales se conciertan directamente entre el profesional y el cliente, sin que la sociedad mercantil funja como *parte* en dichos contratos. La sociedad no recibe ingresos por concepto de prestación de servicios profesionales a clientes. Los profesionales pagan una cuota periódica a la sociedad, para cubrir los gastos de operación y mantenimiento del negocio. La sociedad contrata a los proveedores y trabajadores de la organización.

Segundo esquema: La sociedad mercantil cumple un rol instrumental. Los clientes contratan con la sociedad mercantil. Sin embargo, ésta no tiene actividad económica propia, pues actúa como una especie de mandataria sin representación del profesional “dueño” del cliente. La empresa recibe los pagos e inmediatamente los distribuye a los profesionales que prestaron el servicio. El carácter *instrumental* de la sociedad mercantil, se hace patente, bajo este modelo, en la circunstancia de que la sociedad no acumula utilidades y, si lo hace, no llega a distribuir dividendos, sino que utiliza tales excedentes para sufragar costos de operación y mantenimiento que, en última instancia, reducen la cuota que los profesionales han de pagar mensualmente por los mismos conceptos. También, bajo este modelo asociativo, la canalización de los ingresos percibidos por la empresa hacia los profesionales no se hace en función a su porcentaje de participación

accionaria, sino en función de quién ejecutó el trabajo o “trajo” al cliente.

Tercer esquema: La sociedad mercantil opera como cualquier otra sociedad de capital, y tiene su actividad económica propia: Contrata con los clientes y recibe el pago de los servicios, pero no los distribuye *ipso facto* entre los profesionales que ejecutaron el trabajo. Los profesionales perciben: a) Por su trabajo, un salario de la sociedad y, eventualmente comisiones; y b) En cuanto socios capitalistas, dividendos proporcionales a su participación social. En estos casos, la sociedad mercantil distribuirá utilidades netas por el mecanismo normal de la declaración y repartición de dividendos. En estos supuestos, la sociedad parasocial se limita a los aspectos que tienen que ver con la integración subjetiva de los miembros del bufete.

10. Incorporación de nuevos socios:

La incorporación de un nuevo socio a una sociedad parasocial de personas usualmente presupone –además de la aceptación unánime de los otros miembros, previa acreditación de los atestados profesionales y personales del candidato—la realización de un aporte económico. Este aporte económico le confiere al nuevo socio un conjunto de derechos que bien puede calificarse como una concesión de explotación comercial –rectius: una licencia de explotación profesional. Los contratos de concesión comercial facultan al concesionario para emprender un negocio por cuenta y riesgo propios, pero no a nombre propio, sino valiéndose de las ventajas derivadas de la notoriedad y el poder de atracción de un nombre comercial que ya se encuentra posicionado en el mercado. De esta forma, el licenciario se beneficia del reflejo y reacción favorables que el nombre comercial produce entre los clientes actuales y potenciales, como símbolo de buena calidad, confiabilidad y prestigio. Este tipo de concesión viene a

ser, en el ámbito de la prestación de servicios profesionales, algo muy similar a una franquicia comercial, donde el franquiciado se beneficia del poder de atracción de la marca del franquiciante, amén de la transferencia de “*know-how*”.

En el caso de las **licencias de explotación profesional**, la transferencia de conocimiento profesional no siempre se integra a la causa del contrato –aunque sí a los motivos--, pero sí se produce una transferencia de conocimiento comercial: El licenciatario, nuevo socio, tiene acceso a los secretos comerciales del éxito y la notoriedad de la sociedad concedente; los cuales incluyen aspectos organizativos, de mercadeo, etc. En otras palabras: el licenciatario tiene acceso a un **modelo negocial** que ya ha demostrado ser exitoso. Como en todo contrato de concesión comercial, el concesionario no tiene garantizado el éxito, pero sí se beneficia de las fórmulas y la experiencia acumulada por otros sí han conseguido éxito en el mercado.

El pago de la licencia de explotación profesional no suele ser reembolsable. Esto se debe a la misma naturaleza del derecho y al esquema de distribución de riesgos. El concesionario, al igual que el franquiciado, emprende un negocio **por cuenta y riesgo propios**. Y si, en determinado momento, decide desistir de la empresa o retirarse de la sociedad de personas –lo cual, como vimos supra, es su legítimo derecho--, no tiene más remedio que asumir, como costo hundido, la pérdida del aporte.

11. Extinción de las sociedades parasociales de profesionales:

Las sociedades parasociales de profesionales suelen pactarse por tiempo indefinido. En tal sentido, son susceptibles de **resiliación unilateral *ad nutum***. Por tratarse de prestaciones personalísimas, nadie puede constreñir a un profesional a continuar ligado a perpetuidad a la sociedad de personas, cuando ya no media *affectio societatis*. El ejercicio del derecho de resiliación, como el de cualquier derecho, no puede ser abusivo. Y si lo es, se generan las consecuencias indemnizatorias que la ley atribuye al abuso nocivo del derecho (artículo 22 del Código Civil). Pero tampoco se requiere justa causa, pues, como se sabe, el Derecho civil no respalda las perpetuidades. Todo contrato pactado por tiempo indefinido puede ser objeto de resiliación, es decir, de terminación unilateral sin justa causa. En este aspecto, las sociedades parasociales de profesionales se distinguen de la sociedad de capital: Mientras en la primera el socio puede separarse en cualquier momento (salvada la responsabilidad derivada del ejercicio abusivo del derecho de resiliación), en la sociedad anónima el retiro del socio, en forma anticipada al vencimiento del plazo social, únicamente procede, *ad causam*, en las hipótesis taxativas que facultan el ejercicio del derecho de recesso y retiro (artículo 32 *bis* del *Código de Comercio*).

Otra característica de las sociedades parasociales de profesionales, es que, por tratarse de sociedades de personas, son *intuitus personæ*. Si uno de los socios fallece, los herederos tienen derecho a participar en la liquidación de esa sociedad de personas, pero no tienen derecho, por más que compartan la misma profesión que el causante, a ocupar la misma silla que ostentaba éste dentro de la organización; salvo, claro está, que medie consentimiento de los restantes socios supervivientes. En esto, la sociedad parasocial de personas se asemeja a la



sociedad de responsabilidad limitada, la cual, en lo concerniente a la incorporación de nuevos socios, se comporta como una sociedad cerrada de personas. En cambio, en lo que concierne a la sociedad anónima, las acciones del de *cujus* son perfectamente heredables. Pero si las relaciones entre la sociedad de personas y la de capital están estructuradas de forma tal que ésta nunca pueda generar utilidades (ver, *supra*, esquemas primero y segundo), tales acciones no representan ningún valor económico. Estas acciones podrían tener algún valor sólo si su tenencia es una precondition –necesaria, pero nunca suficiente-- para que un nuevo profesional pueda incorporarse a la sociedad de personas. En tal caso, si la sociedad no tiene acciones en tesorería ni realiza una nueva emisión, la acción del causante podría revestir algún valor venal, por tratarse de bienes escasos.

12. Conclusión:

En conclusión, le planteo a la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles de nuestro Colegio, una propuesta: Elaborar, previo estudio –como siempre--, un proyecto de una ley moderna de sociedades profesionales, tallada a la medida de la realidad actual costarricense. Sería de gran provecho dejar de depender de implantar parches sobre los modelos societarios mercantiles. Sería una fuente de seguridad jurídica y bienestar para los miembros del Foro.

BIBLIOGRAFÍA

NOVAL PATO, J. (2012). *Los Pactos Omnilaterales: Su Oponibilidad a la Sociedad. Diferencias y Similitudes con los Estatutos y los Pactos Parasociales*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters, Aranzadi.

YANES YANES, P.: *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*. Tirant lo Banch, Valencia, 2007.

CURRÍCULO DEL AUTOR

El licenciado Federico Torrealba Navas es abogado litigante y profesor de las Cátedras de Derecho Privado y Derecho de la Contratación Privada en la Universidad de Costa Rica, donde también funge como Investigador en el Instituto de Investigación Jurídicas de esa casa de enseñanzas. Actualmente es Secretario General del capítulo costarricense de la Asociación Henri Capitant de Amigos de la Cultura Jurídica Francesa y miembro de la Comisión de Asuntos Civiles y Mercantiles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.



LOS PROCESOS DE INTERRELACIÓN FAMILIAR: UN MECANISMO PARA LA SALVAGUARDA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA MENOR DE EDAD.

M. Jur. Gerardo Antonio Blanco Villalta.
M. Jur. Giovanni Cavallini Barquero.

del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. (...)

Sumario:

1. Introducción.
2. Figura del menor (aspectos tutelares y progresistas).
3. Arquetipos Familiares.
4. Ejercicio de la Autoridad Parental.
5. Derecho de Visita.
6. Derecho Comparado en relación al derecho de visitas.
7. Conclusiones

1. Introducción

Es realmente incuestionable el derecho que tiene la persona menor de edad para relacionarse con su grupo familiar; es un derecho “*per se*” del niño y la niña, que creará una influencia marcada para su desarrollo. En instrumentos internacionales se recoge claramente esto al declararse por ejemplo en el Protocolo de San Salvador en el numeral 16 leemos: **“Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.”** Igual situación podemos encontrar en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño que establece: **“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo**

No obstante, cuando una persona menor de edad se ve inmersa en los conflictos de los adultos, se ve desnaturalizado el rol que sus progenitores y referentes afectivos, tienen en el quehacer social, porque al suceder esto, asumen dentro del proceso de desarrollo integral una figura distorsionada y/o ausente.

Hoy en día nos enfrentamos a un falseamiento del instituto de la familia, sobre todo porque como señalará en su momento Keith Chesterton *“El lugar donde nacen los niños y mueren los hombres, donde la libertad y el amor florecen, no es una oficina ni un comercio ni una fábrica. Ahí veo yo la importancia de la familia.”* En otras palabras, la familia es el ambiente en donde la persona cultiva sus valores, inicia su camino en sociedad y madura en su relación con personas; desarrollando la tolerancia, el respeto, la honestidad, el compromiso, la responsabilidad, integridad e inclusive la fe.

Y es precisamente aquí, es en donde estaremos obligados a revisar y cambiar los paradigmas de las estructuras familiares que hemos venido desarrollando a lo largo del tiempo. Por otro lado, deberemos igualmente hacer una actualización de las normas que cubren el Derecho de Familia, al ser efectivamente una rama y manifestación del Derecho Social. Así las cosas, los abogados y abogadas tenemos el deber de revisión y aplicación correcta de la Ley para que la norma sea efectiva en el cumplimiento del instituto de la familia.

Es así que el presente trabajo, presentará no sólo elementos básicos de la estructura del Proceso de Interrelación Familiar, bajo las premisas de una nueva visión del ejercicio de la paternidad; aunada a la necesidad de establecer el ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿quiénes?, de un proceso que efectivamente se ha creado en pro de la salvaguarda de derechos y deberes en la familia. Así como, la posible necesidad de ampliar nuestra actual legislación, en caso de considerarse necesario por vacíos legales.

2. Figura de la Persona Menor (aspectos tutelares y progresistas)

Para tener un adecuado orden de ideas, es menester acudir a la historia normativa, la cual, demuestra el reconocimiento lento pero progresivo sobre los derechos de las personas menores de edad.

El primer paso de protección y reconocimiento se da en la Convención de Ginebra en el año 1924, porque debido a las graves consecuencias de la Segunda Guerra Mundial fue necesario salvaguardar que los menores de edad tuvieran derecho a: desarrollarse libremente de una manera natural, a ser alimentados, a ser atendidos en caso de enfermedad, a ser ayudados, a ser socorridos de primeros en caso de una calamidad y ser protegidos de todo tipo de explotación. Como segundo paso, se tiene la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas indica claramente: “*la humanidad debe dar a la infancia lo mejor de sí misma*”. Como tercer paso, se tiene el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, mediante el cual en sus numerales 19 y 27 indica que el menor de edad tiene el derecho de especial protección por parte de su familia y del Estado; lo que es decir: el Estado debe optar las medidas necesarias para la protección y asistencia a favor de los niños, esto sin discriminación alguna de filiación, raza, condición económica, etc. Como

cuarto paso, se tiene la CEDAW, la cual en sus artículos 5 y 16 se incorpora la protección a los menores de edad. (Cfr: J. García Gutiérrez, 2007: Págs. 173-177).

Se puede agregar como quinto paso la Convención de Derechos del Niño, la cual fue creada en el año 1989 y ratificada por Costa Rica en el año siguiente, y de esta se destaca lo siguiente:

“...los Estados parte están por encima de los padres, madres, encargadas y encargados de la persona menor de edad, siendo garantes de sus derechos, para lo cual tendrán la potestad de intervenir, si los encargados de los niños o niñas no ejercen correctamente sus funciones”. (Campos Gutiérrez, J. 2011: Pág. 114).

Igualmente, se puede mencionar el artículo 3 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Restitución Internacional de Menores, que disponen, de manera idéntica, sobre el derecho de custodia y sobre el derecho de visita (Cfr. Chacón Jiménez, M. 2008: Pág. 84). Ambos artículos velan por la relación entre los padres y sus hijos. Ahora bien, la búsqueda del aseguramiento sobre el derecho de visitas y el derecho de la custodia, busca la protección más esencial de los derechos [familia, identidad (nombre, nacionalidad, cultura, grupo social), desarrollo, libertad, relaciones familiares] de la persona menor de edad, para continuar en contacto con ambos progenitores, y para la decisión judicial de ambos derechos, se deberá escuchar la opinión de la persona menor de edad como más adelante se detallará.



3. Arquetipos Familiares.

Desde algunos puntos de vista hemos admitido que la estructura de la familia ha cambiado; efectivamente ha evolucionado bajo la óptica que la familia es un reflejo de la misma sociedad. Así tenemos que hoy en día compartimos la tesis esbozada sobre una nueva forma de interpretación y/o conceptualización de la familia por Gutiérrez A y Rivera D compilado por Benavides S, al señalar: “... *la familia es concebida como un grupo social integrado por varias personas, unidas por un vínculo de afinidad, parentesco, simpatía o por intereses comunes, que tienen convivencia cotidiana y economía compartida*” (2001. Pág.21), a partir de esta construcción vamos a recordar algunas formas y/o manifestaciones de la familia.

Efectivamente hemos admitido la estructura tradicional: progenitores-hijos, sin importar que el origen provenga de la relación matrimonial o de parejas que optan por la convivencia no matrimonial. De igual forma hemos de atender la existencia de familias que su origen no proviene de relaciones originales (hombre-mujer) sino que hemos de admitir que existen familias en donde la figura del hombre es ausente por abandono de la relación o porque la mujer opto por no tener ningún tipo de convivencia varonil permanente, estas son otras formas de configuración de los núcleos familiares; sobre todo porque hemos de admitir que la familia como instituto efectivamente no sólo ha sobrevivido el correr del tiempo, sino las variaciones socioculturales y económicas.

De esta forma hemos de valorar que el concepto de Familia ha sufrido una restructuración considerable, dentro del pluralismo social, tesis que esbozara en su momento la Sala Constitucional Colombiana en su Sentencia 577-2011 y que podemos hacer propia por la necesidad de crecimiento y progreso en la evolución de las

concepciones de la estructura familiar, al señalar:

“el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico” (Sala Constitucional de Colombia, sentencia 577-2011).

Aquí tendríamos un concepto de familia más cercano al interés superior de la persona menor de edad en donde se valora el ¿para qué?, de las relaciones familiares.

a. FAMILIA NUCLEAR

Es el grupo tradicional conformado por dos adultos y sus hijos, dentro de la estructura tradicional (padre-madre e hijos); efectivamente no se hace ningún tipo de distinción en cuanto al origen, ya que es admisible sea por relación matrimonial y/o convivencia no matrimonial; para los efectos del presente estudio resulta del todo irrelevante la concepción de pareja. Eso sí se admite como familia la misma pareja consensuada.

Aquí resulta de relevancia la conceptualización sociológica que nos esboza Ferrer:

“La perspectiva sociológica restringe el concepto de familia al núcleo paterno-filial, llamado pequeña familia o familia nuclear. La familia, en este sentido, se define como la agrupación natural formada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que viven con ellos, o que están bajo su potestad, aunque no conviven en el hogar común.” (Ferrer, M. 1982. Pág.13).

Este concepto bien representa un buen sentir de algunos sectores de las poblaciones y así ha sido plasmado en muchas formas de interpretación, tal es el caso en que la misma Sala Segunda, reseñando a la Sala Constitucional ha manifestado:

“La jurisprudencia constitucional (entre otras, ver sentencias números 3435-92, 0346-94, 1151-94, 1975-94, 2129-94, 3693-94), ha sido constante en señalar que el concepto de familia contenido en el artículo 51 de la Constitución Política comprende, no sólo al matrimonio formado por vínculos formales (sean jurídicos o religiosos), sino que se hace extensiva a la familia de hecho, es decir, a la formada por lazos afectivos, que reúnan ciertas características básicas para la determinar la existencia lícita de esa unión, tales como la estabilidad, publicidad, cohabitación, singularidad o exclusividad, y la de tener libertad de estado. (Sala Constitucional, Voto 2011-303)

No obstante el concepto de familia en sí, a nivel de nuestra legislación ordinaria no está plasmado, se tiene como contenido implícito.

b. FAMILIA POR EXTENSIÓN

Este grupo familiar tiene sus bases en la concepción monoparental, pero admite la existencia de otros miembros al grupo de origen, puede que convivan bajo el mismo techo con el grupo base o mantengan distinta residencia; a este grupo pertenecen los abuelos, tíos y tías, primos y/o otros referentes dentro de las estructuras; lo cual Valdivia Sánchez ha esbozado al señalar:

Se entiende por familia extensa, aquella que reúne a todos los parientes y personas con vínculos reconocidos como tales. El concepto se empleaba como sinónimo de familia consanguínea. Los vínculos civiles, matrimonio y adopción, al conferir la condición de parentesco, extienden el concepto más allá de la consanguinidad. Recoge diferentes núcleos u hogares, con características diferentes desde organizaciones en las que conviven miembros de tres generaciones y colaterales, hasta hogares monoparentales. . (...) Nos sitúa ante la dimensión más amplia de la familia; desde el eje vertical recoge las sucesivas generaciones de padres a hijos y desde el horizontal las diferentes familias formadas por los colaterales, hermanos de una misma generación, con sus respectivos cónyuges e hijos. (Sánchez, V. 2008. Pág.15).

Siendo así incluimos y compartimos la tesis de Valdivia Sánchez que existe un verdadero mosaico y/o caleidoscopio de estructuras familiares, que van entrelazadas por las distintas formas de organización, pero que vienen a crear y contribuir con el mismo sentido de pertinencia y desarrollo, del grupo primigenio.



c. FAMILIA ENSAMBLADA

Aquí encontramos desde el punto de vista de las ciencias sociales, una variante del grupo familiar, ya que se basa en el concepto de la unión de grupos familiares a través de sus cabezas y/o jefaturas de familia, es muy propia de las relaciones que tienen su origen en divorcios y separaciones. Es requisito eso sí la estabilidad de la relación y que cada uno de los miembros de la pareja aporta parte de la nueva familia. No obstante se admite que uno sea el que aporte los hijos e hijas y el otro les acepte; este se convertiría en referente afectivo.

Esta conceptualización es reforzada por De Lourdes al señalar:

Si intentamos definir a estas familias, en general nos referimos a la familia que está conformada por un nuevo matrimonio en el que uno o los dos esposos aportan uno o más hijos de su matrimonio previo; también puede darse una alternativa similar a la anterior pero sin considerar el hecho legal del nuevo o antiguo matrimonio. Entre las definiciones también hay que considerar una familia ensamblada simple, cuando sólo uno de los cónyuges aporta hijos o compuesta cuando ambos los aportan. (De Lourdes Eguiluz, L. 2008. Pág. 170.)

Adicionalmente algunos tratadistas subdividen este tipo de familia, según el rol que asuman los protagonistas, lo cual puede ir desde una visión progresista por la acción de los adultos en relación con la persona menor de edad, hasta aquellas que podrían estar esperando el desarrollo pleno de su capacidad jurídica, para que conformen otro grupo y/o adquieran independencia. Así hemos de valorar que las variaciones en la tipología familiar han de ser de acuerdo con el grado de madurez y percepción de los miembros dentro de

su propio rol familiar y social.

d. FAMILIA MONOPARENTAL.

Nos enfrentamos en la sociedad a cambios significativos de la estructura familiar, uno de ellos es la concepción en donde uno de los progenitores es quien convive con los hijos, ya sea por situaciones que se originaron en el divorcio, separaciones o simplemente por la opción de no compartir la estructura tradicional, ya que como líneas atrás habíamos admitido es perfectamente viable que una persona no desee la convivencia matrimonial, pero ello no excluye la existencia de hijos y por ello si bien puede ser un padre no residente, no podemos quitarle la condición de que un adulto y sus hijos son efectivamente una familia.

La monoparentalidad en las familias puede surgir por diversas razones, que van desde el origen (opción de constitución tomada por los adultos-progenitores), hasta por las propias circunstancias y/o dinámicas familiares (enfermedades, encarcelamientos, economía), clasificación que nos presentará en cuatro categorías Rodríguez Sumaza y Luego Rodríguez al citar a Iglesias de Ussel y señalar:

- a) Monoparentalidad vinculada a la natalidad, circunstancia que derivará los núcleos monoparentales de las madres solteras.
- b) Monoparentalidad vinculada a la relación matrimonial, categoría que acoge el gran abanico de situaciones de ruptura voluntaria e involuntaria de la pareja.
- c) Monoparentalidad vinculada al ordenamiento jurídico, tipología que acoge la maternidad y paternidad social a través de los procesos de adopción.

d) Monoparentalidad vinculada a situaciones sociales y cuya naturaleza se fundamenta en la ausencia de uno de los cónyuges por motivos de trabajo, privación de libertad, enfermedades prolongadas y emigración. (Rodríguez Sumaza, 2003. Pág.69)

Esta clasificación tiene principalmente una naturaleza funcional, para la comprensión del porque existe la monoparentalidad familiar. Sin dejar de lado que la existencia de este tipo de familia va a responder a variaciones en el quehacer social, como bien señalarán Leal Ferreira y otros al citar a Fernández Cordón y Tobio Soler que señalarán:

“...los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se están produciendo en la sociedad actual configuran nuevas formas de vida y de relación que afectan tanto a los individuos como a las políticas sociales orientadas a paliar las desigualdades que se generan. La estructura y la organización familiar así como la forma de afrontar los problemas de la vida diaria también están influidos por estos cambios.” (Leal Ferreira, 1999. Pág. 6)

Precisamente esta concepción que tuvo origen en el análisis del fenómeno de monoparentalidad en España, nos viene a prevenir sobre la problemática que se deriva de la monoparentalidad familiar, porque con este tipo de familias es precisamente la que nos presentara una serie de crisis: feminización de la monoparentalidad, ya que en su mayoría son jefeadas por mujeres, dificultades en el ejercicio de la Patria Potestad, hasta la necesidad de establecer procesos de interrelación familiar (Regímenes de Visita), en donde la acción de la Administración de Justicia y de los distintos operadores jurídicos ha de ser en salvaguarda de la relación.

4. El Ejercicio de la Autoridad Parental

Ahora bien, de la autoridad parental; se puede decir que, la relación entre padres e hijos crea una serie de poderes y deberes que conforman la denominada autoridad parental. Véase como lo define la doctrina en la siguiente cita:

“La autoridad parental se otorga a los padres para que protejan al niño menor en su salud, seguridad y su moralidad. Por ello, su ejercicio confiere los derechos e impone los deberes de educar, guardar, vigilar y, en forma moderada corregir al hijo”. (Trejos Salas, G. 2005: 269).

Así las cosas, se puede decir que: la autoridad parental es irrenunciable porque no se puede dejar en abandono a los hijos, también que es temporal porque se termina cuando los hijos cumplen la mayoría de edad y previo a ello va disminuyendo según la capacidad progresiva de la persona menor de edad, por último, que está sujeta al control de la Ley (control judicial).

Por lo tanto, se describirá a continuación los contenidos de lo que consideramos por autoridad parental:

Guarda: El derecho-deber de guarda, es uno de los efectos personales de la autoridad parental y consiste en tener al hijo en su compañía, de mantenerlo y educarlo con arreglo a su fortuna, de vigilarlo y corregirlo en forma moderada sin violencia (Cfr. Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: 32). Por consiguiente, es menester y preferible la convivencia de los padres e hijos en el mismo hogar para mejor ejecución de este derecho-deber. Además se podría decir que la guarda presupone dos presupuestos, por un lado el reconocimiento del deber y derecho que tienen los padres sobre los hijos y por otro, el derecho deber de los padres de convivir con sus hijos; para así poder ejercer



la crianza. En este sentido también se podría definir la guarda de la siguiente manera:

...el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección: dotarle de los elementos necesarios para su pleno bienestar físico, proporcionarle los medios recreativos propios de su edad, velar por su salud e integridad física, otorgarle alimentación y vivienda adecuadas, atender su educación, velar por su superación técnica, científica y cultural; colaborar con los maestros en las actividades docentes, prepararle para su formación en la vida social, inculcarle el respeto a los demás y, el amor a los valores nacionales y a los símbolos patrios. Todo este conjunto de deberes podrá realizarse en mayor o menor grado, en la medida de los recursos de que dispongan.... (Cruz Ponce, L. 1990: Pág. 64).

Cuando ambos progenitores viven junto al hijo menor de edad, entonces los dos compartirán todos los deberes y derechos derivados del ejercicio de la autoridad parental. Cuando los progenitores no viven juntos o se separan, seguirán compartiéndolos todos, menos uno. La guarda, tenencia o custodia del hijo. Este atributo será ejercido por uno de los dos progenitores. (Chacón Jiménez, M. 2008: Pág. 83).

Evidentemente, de ambas citas se deduce que al estar ambos padres con la guarda del menor, va a existir una mayor posibilidad y deber de corregir y/o guiar a la niña o niño. Pero, es importante señalar que, el hecho de que un menor conviva con solo uno de sus padres no quiere decir que este tenga una posibilidad más alta de no desarrollarse de mejor manera, porque para nosotros la correcta formación no está en la

cantidad de horas, ni en lo que se dé o se deje de dar, ni en la cantidad de correcciones, sino que está en la calidad humana de la relación y en la guía adecuada de los progenitores.

No obstante, esto último se debe de hacer con sanciones moderadas, que sean utilizadas de manera razonable y de acuerdo a las circunstancias. Consecuentemente con la corrección, debe existir la vigilancia y sobre esta se ha dicho lo siguiente:

La fiscalización de los actos del menor, la de sus relaciones personales, el control de sus relaciones personales, el control de comunicaciones postales y telefónicas, el cuidado de que no frecuente ambientes inapropiados para su formación física, moral y espiritual, la prohibición de lecturas perniciosas, así como de asistir a espectáculos inconvenientes y el control de audiciones radiotelefónicas y programas de televisión...el fundamento de la responsabilidad sería entonces, la clásica culpa in vigilando de los progenitores, lo que eventualmente, les obligaría a indemnizar a terceros de los daños causados por los menores sometidos a su patria potestad. (Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: Pág. 37).

Además el numeral 1047 del Código Civil respalda lo dicho en la cita anterior, tal y como de seguido se expondrá:

Código Civil. Artículo 1047 Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor.

En este sentido, debido al in vigilando los padres son responsables frente a terceros sobre los actos lícitos e ilícitos que realicen sus hijos; indistintamente de la presencia física del progenitor.

Crianza: Constituye el deber de proporcionar a los hijos el alimento y los estímulos físicos para su adecuado desarrollo. Trata de dar todo lo necesario para su subsistencia, tales como alimento, vestido, atención médica y otros de este estilo (Cfr. Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: 40). Adicionalmente en la crianza se transmiten los valores, conductas, costumbres, hábitos que conformaran la personalidad del individuo. Sin embargo, es menester mencionar que en vasta doctrina extranjera se conoce la crianza como el derecho de asistencia del menor.

De esta forma el elemento y/o atributo de la crianza no se limita a proporcionar únicamente en el sentido económico.

...no se reduce a proporcionar los medios económicos para su subsistencia física, sino sustraer a los hijos de todo peligro en su formación humana, física y espiritual, y por ello mismo, la asistencia está contenida en la educación como formación integral del menor. (Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: Pág. 40).

Educación: Este derecho-deber se ejecuta con la preparación que los padres realizan para formar y otorgarle una profesión al hijo o hija, o al menos enseñarle una actividad determinada con la cual se pueda desempeñar dentro de la sociedad cuando sea adulto. No obstante, esto no se debe de entender como que los padres pueden imponerse sobre la vocación, sino que se debe entender en que los padres de acuerdo a sus posibilidades económicas y formación,

proporcionen con sus medios la posibilidad de elegir al menor de edad una profesión, oficio u estudio correspondiente.

Potestad administración: Los menores de edad tiene el derecho de poseer su propio patrimonio como cualquier otra persona, lo único que se les impide es administrarlo personalmente. De esta forma los hijos, al ser menores de edad, solamente poseen capacidad jurídica y carecen de la capacidad de obrar, razón por la que sus padres tiene la obligación de representarlos en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales en que estén involucrados hasta que cumplan la mayoría de edad (Cfr. Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: 47 y 48). El derecho-deber de los padres de cuidar el patrimonio del hijo y de realizar la adecuada administración de los bienes de estos comprende: el mantenimiento, la inversión y el aumento de bienes cuando este último fuera posible.

El artículo 145 del Código de Familia expone en sus párrafos segundo y tercero las únicas dos excepciones sobre la administración de bienes, que son cuando el menor mediante su trabajo adquiere bienes o cuando le son heredados o donados y quien se los da así lo expresó, por lo que para este último caso se le nombrará un administrador.

Representación del menor: Consiste en una representación tanto judicial como extrajudicial del infante e implica un poder de deliberación; de modo que va más allá de la función de declarar por el menor, y se extiende también a la dirección u conducción de sus actos o negocios (Cfr. Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.; 1995: Pág. 63). Del mismo modo, la doctrina indica:

“La representación legal del hijo la ostentan tanto el padre y la madre. Pero el Código de Familia en ninguna



de sus disposiciones manda que esta representación sea conjunta. Cada padre actúa individualmente como representante del menor, pero –se reputa, en principio- con el acuerdo tácito del otro. El representante actúa en nombre y en lugar del menor, y sus actos repercuten directamente en el patrimonio del menor, sin que éste tenga que intervenir. Cada padre es representante legal, tiene su poder de la ley, recibe su calidad de representante de pleno derecho, sin investidura ni formalidad alguna. El representante actúa en todos los actos civiles salvo excepción”. (Trejos Salas, G. 2005: Pág. 272).

En la actualidad, vale la pena aclarar que los artículos 151 y 152 del Código de Familia, permiten la resolución de desacuerdos de los progenitores con un proceso denominado conflicto de la autoridad parental, para el cual, no es necesario que los padres acudan con un letrado en Derecho, ya que este es un proceso informal, en el cual mediante una audiencia con el Juez del Juzgado de Familia, se toma por este último la mejor decisión. Respecto a la excepción mencionada por Gerardo Trejos, esta se encuentra en el numeral 140 del Código de Familia:

ARTÍCULO 140.- Compete a los padres regir a los hijos, protegerlos, administrar sus bienes y representarlos legalmente. En caso de que exista entre ellos opuesto interés, los hijos serán representados por un curador especial.

Dicho esto, se puede decir que los padres no ocupan ningún tipo de poder para poder representar a su hijo menor de edad, y que además se presume que está actuando de acuerdo con el otro progenitor.

Queda a salvo igualmente, para cumplir con instrumentos y recomendaciones internacionales (Cfr. ONU: 2009 Observación General 12), que en caso de conflictos o intereses contrapuestos, en nuestra legislación sea creada la figura del Abogado (a) de la persona menor de edad, igual que en otras latitudes existe la figura del Defensor o Fiscal del menor de edad, para así poderle representar en sus intereses y frente a sus progenitores, sin que su participación letrada, permita suplir su voluntad.

Esta figura no podríamos tenerle como un recargo a las actuales instituciones, es menester crear la figura e institución *per se*.

El menor de edad ha sido invisibilizado durante muchas épocas. Esto se debe a que ellos son vistos como personas dependientes de las personas adultas. De hecho, la palabra latina “*infantia*” significa en su desfragmentación lo siguiente: en su partícula “*in*” se refiere a negación, y la partícula “*for*” o “*faris*” significa hablar, en otras palabras, “*infantia*” no tiene un significado diferente a: “*los que no hablan*”. (Cfr: J. García Gutiérrez, 2007: Págs. 173-174).

Ahora bien, hay que preguntarse si esta visión de los menores ha venido progresando o no, en otras palabras, hay que preguntarse si los menores tienen o no voz en la actualidad. Para responder la interrogante es menester observar el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, el cual indica lo siguiente:

Los Estados Partes, garantizaran al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante de un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la Ley nacional.

Respecto a esto, Judy Campos Gutiérrez expone lo siguiente:

“...no solo aplica el reconocimiento en la Ley sino, también, al tomar decisiones las autoridades, si ya el niño, la niña o adolescente tiene la madurez suficiente para emitir un juicio propio, debe tomarse en cuenta su opinión en la decisión de cualquier asunto que le afecte y esto, a su vez, debe reflejarse a nivel cultural, pues la sociedad toda debe cambiar a fin de adaptar esta nueva visión a las prácticas de crianza que se realizan en el seno de las familias, sobre la concepción de las personas menores de edad, acorde con los derechos fundamentales y, por supuesto, también a nivel jurisdiccional”. (Campos Gutiérrez, J. 2011: Pág.117).

Así las cosas, deben entenderse que los menores de edad no son objetos, sino que, son sujetos de derechos, que deben y pueden ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo a su desarrollo natural, el cual va evolucionando de acuerdo a su edad y desarrollo. Por lo que, será obligación de todos los adultos escucharlos y tomar en cuenta lo que ellos tienen que decir, más si son procesos o decisiones que los pueden afectar o beneficiar.

5. Derecho de Visita

Al entrar en conflicto la relación de pareja, de quienes han sido progenitores, es común el tomar a la persona menor de edad, como trofeo de batalla, cosificándole y contraviniendo todo lo que explicamos anteriormente en el apartado segundo (sobre aspectos tutelares y progresistas).

El derecho de visita es un valor propio de la persona menor de edad y del progenitor, al primero como componente de crianza y al otro por consecuencia de su voluntad procreacional; respetándose el derecho de ambos, porque el menor de edad no es objeto del proceso, sino un sujeto activo y por ende de derechos, porque no solamente tiene derecho el progenitor de relacionarse con el hijo, sino también éste de relacionarse con su parentela, sea la familia por extensión.

El limitar o suprimir este derecho de la persona menor de edad es una violación a su derecho de identidad, formación, desarrollo y personalidad.

No podemos compartir la tesis que algunos sostienen sobre la existencia de un Síndrome de Alienación Parental; no sólo por la invalidez del estudio, sino porque en sí, la forma de planteamiento viene a ser un atentado a la persona y figura de la mujer, como sujeto de derechos (en violación a instrumentos internacionales); convirtiéndose en una forma de violencia a la figura y personalidad de la persona menor de edad.

Pero si debemos aceptar la existencia de un fenómeno de desvinculación familiar en donde un progenitor que ejerce la guarda, procura obstaculizar, por situaciones complejas y personales, la interrelación del menor con el otro progenitor y por ende, con la familia por extensión, para así evitar las visitas, obstaculizándose la crianza de la persona menor de edad.



La obstaculización que cualquiera realice del derecho de visita a favor de la persona menor de edad, puede y debe generar las consecuencias penales (artículos 188 y 307 del Código Penal) y propias del derecho de familia (abuso de la autoridad y otros).

Así mismo, es admisible que las visitas se deban suspender cuando exista algún peligro para la persona menor de edad, que ponga en riesgo su integridad física y emocional, no obstante sin generalizar, ni abusar de figuras del derecho, cayendo en fraudes procesales, siendo preciso que el órgano jurisdiccional tenga el cuidado correspondiente y procurando por imperativo de ley, la debida fundamentación de este tipo de resoluciones.

Dentro de los aspectos procesales, que debemos tener en cuenta al plantear el Proceso de Interrelación Familiar, primeramente hemos de recordar que es un Proceso Sumario, por ende debe ser resuelto a la menor brevedad y que para el ejercicio del Derecho de Visita, resulta importante considerar: i) Edad de la persona menor de edad, ii) Padecimientos médicos relevantes si es que se dan., iii) Actividades académicas y extracurriculares (deportes, música, terapias y otros), iv) Disponibilidad de tiempo que se conoce para la interrelación familiar, v) Si han mediado episodios de Violencia Doméstica que puedan afectar la interrelación, vi) relación entre el solicitante y la persona menor de edad, vii) origen del conflicto, que ha impedido la interrelación, viii) interés por mantener la interrelación familiar sea el ¿por qué, es importante otorgarle?, ix) red de apoyo (personas y condiciones) con que se cuenta, para el ejercicio del derecho. Todo esto permitirá al órgano jurisdiccional tener elementos para iniciar la valoración del caso en concreto, evitándose así prevenciones que retrasan el proceso.

Ahora es importante considerar que el ofrecimiento de prueba ha de ser muy cauteloso; en algunos casos el pedir y/o que el mismo juzgado ordene una valoración del tipo Psico-Social, representa un posible atraso en el proceso, por lo que podríamos tener menores que no interactúan con sus progenitores por mucho tiempo, contribuyendo esta situación a crear un fenómeno de desvinculación familiar, de forma el progenitor que es guardador del menor afiance su posición de tenencia, en detrimento del otro a quien se le podría considerar como desinteresado por parte de la persona menor, en la percepción que se construya.

Algunos despachos han iniciado un proceso muy provecho, el llamar a las partes a una Audiencia Previa, la cual permite al juzgador o juzgadora, percibir los elementos posicionales de las partes, y así fijar la conveniencia de un régimen provisional o para dar fin al conflicto, mediante la Resolución Alterna de Conflictos. Esto evidentemente es una forma de aplicar los principios constitucionales de justicia pronta y cumplida, junto con los propios de la resolución alterna de conflictos; siendo así que al regresar el conflicto a las partes, ellas mismas construyan la solución, contribuyendo así a la economía judicial, celeridad procesal, justicia pronta y reducción en la mora judicial.

6. Derecho Comparado en relación con el Derecho de Visita.

Es necesario revisar como en otras latitudes se tiene una visión más integral de la figura parental, dentro de los procesos de crianza y como ello ha contribuido a una tutela efectiva, plasmada de acciones concretas.

Así por ejemplo encontramos en legislación Francesa el artículo 228 que establece

Artículo 288. El padre que no tenga el ejercicio de la patria potestad conservará el derecho a vigilar la manutención y la educación de los hijos y deberá ser informado, en consecuencia, de las decisiones importantes relativas a la vida de estos. Contribuirá en proporción a sus recursos y a los del otro progenitor.

No podrá negársele un derecho de visita y de alojamiento sino por motivos graves.
(...)

Aquí vemos como la legislación gala establece en forma expresa el derecho del padre a la interrelación, sin que inclusive se le pueda negar por razones de contribución económica; antes bien se establece claramente el principio de proporcionalidad, y muy bien se determina el derecho-deber de estar involucrado en el quehacer de la vida diaria de la persona menor de edad.

Por otro lado en España encontramos en Código Civil una norma que señala:

Artículo. 160. El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias

Esta normativa, viene a ser más rica en cuanto, salvaguarda efectivamente el derecho de visita, no por interpretación extensiva de la norma, sino

por mandato expreso de ley; con una extensión a los referentes afectivos.

Y vemos como en ambas legislaciones se establece que tan sólo por justa causa debe ser suspendida o suprimida la interrelación familiar; dejando a criterio de las Autoridades Judiciales el concepto de gravedad o justa causa, que limite la interrelación.

Si analizamos con profundidad nuestro Código de Familia, vemos la necesidad de que exista norma expresa, que establezca el Proceso de Interrelación Familiar como un derecho expresa de ambos (progenitor-persona menor de edad) (referente afectivo-persona menor de edad) y esto es una responsabilidad que debe asumirse, dada la incidencia de casos, dentro de nuestro sistema judicial.

Esta norma que puede complementar nuestra actual legislación familiar, se considera conveniente establezca al menos:

i. Derecho de visita, como bien jurídico fundamental para el desarrollo de la persona menor de edad.

ii. En el derecho de visita, debe incluirse a los referentes afectivos positivos (abuelos, tíos, primos, amistades de la familia.)

iii. La crianza es un atributo de ejercicio conjunto de los progenitores, por lo tanto el padre o madre, que no viva con la persona menor de edad, deberá participar en la vida activa del niño o niña y ser informado de su manutención y educación.

iv. Proceso de Interrelación Familiar, deberá tener necesariamente demostración de que la persona menor de edad, ha podido expresarse y ser representada imparcialmente.



v. Las acciones que efectúe el guardador de la persona menor de edad, para inutilizar, obstaculizar o desvincular a la persona menor de edad, de su progenitor y/o referente afectivo, serán considerados ‘Abuso de la Autoridad Parental’, con las sanciones de ley correspondientes en lo familiar, penal y civil.

vi. El Proceso de Interrelación Familiar, sólo por medio de resolución judicial y por justa causa podrá ser objeto de suspensión y/o modificación.

7. Conclusiones

Una vez analizadas las diferentes aristas de los Proceso de Interrelación Familiar, hemos de considerar que:

i. La familia como institución fundamental de la sociedad contribuye a la formación de los individuos en su interacción con la sociedad, es ahí en donde la crianza juega un papel fundamental, para la madurez de la persona con su medio social.

ii. Las estructuras familiares han cambiado, por ende deben de actualizarse las formas de interpretación en la Ley, para su mejor aplicación, ya que, la aplicación inflexible de las normas se convierte en la mayor injusticia frente a sus administrados. Lo que es decir, se deben evitar las prácticas dilatorias, para resolver casos en concreto en donde se afecta la vida de las personas.

iii. El progenitor que no convive con la persona menor de edad, no puede perder los demás atributos del contenido de la autoridad parental, ya que con ello se violentan sus derechos de relación con la persona menor de edad, debe conservar los atributos de crianza, educación, representación y administración; ello cuando la guarda compartida no sea posible.

iv. El hecho de que un menor conviva con solo uno de sus padres no quiere decir que este tenga una posibilidad más alta de desarrollo, la correcta formación no está en la cantidad de horas, o formatos de interrelación, sino que está en la calidad humana de la relación y en la guía adecuada de los progenitores a la persona menor de edad.

v. Asegurar el derecho de visitas y el derecho de la custodia, busca la protección más esencial de los derechos—la figura de persona menor de edad ha evolucionado convirtiéndose para la actualidad en un sujeto de derechos y no en un objeto del proceso.

vi. La persona menor de edad, necesita y debe ser escuchada, recargar en la Defensa Pública o en el mismo Patronato Nacional de la Infancia, este deber, es condenarlo a su inoperancia por la gran cantidad de funciones ya encargadas a estas instituciones, por ello es necesaria la construcción de la figura y de la institución para el ejercicio de la figura del abogado del persona menor de edad.

vii. El Proceso de Interrelación Familiar requiere de un trámite cuidadoso, expedito y que cumpla con los principios del derecho procesal de familia así como con el derecho de fondo en procura del ejercicio efectivo del derecho social

viii. Caer en eufemismos de que nuestra legislación de familia está completa y es perfecta, es una forma de violencia en donde no podemos sacrificar a la familia, requerimos que se legisle efectivamente sobre el tema del derecho de visita.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Alarcón, A., Blandino Garrido, M. A. y otros. (2010). **Las crisis matrimoniales**. España: Valencia: Ed. Tirant o Blanch esfera.

Benavides Santos, Diego y otros, (2011) **Reflexiones sobre el Derecho de Familia Costarricense**. 1º Ed. San José, Costa Rica: Edit. Jurídica Continental.

Boza Umaña, M. R., Flores Stoviak, J. L. y Rodríguez Murillo, C.. (1995). **La guarda, crianza y educación compartida después de la ruptura conyugal: su posible aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense**?. San José. Universidad de Costa Rica: Tesis para optar por el grado de licenciatura.

Campos Gutiérrez, J. (2011). **Derecho de Familia**. La autoridad parental y reformas necesarias en la legislación familiar a la luz de los Derechos Humanos. Poder Judicial: Escuela Judicial.

Chacón Jiménez, M. (2008). **Revista de Derecho de Familia de Costa Rica**. Equiparación de todos los progenitores en el ejercicio de la Autoridad Parental. Mes: Enero. Número: 3. Costa Rica: San José. Editorial Jurídica Continental.

Cruz Ponce, L. (1990). **Derechos de la niñez**. México: Universidad Autónoma Nacional de México.

De Lourdes Eguiluz, L. (2008). **Entendiendo a la Pareja**. (Marcos Teóricos para el trabajo terapéutico) México: Editorial Pax.

Ferrer M. F, y otros. **Derecho de Familia**. Tomo I. Rubinzal & Culzoni, Noviembre, 1982. Imprenta Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe-Argentina.

García Gutiérrez, J. (2007) *Los Derechos de los Niños*. España: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones.

Molina Elizondo, A. (1998). **Protección jurídico social de la familia monoparental matrifocal en Costa Rica**. San José. Universidad de Costa Rica: Tesis para optar por el grado de licenciatura.

Odio Benito, E. y Arias Arias, J. L. (1970). **Observaciones al título III de la patria potestad del proyecto del Código de Familia**. San José, Congreso Jurídico Nacional.

Puig Brutau, J. (1985). **Fundamentos de Derecho Civil**. Barcelona: Bosch Casa Editora S.A.

Sánchez Cordero, J. (1990). **Derechos de la niñez**. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Trejos Salas, G. (2005). **Derecho de Familia Costarricense**. Costa Rica, San José: Editorial Juricentro.

Rodríguez Sumaza M. C. (2003). **Un análisis del concepto de familia monoparental**. Papers 69

Fuentes de internet:

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-577-11. Recuperada el 12 de mayo, 2013. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>.

Parra Bolívar, H. A. (2005). **Relaciones que dan origen a la familia**. Recuperada el día sábado 25 de mayo, 2013. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/348/1/RelacionesOrigenFamilia.pdf>.



Keith Chesterton, G. (2007) **LA FAMILIA EN EL DERECHO: VIDA, CRECIMIENTO, MUERTE Y LIBERTAD**. Recuperada el día lunes 3 de junio, 2013. <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/06julio-clausura-diplomado.pdf>

Naciones Unidas. (2009). **Convención de Derechos del Niño**. Recuperada el 8 de junio, 2013. <http://es.scribd.com/doc/24191115/OBSERVACION-GENERAL-N%C2%BA-12>.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS CHOFERES DE AUTOBUS, DENTRO DEL AMBITO LABORAL

Dr. Eric Briones Briones.
Doctor en derecho laboral.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Perfil Salarial. 3. Sobre los rebajos al salario de los choferes, por faltantes. 4 Sobre jornadas de trabajo. 5. Faltas de tránsito. 6. Salud Ocupacional. 7. Faltas por consumo de drogas. 8. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN: Bajo un estudio descriptivo y de recopilación de la normativa, que rigen en el caso de los choferes de autobús, se pasa a tratar temas puntuales (jornadas, salario, deducciones salariales, faltas por consumo de drogas, etc.) referidos al campo práctico y desempeño cotidiano, a los que se enfrenta la realidad jurídica, ante este grupo de trabajadores, que muchas veces, les son violentados sus derechos laborales.

PALABRAS CLAVES: Choferes de autobús, jornadas, salario, salud ocupacional, deducción salarial, faltas de tránsito, faltas por consumo de drogas.

SUMMARY: Under a descriptive study and collection of the rules that govern in the case of bus drivers are going to deal with specific issues (hours, wages, wage deductions for drug offenses, etc..) Referred to the practical field and daily performance, which faces the legal reality, to this group of workers, often, they are violated their rights.

KEYWORDS: Bus drivers, hours, wages, occupational health, wage deduction, traffic violations, drug-related offenses.

1. Introducción

No hay nada más estresante que convertirse en chofer y más aún, si se es de transporte público de autobuses¹ ; pues además de tener

¹ Dejando de lado, dentro de este sector el atinente al gremio de los taxistas, pues como dice mi amigo Marco Durante, eso podría ser un enano de otro cuento. No obstante, y a pesar de no ser un sector a tratar dentro del presente trabajo, si se deja indicado para un posible estudio posterior, que dentro de las relaciones derivadas de un taxi, se pueden dar varias relaciones, la menos común es que el conductor, sea el propietario del vehículo y concesionario a la vez del permiso estatal; lo que significa, que es un trabajador por cuenta propia y por ende como dueño que es, se encuentra sujeto a las cargas tributarias y de seguridad social, es decir, es un sujeto que corre con los riesgos propios empresariales dentro del mercado nacional. Otra modalidad (pues pueden existir otras), es aquella en la que se concretiza una relación laboral por cuenta ajena (es decir, le son ajenos los frutos al empleado), en donde el taxista se obliga a cambio de una remuneración, a prestar a otra persona (física o jurídica) sus servicios, bajo dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de conformidad con las disposiciones del artículo 5 del Código de Trabajo. La subordinación -tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal-, viene a constituirse en el elemento clave de toda relación laboral e incluso cuando se pretende disfrazar u ocultar la misma, es la que ayuda a definir lo que en la realidad se ha suscitado. En este sentido la Sala Segunda (V. gr. sentencia no. 275-2001), bajo las recomendaciones que ha emitido la OIT, en su informe IV del año 1995, acerca del tema de la subcontratación, ha emitido a nivel general una serie de situaciones que concatenadas, podrían significar que se está ante una relación laboral pura y simple, como por ejemplo: el hecho que se establezca un horario de trabajo y de descanso; la regularidad y continuidad en el desempeño de la labor; la imposición de sanciones; el deber de usar un logo determinado, etc. De manera particular la misma Sala, como órgano máximo y especializado en materia laboral, ha discernido, indicando en su resolución no. 316-93, varias características propias del gremio taxista, que han permitido otorgarle naturaleza laboral a determinada relación, cuando confluyan previo análisis de cada escenario en particular, bajo una ponderación judicial y un debido proceso, situaciones tales como laborar por turnos; la cancelación de sumas diarias; no rendición por parte del dueño del vehículo de las utilidades totales; el deber de entregar el automotor lavado y con combustible por parte del conductor; utilización del vehículo dentro de un rango de horario y territorio, previamente establecido por el dueño, entre otros más. Hasta aquí, esta somera consideración, sin perjuicio, como se refirió de un posterior trabajo, sobre este tópico que bien podría interesar a un grupo de trabajadores, que desempeñan diariamente dicha labor.

que ver por la seguridad de los pasajeros y la propia, también tiene que cuidar del autobús, como herramienta de trabajo, además de no infringir una serie de disposiciones de tránsito, etc. Es que definitivamente -como se desprendió en un estudio que se hizo ya hace algunos años- la ocupación más estresante; no es ser el jefe de una gran empresa, el entrenador de fútbol o el de gobernante, sino más bien: el de ser un conductor de autobús, el que siempre está allí, para hacer posible que se cumpla con los objetivos, diarios, de todo un país, desde todos los ámbitos de su existencia.

Con el fin de aclarar sobre diversos temas laborales, atinentes a la ocupación del sector servicio de los choferes de bus, es que se confecciona el presente estudio, el cual tiene como objetivo unificar diversos temas sobre dicho gremio, con el fin de facilitar la comprensión de su tratamiento práctico y teórico, dentro del ámbito de las relaciones de empleo. Para lo cual se ha hecho uso de diversos criterios jurisprudenciales (Sala Constitucional y Sala Segunda, ambas de la Corte Suprema de Justicia), doctrinarios, así como lo externado por parte de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Además se ha investigado el proyecto de ley no. 18.416, presentado a la sazón por el Diputado del Frente Amplio, Lic. José María Villalta, el cual adiciona un inciso a la ley que regula el transporte remunerado de personas en vehículos automotores de 1965 y otros.

Destacando entre los temas a tratar, lo relativo al salario como derecho fundamental y su relación con los rebajos que se les hace en muchas ocasiones, a los choferes de autobús, al existir faltantes de dinero a la hora de entregar cuentas a su patrono. Sin obviar los temas tales como el de las jornadas, salud ocupacional y lo correspondiente al desempeño propio de la labor de chofer, como lo correspondiente a las multas de tránsito y sus faltas dentro de las relaciones

laborales, como consecuencia del consumo de drogas, lo cual ha sido noticia en el país en muchas ocasiones, ante el descubrimiento público que se le ha hecho a trabajadores de este gremio, los cuales con su comportamiento ponen no solo en riesgo su propia vida y los bienes de su patrono, sino la de sus pasajeros y del resto de la ciudadanía en general.

Pretendiendo que el presente, sirva de apoyo en la labor, tanto teórica como práctica, de los diversos sectores que por una u otra razón tienen que ver con la temática aquí tratada.

2. Perfil Salarial

Costa Rica, a través de su historia se ha caracterizado por sus atinadas decisiones y acciones dirigidas al bien común; apareciendo el Estado, ante los ojos del mundo, como el planificador de la vida nacional, el director en el proceso de desenvolvimiento y el ejecutor de una política global; teniendo como presupuesto el respeto a la libertad individual, al bienestar de la comunidad y al mantenimiento del orden social.

Dentro de estas acertadas políticas y específicamente en materia salarial, ya desde 1893, Monseñor Bernardo Augusto Thiel -influenciado por la Encíclica Rerum Novarum- en su Carta Pastoral, hablaba de la necesidad de contar con un justo salarial. Pudiéndose afirmar, como antecedentes legales – previo a la entrada en vigencia del Código de Trabajo del año 1943, leyes que venían a regular esta materia, así por ejemplo, se emitieron: a-) ley de Alquiler de Servicios Agrícolas, Domésticos e Industriales de 1902, b-) ley de Vales y Cupones, del año 1912, prohibió las chapas y medallas como sustitutos del dinero en el pago de salarios, c-) ley de Seguros de 1922, la que estableció como obligación patronal el garantizar una suma de dinero, para los sucesores legales, en caso de muerte, d-) ley no. 33 de 1928 creación de la Secretaria de



Trabajo y Previsión Social, cuyo fin era velar por el cumplimiento de las leyes laborales, e-) ley no. 14 de 1933 sobre salarios mínimos y control de egresos, f-) ley de Creación del Consejo Nacional de Salarios en 1949. Para finalmente venirse a estipular constitucionalmente el salario mínimo como un derecho, que le procura al trabajador y a su núcleo familiar, bienestar y existencia digna.²

El país, se ha decantando básicamente y de modo general, por tener dos ámbitos de fijaciones salariales, las que dicta el Consejo Nacional de Salarios, la cual ostenta una conformación tripartita (representantes sindicales, patronales y gobierno) y es el encargado de las determinaciones de los salarios mínimos, revisiones, interpretaciones, modificaciones y todo lo relativo a la materia salarial del sector privado (Carvajal Cambronero, 1994:p. 23). Por otro lado, existe una Comisión Negociadora de Salarios para el sector público, que se reúne cada semestre y define los incrementos salariales aplicables a los empleados de dicho sector, basado en la inflación acumulada (medida con la variación del Índice de Precios al Consumidor) del semestre inmediatamente anterior (Programa Visión... 2014: p. 16).

A nivel doctrinario, se pueden hallar diversos tipos salariales ³, entre los que se pueden mencionar: a) **Salario mínimo**: el que se fija cada semestre para el sector privado por parte del Consejo Nacional de Salarios; b) **Salario mínimo vital**: el que trata de proteger que el ingreso del trabajador sea suficiente, extendiendo su cobertura al de la familia del obrero; c) **Salario Bruto**: al que no se la ha realizado ningún tipo de rebajo, por ningún concepto (cargas tributarias, sociales, pensiones, préstamos, etc.); d) **Salario Neto**: al que se le hacen los rebajos correspondientes, antes mencionados (Carvajal, 1994: p.12); e) **Salario por pieza o a destajo**: se entiende como aquel que se paga por unidad y la suma es la base para calcular el salario a pagar dentro de la jornada laboral, la cual no puede ser inferior a la reglamentada; f) **Salario en especie**: lo que recibe el trabajador o su familia en alimentos, habitación, vestido y demás artículos, destinados a su consumo personal e inmediato y en las explotaciones agrícolas o ganaderas; considerándose también el terreno que ceda el patrono, para la siembra y recolección del fruto al trabajador; g) **Salario escolar**: el que se otorga tanto en el sector público como privado, como consecuencia de diversas situaciones conforme a las disposiciones legales vigentes, en el primer sector como parte de un pago diferido y en el segundo, como consecuencia de un ahorro personal del trabajador (Antecedentes del Salario...Briones, 2008: pp. 29-30).

2 Existe presentado ante la Asamblea Legislativa, el proyecto de ley no. 17.721, para reformar la ley y se entienda, el “salario mínimo”, como vital: es decir, en donde se le garantice al asalariado, el bienestar y existencia digna, de conformidad con lo ordenado por la Constitución Política; entendiéndose que debe permitirse la satisfacción de las necesidades normales, tanto de la persona asalariada como la de su familia dentro de un orden material, moral y cultural.

3 Salario es en general, la remuneración que el patrono debe pagar a su trabajador, en virtud de un contrato de trabajo, del cual dimana -en la realidad- un desempeño laboral.

Ahora bien, por perfiles salariales dentro del ámbito ocupacional, se debe entender aquel instrumento que se utiliza para clasificar un puesto de trabajo, conforme a las tareas y funciones que se desempeñen en el transcurso de la relación laboral. Así entre mayor grado de dificultad requiera un puesto, mayor debe ser la remuneración. Dentro del gremio que interesa el presente estudio, destacan las siguientes clasificaciones: a) **cobrador de bus**, categorizado como un trabajador no calificado

de servicios⁴, es decir, el que realiza tareas sencillas y rutinarias en las que predomina el esfuerzo físico y puede requerir de la utilización de herramientas y equipo manual, tales como cobrar el importe del pasaje durante el recorrido del autobús; en efectivo, tiquetes, tarjetas o cualquier otro método que utilice la empresa; abrir, cerrar y resguardar los compartimentos de carga, recibir y entregar encomiendas; asistir a los pasajeros en sus necesidades, colaborar con el chofer cuando surjan imprevistos en la ruta, esto de conformidad con la resolución del Consejo Nacional de Salarios, del año 2000, atinente a los perfiles ocupacionales para el sector privado; b) **chofer no cobrador**: categorizado como un trabajador calificado, cuyas tareas tienen un regular grado de dificultad mental o físico, requiera de conocimientos específicos sobre una determinada materia, ya sean estos adquiridos por estudios o por práctica, que hacen posible que el trabajador conozca bien su ocupación. Conduce vehículos de más de once pasajeros⁵, o autobuses, tanto en servicio público como en privado, sin cobrar el pasaje bajo ninguna modalidad; c) **chofer cobrador de bus**: categorizado como trabajador especializado, sea aquel que además de poseer conocimientos específicos, como el anterior; también ostenta generales sobre una determinada materia. Maneja autobuses de servicio público en los que cobra el pasaje a

los usuarios y les da el vuelto correspondiente, o recibe los comprobantes, tiquetes, o utiliza cualquiera otro sistema de cobro establecido por la empresa; d) **chofer de tráiler**: categorizado igual que el chofer cobrador, como trabajador especializado, para efectos salariales. Debiendo recibir documentos y tramitar el desalmacenaje de mercaderías, cotejando la mercadería contra póliza de desalmacenaje, calculando además los costos, impuestos y otros cargos y en general auxiliar al agente aduanal o de vapores.

Según se explicó al inicio, dependiendo de la categorización dentro de los perfiles, así va a hacer menor o mayor, la remuneración diaria conforme a los decretos salariales que se fijan para el sector privado, por parte del Consejo Nacional de Salarios, el cual se reúne cada seis meses en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, teniendo esta institución la secretaría técnica de dicho Consejo.

3. Sobre los rebajos al salario de los choferes, por faltantes

A nivel internacional el país al ratificar el Convenio No. 131 OIT, atinente a la fijación de salarios mínimos también se comprometió a establecer un sistema técnico cuya aplicación sea para todos los grupos de asalariados. Teniendo los mismos coercitividad, sin posibilidad de reducción y en caso de no quererse aplicar por parte de los interlocutores sociales, se verían expuestos a sanciones apropiadas de conformidad con la legislación de cada país. Es por ello que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que el salario forma parte de un derecho fundamental; es decir, de aquél que un individuo es titular, por el mero hecho de serlo. Entendiéndose a nivel doctrinario por salario, **“toda retribución, cualquiera que sea su forma e independiente de la fuente de que proceda...”** (De La Cueva, 1975: p. 297) y jurisprudencialmente la Sala

4 Se entiende por Servicios, las actividades de establecimientos y personas físicas y jurídicas destinadas a cuidar intereses o satisfacer necesidades personales, de los hogares, empresas, instituciones, organizaciones y público en general. Incluye actividades que pueden ser prestadas tanto por personas físicas como jurídicas, desde las más simples hasta las más complejas, técnicas o profesionales (Resolución Administrativa del Consejo Nacional de Salarios, no. 3 del año 2000).

5 Si es de menos de 11 pasajeros, se considera dentro del perfil de chofer de microbús, categorizándosele como trabajador semicalificado.



Segunda, lo ha definido, con sustento teórico, como **“la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por su trabajo y tiene su origen en la contraprestación que está a cargo del empresario en reciprocidad a la cesión del producto de su actividad por el trabajador”** (Voto no.0526-2007). De lo cual se deduce, que todo aquello que se haya pactado contractualmente, como contraprestación de servicios y que satisfaga tanto su existencia como empleado, como la de su familia, corresponde a salario.

Perteneciendo al ser humano, sin distinción alguna, constituyendo dentro de su esfera, una garantía de respeto y promoción de la persona humana, para lo cual se le ha brindado un sin número de garantías para llevar a cabo su reclamación cuando le sea vulnerado, tanto en la sede administrativa como judicial. Por lo que, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), vino a estipular en su artículo 23, el derecho de toda persona, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Con una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia digna, debiendo ser completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Es en este sentido, que se ha protegido tal derecho, por el máximo órgano constitucional (V.gr, sentencias nos. 7064, 7071 y 7076, ambos del año 2014).

Discernido lo anterior y ante la interrogante de que el patrono pueda hacer una deducción salarial, como consecuencia de los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ha referido que los mismos, son ilegítimos o ilegales:

Sobre el particular, es procedente referir que de conformidad con lo enunciado por la Sala Segunda de la Corte Suprema

de Justicia, en sus resoluciones números 2001-00743, de las diez horas con veinte minutos del doce de diciembre del año dos mil uno; 2006-00868, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del doce de setiembre del dos mil seis; y 2011-000387, de las once horas del cuatro de mayo de dos mil once; las deducciones del salario derivado de los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, resulta una práctica ilegal, por lo tanto, no podríamos considerar como medio idóneo para recuperar los dineros faltantes del cobro del pasaje de autobús, el proceder con las deducciones de dichas sumas del salario de los trabajadores (DAJ-AE-060-12).

Lo cual no obsta para que en caso de que se detecte una falta por parte del chofer, no se le pueda sancionar (mediante una llamada de atención verbal hasta con un despido sin responsabilidad patronal); eso sí, mediando un debido proceso en donde se le asegure el derecho de defensa y los demás principios inherentes al mismo (para lo cual se puede consultar el voto # 15-90 de la Sala Constitucional), indicándose que en estos casos a quien le asiste la carga de la prueba, respecto de la demostración de las supuestas faltas en las que habría incurrido el chofer, pesan sobre la persona empleadora. En este sentido, el pronunciamiento ministerial en mención, se dio a la tarea de evacuar puntualmente, algunas interrogantes sobre el tema, que de seguido se pasan a transcribir, en lo que interesa:

I.¿Cual sanción debe aplicarse al trabajador que sustrae dichas sumas de dinero injustificadamente?

De conformidad con lo indicado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución número 2001-00743, de las diez horas con veinte

minutos, del día doce de diciembre del año dos mil uno; los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, producidos por supuestas “sustracciones”, pueden clasificarse como una actuación dolosa o culposa, y pueden resultar en una causa justa y grave para proceder con una sanción disciplinaria o un despido sin responsabilidad patronal; pero para ello debe de haberse instaurado de previo, un proceso disciplinario, en el que se le garantice además del derecho de defensa a la parte acusada, todos los principios de un debido proceso, dado que solo así, sería como la empresa podría constatar si efectivamente el chofer fue quien procedió con la sustracción del dinero y proceder con la aplicación de una sanción, la cual si fuere el despido sin responsabilidad patronal, al igual que en cualquier otro tipo de despido, le da derecho al trabajador a rebatir en vía judicial la validez del despido. Aunado a ello, se debe indicar que en estos casos a quien le asiste la carga de la prueba, respecto de la demostración de las supuestas faltas en las que habría incurrido el chofer, pesan sobre la persona empleadora.

Por su parte, resulta de importancia considerar que en muchas ocasiones las diferencias entre lo que reportan las barras electrónicas contadoras de pasajeros, y los dineros que reportan los choferes por concepto de la tarifa del pasaje de bus, radican propiamente en aspectos ajenos al conductor del autobús, al ser que por la falta de educación al usuario en cuanto al uso y funcionamiento de las barras electrónicas contadoras, los usuarios del servicio de autobús, incurren en actos que al final conllevan

a generar un margen de error en cuanto a lo que registró la barra electrónica contadora y lo que reportó el chofer por concepto del pago del pasaje.

Ejemplos de ello, son los casos en donde una madre o un padre sube al autobús con un menor de edad en brazos con la finalidad de solo pagar un pasaje de autobús, y al momento de ingresar se marca en la barra como un solo pasajero, pero al momento de bajar del bus, se marcan dos pasajeros por el hecho de que el niño (a), bajó caminando y no en brazos; además de este ejemplo, se sabe que otros típicos errores en que incurren los usuarios del servicio de autobús, son el quedarse de pie en medio de las barras marcadoras mientras buscan el menudo para pagar el pasaje, o de igual manera cuando se encuentran esperando en la puerta de salida que el autobús se detenga en la parada correspondiente; así como cuando un pasajero una vez que ha ingresado, requiere salir del autobús por haber olvidado alguna cosa o por alguna necesidad y posteriormente vuelve a ingresar, lo cual genera una afectación en cuanto a la cantidad de marcas que verdaderamente se produjeron entre la entrada o salida de pasajeros del autobús y el dinero reportado por el conductor.

Asimismo, otra particularidad que puede ocasionar una diferencia entre lo reportado por las barras electrónicas y lo que reporta el chofer del bus por concepto del pago del pasaje, es el caso de los adultos mayores quienes dependiendo de la distancia a la que viajen se les cobrará o no el tiquete.

Atendiendo a lo anterior, es que resulta procedente que de previo a aplicar



una sanción disciplinaria o acudir al despido, se realice un debido proceso, en donde se ventilen todas las causales por las cuales se pudo haber incurrido en reportar menos dinero por concepto del pasaje de bus y lo que marcan las barras electrónicas como ingreso y salida de pasajeros del autobús.

II. ¿Puede el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a sus potestades otorgadas por Ley, certificar que las barras electrónicas que se utilizan para el conteo de pasajeros en los autobuses, se encuentran en buen estado y cumplen con el fin para el cual fueron creadas?

De conformidad con nuestra Ley Orgánica, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no encuentra atribuido dentro de sus competencias certificar las barras electrónicas que utilizan los buses para el conteo de pasajeros; como mecanismo para garantizar que dicho instrumento es fiable en cuanto a la cantidad de marcas que hace por pasajero.

A pesar de ello, debemos indicar que algún tiempo atrás, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, solicitaba una certificación al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con la finalidad de garantizar que las empresas acreedoras de una licitación para el transporte público en su modalidad de autobús, cumplieran con las disposiciones del ordenamiento jurídico laboral; pero debido al gran volumen de trabajo que provocaba el emitir dicha certificación, se consideró remplazar la certificación emitida por el Ministerio por una declaración jurada, en la cual se indicara

entre otras cosas que la empresa de transporte público, se encontraba al día en cuanto a las cuotas a reportar ante la Caja Costarricense de Seguro Social, así como que cumplía con las disposiciones del Consejo de Saludo Ocupacional, en cuanto a seguridad en el empleo.

III. O bien, ¿Cuál es el ente público que debe realizar dichas certificaciones a efectos de poder contar con un instrumento idóneo que permita rebatir los argumentos del trabajador, en este caso el chofer de autobús?

Según lo constatado durante el análisis de la presente consulta, las entidades que encuentran injerencia en cuanto a lo que concierne con el transporte público remunerado de personas en su modalidad autobús y en lo que respecta al sistema tarifario utilizado en dicho servicio, son el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través del Consejo de Transporte Público, y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a través de la Dirección de Transportes.

Entonces en dicho sentido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido en voto no. 000387-2011, en referencia y en lo que interesa al tema, mediante redacción de su presidente, Magistrado Orlando Aguirre, lo siguiente:

El que se achaque a un trabajador, la sustracción de parte del dinero que tiene bajo su custodia, es un hecho grave, que bien amerita una posible sanción disciplinaria y que, incluso puede dar lugar a un despido; mas, no es admisible, en tal caso, la práctica ilegal de rebajarle su salario (...). En ese caso particular,

las rebajas se hacían previa firma de un vale, por parte del trabajador (...). El actor fue despedido el 17 de junio de 2005 por haberse apersonado al periódico Diario la Extra y haber presuntamente manifestado según la accionada de manera falsa que, cuando era objeto de un robo el patrono le rebaja lo sustraído más un treinta por ciento de intereses del salario. No obstante, la misma empresa reconoce que rebajaba del salario del actor, los dineros faltantes en la recaudación diaria y el robado a éste por terceros cuando era víctima de un asalto. Este proceder ilegal no fue una decisión administrativa reciente con respecto a la fecha del despido del actor, sino que era un procedimiento de vieja data. (...) Tal y como se expresó en ese antecedente, es evidente que la parte patronal incurrió en serios abusos en perjuicio de sus trabajadores –incluido el accionante– al proceder ilegalmente a rebajar de sus salarios las diferencias que se presentaran en el monto del dinero recaudado por día según las marcas en el sistema de barras instalado en el autobús que conducía, así como, cuando era víctima de un asalto.

Por su parte el hecho de que se pretenda amparar legalmente dichos rebajos, en lo estipulado en los artículos 36 y 173 del Código de Trabajo, la Sala Segunda, ha considerado que no es procedente, por las siguientes razones:

Para el caso, interesa relacionar lo anterior con el numeral 36, el cual dispone que las deudas que el trabajador contraiga con el patrono o con sus asociados, familiares o dependientes, durante la vigencia del contrato o con anterioridad a la celebración de éste, sólo serán compensables o amortizables,

según el caso, en la proporción en que sean embargables los salarios. Con fundamento en dicha disposición, es posible sostener que, la posible deuda surgida (...), en el caso concreto podría compensarse con los salarios a liquidar en el porcentaje en que éstos pueden ser embargados.

No obstante, el artículo 806 del Código Civil, aplicable a esta materia según lo expresado en el artículo 15 del Código de Trabajo, establece los requisitos para que pueda operar una compensación, en los siguientes términos: “Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y que por su propio derecho, siempre que ambas deudas sean líquidas y exigibles, y de cantidades de dinero o de cosas fungibles de la misma especie y calidad (Voto no.00938-2000).

Ahora bien, el párrafo segundo del numeral 173 del Código de Trabajo, dispone: “Las deudas que el trabajador contraiga con el patrono por concepto de anticipos o por pagos hechos en exceso se amortizarán durante la vigencia del contrato en un mínimo de cuatro períodos de pago y no devengarán intereses. Es entendido que al terminar el contrato el patrono podrá hacer la liquidación definitiva que proceda.”. Del anterior párrafo resulta claro que, las deudas a las que hace referencia la norma son aquéllas que provienen de anticipos o de pagos hechos en exceso y no por otro concepto, como es el caso presente, derivado de los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, que le atribuye la empleadora al actor (Voto no.00448-2002).



De lo anterior, se infiere que no puede el patrono convertir los faltantes en “deudas laborales”, deducibles del salario del trabajador, interpretando que tales faltantes pueden equipararse a lo dispuesto por los artículos 36 (deudas) ⁶ y 173 (anticipos o excesos) ⁷, ambos del Código de Trabajo, pues por un lado no puede pensarse en una compensación por cuanto al haber faltantes, no puede deducirse que se hayan acordado entre partes deudas líquidas y exigibles, incluso de la misma especie y cantidad necesariamente y por otro, el presupuesto fáctico que ocurre ante un faltante, no proviene en la realidad de un anticipo o dinero en exceso, dado por el mismo patrono.

Puntualmente se concluye entonces, con base en el pronunciamiento ministerial comentado, en primera instancia que es a la parte patronal a la que le corresponde encontrar **“sus propios mecanismos de administración y fiscalización, para garantizarse además de una buena administración en el uso de los recursos recaudados por concepto de la tarifa del pasaje de autobús, la correcta funcionalidad y**

operación de la empresa de transporte público remunerado de personas en su modalidad de autobús”.

Por otra parte, las deducciones que pudiere realizar un patrono del salario derivado de los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, contravienen el ámbito legal; los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús, por posibles “**sustracciones**”, pueden clasificarse como una actuación dolosa o culposa ⁸, y puede resultar en una causa justa y grave para proceder con una sanción disciplinaria o un despido sin responsabilidad patronal, previo debido proceso en donde haya demostración de la falta y defensa por parte del endilgado ⁹; asimismo las deudas a las que hace referencia el párrafo segundo del artículo 173 del Código de Trabajo, son las que provienen de los anticipos o pagos hechos en exceso y no por otro concepto; de allí que el patrono no pueda utilizar dichas figuras, para aplicarlas a los faltantes de dinero producto del cobro del pasaje de autobús y por último para que opere el presupuesto del artículo 36 del Código de Trabajo, debe darse la compensación, que de conformidad con el

6 ARTÍCULO 36.- Salvo lo dicho en el artículo 173, las deudas que el trabajador contraiga con el patrono o con sus asociados, familiares o dependientes, durante la vigencia del contrato o con anterioridad a la celebración de éste, sólo serán compensables o amortizables, según el caso, en la proporción en que sean embargables los respectivos salarios.

7 ARTÍCULO 173.- El anticipo que haga el Patrono al trabajador para inducirlo a aceptar el empleo se limitará, respecto a su cuantía, a una cuarta parte del salario mensual convenido; cuando exceda del límite fijado será legalmente incobrable y no podrá ser recuperado posteriormente compensándolo con las cantidades que se adeuden al trabajador. Las deudas que el trabajador contraiga con el Patrono por concepto de anticipos o por pagos hechos en exceso se amortizarán durante la vigencia del contrato en un minimum de cuatro períodos de pago y no devengarán intereses. Es entendido que al terminar el contrato el Patrono podrá hacer la liquidación definitiva que proceda.

8 El decreto no. 27298-MTSS, el cual será tratado posteriormente, regula como prohibición puntual de los chóferes, dentro del artículo 8, inciso c) **“cualquier tipo de práctica que burle los controles contables de la empresa”.**

9 De conformidad con los votos constitucionales 15-90 y 1739-92, las fases del debido proceso se pueden resumir de la siguiente manera: a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Facilitarle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria.

artículo 806 del Código Civil, debe mediar reciprocidad entre los acreedores y deudores, así como la equivalencia de encontrarse las deudas líquidas y exigibles.

No acatar lo anterior, conlleva, un incumplimiento contractual por parte del patrono, con el reintegro correspondiente por rebajo¹⁰ y en una infracción a las leyes laborales, conforme al procedimiento del Código de Trabajo, estipulado en los artículos 564 y siguientes y concordado para efectos sancionadores en el artículo 614 del mismo cuerpo legal.

Actualmente existe presentado el proyecto de ley no. 18.416, el cual pretende incluir un inciso a la ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, con el fin de imponerle al empresario de transporte remunerado de personas, la obligación de **“ Respetar los derechos laborales de los conductores que laboran bajo su cargo. En particular, se les prohíbe rebajar automáticamente los salarios de dichos trabajadores, mediante la imputación de las marcas realizadas en barras electrónicas u otros mecanismos dispuestos para controlar el ingreso de pasajeros, sin la realización de un debido proceso en el que se demuestre la responsabilidad del conductor en**

¹⁰ En este sentido el voto no. 1498 del año 2010, de la Sala II, ha avalado la condena a la devolución dentro de la vía ordinaria laboral, de lo retenido o deducido unilateralmente: “Se tuvo debidamente acreditado que la sociedad patronal rebajaba del salario de sus empleados las divergencias que surgían entre el monto diario reportado por ellos y la cantidad de pasajeros contabilizados por los sistemas de monitoreo, justificándose en que se trataban de “adelantos de salario”. Considera esta Sala que fue acertada la condena de restituir los montos retenidos, toda vez que en la práctica, los dineros que la demandada restaba de la remuneración del actor, nunca se trataron de verdaderos adelantos de salario (artículo 173 del Código de Trabajo), sino más bien de deducciones unilaterales practicadas para compensar las presuntas discrepancias antes dichas”.

la comisión de una falta laboral”. Lo anterior como un freno a las medidas patronales, de estar haciendo restaños sin debido proceso, lo cual en la práctica, se considera, también afecta los derechos de las personas usuarias del servicio de transporte público. Por cuanto, el rebajo automático de salarios genera gran presión sobre los conductores, quienes por circunstancias que suelen estar fuera de su control, se ven amenazados de sufrir pérdidas en sus ingresos. Situación que a menudo -según la exposición de motivos del proyecto- degenera en reclamos y malos tratos a los usuarios, especialmente a los más vulnerables, como lo son las personas adultas mayores.

Finalmente es oportuno dentro de este aparte, recordar que el salario, es un elemento importante propio de la constitución de una relación laboral, conforme al artículo 18 del Código de Trabajo, de allí que un patrono no pueda pretender, eximirse de esta responsabilidad, aduciendo que él, no es el que paga directamente, sino un tercero. En referencia a esto, la Sala Segunda, se ha pronunciado, en el caso de un cobrador que fue supuestamente contratado por el propio chofer de bus, sin permiso de la empresa. En este sentido, resolvió, lo siguiente:

Existe relación laboral con la empresa autobusera pues la misma estaba enterada de la situación y se beneficiaba de los servicios que él brindaba. Se trataba de una necesidad permanente, se le pagaba con dinero que debía justificarse y dormía en las cabinas propiedad de la accionada (voto no. 082-2013).

Correspondiéndole -según voto no. 188-13 de la citada sala- al demandado desvirtuar la naturaleza laboral de la relación o cualquier otra circunstancia que excluya el vínculo, de conformidad con la jurisprudencia patria.



4. Sobre las jornadas de trabajo

El tema de las jornadas hace recordar dos hechos históricos relevantes para el derecho social, por un lado, la lucha que dieron un grupo de mujeres, en donde trágicamente murieron quemadas por reclamar sus derechos laborales (hecho que conllevó en 1910, durante el Congreso de Mujeres celebrado en Copenhague, a que se decretara el 8 de marzo, como día internacional de las mujeres a nivel mundial); así como la lucha de los mártires de Chicago en 1886, en los Estados Unidos de Norteamérica, de lo cual cinco dirigentes sindicalizados -de los siete arrestados- fueron ahorcados y cinco años más tarde resultaron exonerados, todo como consecuencia de luchar por las jornadas justas para la clase trabajadora, dentro de la colectividad social de la época.

Lo anterior, ocasionó que posteriormente se diera el reconocimiento de las jornadas máximas junto con los descansos respectivos, por parte de la Organización Internacional del Trabajo, de allí que su convenio primero estuviese destinado a dicho tópico. En el ámbito nacional de conformidad con el artículo constitucional número 58, la jornada ordinaria de trabajo diurna, no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas a la semana. Salvo las excepciones de ley, que se encuentran dentro de la legislación laboral. Suele suceder que en algunos contratos de trabajo, se pactan jornadas disminuidas en estos casos se debe entender que prevalece la voluntad de lo pactado, siendo ley entre partes. Así el trabajo que se ejecute fuera de los límites fijados, viene a constituir jornada extraordinaria. Es por lo anterior, que si un trabajador labora ordinariamente por día seis horas (jornada disminuida), el resto que trabaje se deberá computar como horas extraordinarias (Pronunciamiento del Ministerio de Trabajo, DAJ-AE-611-2006).

Algo que comúnmente se confunde es la jornada con el horario, lo cual es relevante tener claro su diferencia para efectos del Ius Variandi (variación contractual) a que tiene derecho el patrono de aplicar dentro de una relación laboral. La Jornada, se podría decir, que es la duración diaria o semanal de trabajo, expresada en su total de horas; a contrario sensu, el horario viene a ser un orden de las horas en que han de efectuarse determinados actos, o que fija la duración máxima de los mismos, señalando la hora de iniciación y la de término, con la interrupción o descanso que procede.

Consulta común, en referencia a las jornadas, es si, es obligación de la parte patronal pagar el tiempo, que ha servido –más allá de su jornada ordinaria e incluso extraordinaria- un trabajador, al prestar los auxilios necesarios, en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono, o de algún compañero de trabajo, estén en peligro: al respecto, se debe indicar que en toda prestación, deben existir los principios de lealtad y buena fe, en donde por cuestiones humanitarias, es necesario dar auxilio al que lo requiera, bajo pena incluso de incurrir en caso de omisión, en delito. De allí y sosteniendo dicha tesis, en doctrina -a la anterior situación- se le conoce como “Jornada Emergente”; es decir, aquella que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están laborando, en este caso, la misma bajo los anteriores presupuestos, no daría derecho a remuneración adicional (artículo 71 inc. e).

Por otro lado, el hecho de que la parte patronal confunda o no delimite su poder de dirección a los preceptos legales establecidos para la jornada extra voluntaria, se considera como violación a la ley, lo cual lo hace incurrir en infracción laboral. Al respecto y bajo el análisis de lo preceptuado por el artículo 58 de la Constitución Política y lo conferido por los legisladores en

el año 1943, específicamente en sus artículos 136 a 142 del Código de Trabajo, es que no es dable que los empleadores puedan ocupar a sus empleados después de la jornada ordinaria, sin la anuencia de éstos. No olvidando que a su vez los trabajadores no se podrían negar, por el simple hecho de negarse, sino que debe existir una justificante, dentro de la armonía obrero patronal. Amén, la jornada extraordinaria, como su mismo término lo dice, es algo extra y no continua dentro de la cotidianeidad, sino algo que debería darse por necesidad no prevista dentro del rubro de la relación ordinaria. Por lo que no sería aconsejable una constante de este tipo de jornada, pues ello obedece a una protección para el trabajador, tanto física como mental, pues después de una jornada ordinaria, lo normal es que la persona se sienta agotada y por esa razón tiene derecho a descansar hasta el inicio de la jornada del día siguiente. No se aconseja al patrono que acuda permanentemente al mismo trabajador, por cuanto está comprobado que el rendimiento del empleado disminuye y podría causarse -a raíz de lo anterior- un accidente de tipo laboral, con las consecuencias del caso y una responsabilidad, de la llamada por la jurisprudencia patria: “**jornada extraordinaria impuesta**”.

A nivel nacional, constitucionalmente están regladas las jornadas máximas ordinarias, con un desarrollo particular dentro del Código de Trabajo, estipulándose que lo que sobrepase de lo pactado convencionalmente (dentro de los límites permitidos) o legalmente (6,7,8,10 y 12 horas diarias, dentro de las excepcionalidades y sin que sobrepase de 48 horas semanales), constituye jornada extraordinaria. La cual debe pagarse con un 50% de más, de lo estipulado para la hora ordinaria. En estos casos, le corresponde al trabajador, en caso de conflicto, demostrar que laboró fuera de los límites anteriores, bajo el principio que quien afirma algo, debe demostrarlo (onus probandi), siendo que el trabajador ostenta la carga probatoria, de allí la importancia de

hacerse con la misma oportunamente, ya que -como lo ha referido la Sala Segunda- la jornada extraordinaria no constituye algo natural, sino que está prevista como una cuestión excepcional en el desarrollo normal de una relación laboral (voto no.563-2002).

No obstante esto, la misma sala de lo laboral, mediante resolución 1194 del año 2013, vino a considerar que cuando el patrono o la empresa por los requerimientos de su giro, mantenga una jornada mayor a la ordinaria, “**de forma habitual**” o “**impuesta obligatoriamente**”, le corresponderá -en estos casos- al empleador desvirtuar la jornada que el trabajador afirma cumplía como extra.

Para mayor abundamiento y en explicación del tema, la Sala mencionada, ha referido lo siguiente en su voto no. 661 del año 2011:

La regla es que toda persona trabajadora está sujeta a una jornada máxima de ocho horas en el día, seis horas en la noche y siete en jornada mixta (artículo 58 constitucional en relación con los numerales 136 y 138 del Código de Trabajo). Existen excepciones a los límites de la jornada ordinaria. Así, el indicado 136 dispone la posibilidad de fijar una jornada diurna de hasta diez horas; y, mixta, hasta de ocho, siempre que el trabajo semanal no exceda de aquellas cuarenta y ocho horas máximas, cuando se trate de trabajos que no sean insalubres o peligrosos. (...) Ha sido un criterio reiterado que la parte demandada tiene la carga procesal de demostrar las regulaciones básicas o normales de la contratación, por ser quien tiene mayores posibilidades de hacerlo. Mientras que, cuestiones invocadas por el trabajador como excepcionales, tal es el caso de las labores en jornada extraordinaria, es



a éste a quien le corresponde acreditar su dicho en ese sentido. No obstante, la jurisprudencia ha explicado que, dicha regla se aplica únicamente cuando dicha jornada se invoca como excepcional dentro de la relación de trabajo, pero no como en el caso sometido a estudio, en el que el actor ha alegado que se le impuso como la normal jornada que debe laborarse, supuesto este último en el que la demandada tendría la carga procesal de probar el hecho que le interesa.

Lo anterior es entendible, bajo el principio de redistribución de la carga probatoria, en donde se equilibra la desigualdad existente entre patrono y trabajador, merced a la habitualidad u obligatoriedad patronal. Sabido lo anterior, es importante que las partes dentro de una relación laboral, tomen las medidas del caso, sobre la temática, con lo cual se estarían evitando en el futuro, sorpresas procesales, adversas a sus intereses, dentro del ámbito fáctico laboral.

Específicamente en cuanto a los choferes de autobús, la Sala Segunda, ha considerado que éstos se encuentran fuera de las jornadas reguladas por los artículos 136 y 138 del Código de Trabajo¹¹, para pasar a estar comprendidos

11 ARTÍCULO 136.- La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana. Sin embargo, en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas. Las partes podrán contratar libremente las horas destinadas a descanso y comidas, atendiendo a la naturaleza del trabajo y a las disposiciones legales.

ARTÍCULO 138.- Salvo lo dicho en el artículo 136, la jornada mixta en ningún caso excederá de siete horas, pero se calificará de nocturna cuando se trabajen tres horas y media o más entre las diecinueve y las cinco horas.

-más bien- dentro de lo preceptuado por el artículo 143 del Código de Trabajo¹², en este sentido el voto no. 295-10, ha sostenido:

Esta Sala ha señalado reiteradamente que las jornadas de los choferes de autobús, salvo situaciones especiales, son jornadas que se encuentran fuera de los límites de la jornada de trabajo regulados en el numeral 136 y 138 del Código de Trabajo, por tratarse de trabajos prestados de manera discontinua durante la jornada y sin supervisión superior inmediata, por lo que estarían dentro de lo previsto en el ordinal 143 de dicho Código y, consecuentemente, sometidos a una jornada de doce horas diarias de trabajo

12 “ARTÍCULO 143.- Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media” (Subrayado no es del original).

A su vez y bajo el anterior presupuesto, ha deslindado entre lo que es una jornada continua y una con carácter inverso, sea discontinua y sin posibilidad de jornada extraordinaria, salvo que la realidad del caso, demuestre que misma ha sido permanente e impuesta por el patrono¹³. En este sentido, el voto de la Sala Segunda, no. 295-10, ha sostenido:

Una labor discontinua se caracteriza por períodos de inactividad, derivados de la peculiar naturaleza de la prestación, ya que la misma se realiza a intervalos, vale decir, con suspensiones o interrupciones -principalmente, al acabarse una labor determinada y comenzar la siguiente-; en que el trabajador permanece, en su trabajo, a la espera de realizar la siguiente labor. La atención y la actividad otorgan la característica de intermitencia lo cual significa que se presenta una interrupción de las labores por espacios relativamente largos de tiempo, sin que deba prestarse ninguna atención durante ellos; cual sucede, como se mencionó, con los choferes de buses, particularmente cuando se dan intervalos entre “carrera” y “carrera”.

En estos casos, no hay una constante, como sucede en la mayoría de los trabajos, en donde existe una jornada ininterrumpida, solo con los intervalos necesarios legales o pactados -previamente por las partes- en torno a los descansos.

13 Una excepción que ha tratado la jurisprudencia patria, es lo indicado por los votos nos. 383 del año 2007 y 751 del año 2009, los cuales han indicado, que cuando se cobran horas extras en virtud de haberse laborado, en forma permanente o impuesta, una jornada superior a la ordinaria, debe el empleador, si quiere eximirse de su pago, acreditar que el trabajador no laboraba la jornada que afirma, sino otra.

Sigue manifestando el voto en comentario:

Es decir, la naturaleza del trabajo no exige un esfuerzo, atención o dedicación constante o perenne. A diferencia de los casos en que el trabajador se desempeña, durante su jornada, de manera ininterrumpida y constante. De ahí que se califiquen como discontinuas las labores cumplidas por los choferes del transporte público de personas, especialmente cuando las “carreras” o rutas a recorrer, durante el día, no son continuas, vale decir, corridas, sino que, por el contrario, se suceden unas a otras con intervalos, vale decir, con cortes, particularmente por el tipo de horarios de salida establecidos oficialmente; por lo que cada vez que se termina una “carrera” o recorrido, deben permanecer en espera de la siguiente salida. Téngase en cuenta, además, que en la mayoría de los casos, los choferes laboran sin fiscalización superior inmediata, debido a que, cuando se les encomienda algún servicio de transporte generalmente ningún superior inmediato viaja con ellos para verificar la labor que realizan (...)A mayor abundamiento, cabe señalar que las jornadas discontinuas son más propias de las rutas de transporte remunerado de personas que sirven distancias medias o largas (en nuestro país, por ejemplo, algunas interprovinciales, ciertas intercantonales y las rurales, en las que, terminada la carrera del punto de origen al punto final, se dan periodos en que el chofer no tiene mayor actividad, hasta que se da el regreso hacia el punto de origen, en algunos casos, varias horas después).

Por su parte la Sala, dentro del mismo, hace referencia a las rutas urbanas en contraposición



a las interprovinciales, sosteniendo lo siguiente:

Distinto es el caso de las rutas propiamente urbanas -en las que se incluyen algunas interprovinciales e intercantonales-, especialmente las que sirven lugares con alta densidad de población, en que los horarios entre un punto y otro, son prácticamente continuos (el chofer llega con el autobús descarga y carga pasajeros y sale de regreso, continuando con el rol asignado); de igual manera -con mayor razón- debe de considerarse dentro de estas, los casos de rutas en que, sirviendo puntos de mucha demanda del servicio, este se da de manera permanente, al ser rutas con recorridos a lo interno de la ciudad, como es el caso de la ciudad capital, en los que no puede identificarse un punto de inicio o terminación de la carrera, esto en razón del recorrido que se ha establecido a la ruta, y cuyo fin es que los usuarios del servicio puedan dirigirse de un punto a otro a lo interno de la ciudad.

Desde luego, se sostiene que cada caso es particular, de allí que deba ser analizado bajo las circunstancias en que se prestan los servicios por parte del trabajador y la ruta en que este trabaja particularmente horarios e itinerario de servicio.

Entonces la Sala Segunda, ha considerado -en referencia a los choferes de bus- que cuando no medie fiscalización de por medio y haya una jornada discontinua, se está ante lo preceptuado por el artículo 143 del Código de Trabajo, cuya jornada ordinaria corresponde hasta 12 horas de trabajo y sin que se pueda legalmente optar por jornada extraordinaria:

Es indubitable que los actores como “choferes” del Instituto demandado, cumplían una jornada de trabajo

discontinua pues así se desprende de las pruebas aportadas al proceso y siendo ello así, su situación está comprendida dentro del artículo 143 del Código de Trabajo y por consiguiente, carecen de derecho para el pago de las horas extras que reclaman en este juicio, toda vez que el texto legal citado estipula que quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo, entre otros, los trabajadores que desempeñen funciones discontinuas y en consecuencia, resultan procedentes las excepciones de falta de derecho y sine actione agit opuestas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como bien lo resolvieron tanto el fallo de primera instancia como el de segunda, en los que se dan abundantes razones para resolver en la forma como se hace, por lo que es innecesario repetir conceptos, ya que esta Sala se muestra en un todo de acuerdo con los mismos (Voto Sala Segunda, no. 260-86).

Entendiéndose que dentro de la anterior jornada, debe mediar como mínimo hora y medio de descanso para el trabajador, con base en las disposiciones legales mencionadas.

5. Faltas de tránsito

Definitivamente el país ha tenido que tomar cartas en el asunto de tránsito, por lo que en menos de una década ha tenido que emitir dos leyes (nos. 8696 como reforma parcial de la de 1993 y la no. 9078 vigente actualmente) y sus reglamentos, todo como consecuencia del desorden vial y de la desactualización de las sanciones, al que se enfrenta el conductor; problema que según la Organización Mundial de la Salud, viene a constituirse, en la tercera causa de mortalidad dentro del globo terráqueo. De allí la importancia de reducir el número de infracciones cometidas en las vías públicas, mediante una legislación acorde con la realidad e infraestructura de la nación, con el fin de mejorar las condiciones de seguridad vial, dentro de una concepción pro vida, conforme al artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica.

Dentro de las regulaciones legales que han venido rigiendo en esta materia, se han cuestionado algunos de sus presupuestos, entre los que destacan los atinentes a las infracciones por: a) la utilización -por parte de los conductores que laboren para un patrono- de vehículos que no cuentan con la revisión técnica al día; b) los choferes que se estacionan en lugares no autorizados -aún provisionalmente- obstruyendo el paso vehicular o peatonal. Conductas que provocan sancionabilidad, conforme a la legislación vigente, no solo dentro del plano de tránsito, sino incluso del laboral.

El primer presupuesto, fue resuelto por la Sala Constitucional (votos nos. 03741 y 04612, ambos del año 2013) en el sentido de que si bien, las condiciones técnicas de funcionamiento y seguridad de los vehículos, son de interés público, no podría descontarse puntos al infractor, cuando se tratare de un trabajador/conductor y este no fuere el dueño registral

del automotor. Por cuanto pensar lo contrario, sería castigar -en una clara desventaja- a un subordinado dentro de una relación laboral, en la cual no tiene la potestad de mando o dirección, como para redimir la omisión. En igual sentido, se podría pensar que con la ley en vigencia, no sería procedente este *ius puniendi*, por cuanto se le estaría sancionando, por una omisión ajena a su voluntad y además limitándosele el ejercicio de su oficio.

En cuanto al segundo presupuesto, en principio es responsabilidad del trabajador y no del patrono, salvo el caso de los trabajadores que transportan y custodian valores¹⁴, cuestionándose si un mal estacionamiento de su parte, es solo atribuible a ellos o si por el contrario, lo es como consecuencia de la actividad propia que desempeñan y de la cual el patrono -también- debería ser partícipe. En este caso, mediante voto constitucional no. 03835-2014, se refirió que transportar valores conlleva riesgos inherentes a la actividad, por lo que sería entendible la flexibilización Estatal de las restricciones de aparcamiento en los lugares que sean menos vulnerables para el hampa; sin embargo, ello no exime al patrono, de tramitar permisos especiales de estacionamiento, siendo así improcedentes las sanciones Estatales hacia el trabajador/chofer, como consecuencia de la omisión patronal, no así las imputadas a él directamente, como podría ser una falta de respeto hacia un inspector de tránsito.

14 En el caso específico de los choferes de autobús, es claro que deben acatar las disposiciones de la Ley de Tránsito, por ser de orden público.



6. Salud ocupacional

Por salud ocupacional, debe entenderse como las buenas condiciones que deben prevalecer en todo centro de trabajo ¹⁵. De allí que la Constitución Política, regule el deber de todo patrono de adoptar las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajador (artículo 66). En igual sentido, el Código de Trabajo, señala que cuando en un centro de trabajo, se ocupen diez o más trabajadores, se deben establecer comisiones de salud ocupacional, las cuales se encargarán de investigar las causas de los riesgos del trabajo, determinar las medidas para prevenirlos y vigilar para que se dé cumplimiento a las disposiciones de salud ocupacional (art. 288). En caso de existir cincuenta o más, en este caso se opta porque se tenga que contar con una oficina o departamento de salud ocupacional, en consulta con el Consejo de Salud Ocupacional; siendo que sus miembros deben tener formación profesional en dicha materia (art. 300).

En referencia, a los anteriores deberes que debe tomar en cuenta el patrono, señala Ryan Chinchilla, lo siguiente:

Esta condición es fundamental ya que las empresas deben disponer de un departamento que sea responsable de la prevención de accidentes y enfermedades laborales así como de profesionales especializados en este campo. De acuerdo con el articulado expuesto en este tema, queda claro que los patronos deben garantizar a sus trabajadores la protección y prevención de los riesgos del trabajo. Esto no sólo es una exigencia legal, sino también moral (2002: p.9)

¹⁵ El artículo 297 del Código de Trabajo, señala también las casas de habitación que el patrono suministre a los trabajadores dependientes de él, por lo que deben contener los requerimientos atinentes a la salud ocupacional.

Asimismo, se constituyen a nivel constitucional, los seguros contra riesgos en el trabajo, estando a cargo exclusivo de los empleadores (art. 73); lo que significa y a diferencia de la seguridad social, dispuesta por el régimen de la Caja Costarricense de Seguro Social, que el trabajador no debe contribuir con su salario ante dicha carga.

Se declaran en el país, los seguros de manera universal y obligatoria para los patronos, lo cual viene a significar un beneficio en última instancia para los mismos, al tener la ayuda del Estado ante un eventual accidente o enfermedad que sufra el trabajador. Correspondiéndole al Estado por medio de las autoridades de inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del Ministerio de Salud y del Instituto Nacional de Seguros, la corroboración exacta de la legislación con el fin de obtener su cumplimiento. De allí, que en caso de que un trabajador no esté asegurado y sufra cualquier percance en el trabajo (teoría de la responsabilidad social), son responsables tanto el patrono como el Instituto Nacional de Seguros, en la atención y reparo de los daños y perjuicios a la salud. Disponiendo el Código de Trabajo, en su artículo 201, que patrono que no asegure a sus trabajadores, responderá ante éstos y de igual manera el ente asegurador, por todas las prestaciones médico-sanitarias, de rehabilitación y en dinero, que señale la legislación laboral (Briones, Revista, 2013: pp.86-87).

Dentro de la esfera propia de los chóferes de autobús, en el año 1998, se dictó el reglamento sobre las condiciones de salud ocupacional, con que deben contar. En este sentido, el mismo se compone de siete capítulos, destinados a la regulación de las condiciones y ambiente de trabajo en las empresas autobuseras. Señalándose dentro de las disposiciones generales, los usos propios del lenguaje gremial, tales como: “media”, “plantel unidad”, “vuelta”, etc. Para pasar a un segundo capítulo, referido

a las obligaciones, tanto del patrono¹⁶ como del trabajador¹⁷, dentro del entorno de desempeño

16 En referencia a las obligaciones patronales, se señalan dentro del artículo 5, las siguientes: a) Mantener en buen Estado de conservación, funcionamiento y uso los vehículos de trabajo, planteles y terminales que disponga la empresa para la prestación del servicio; b) Promover y facilitar la capacitación de los chóferes en materia de seguridad e higiene, asumiendo los gastos en que incurran éstos para dichas actividades; c) Cumplir las disposiciones que en materia de salud ocupacional estén contempladas en la legislación nacional y todas aquellas que surjan en el futuro; d) Realizar estudios técnicos anualmente para evaluar niveles de riesgo, ya sean éstos de orden natural o mecánicos, e implementar los mecanismos necesarios para corregir problemas de ruido, vibración, ventilación, espacio, confort, entre otros; e) Extender en cada periodo de pague a los chóferes el correspondiente comprobante de pago, especificando los diferentes rubros que componen el salario, a solicitud del chofer; f) Con base a una recomendación médica previa, coordinar con el Departamento de Riesgos del Trabajo del INS los exámenes médicos que el profesional demande; g) Suministrar a los chóferes los medios o herramientas de trabajo necesarios que faciliten el correcto desempeño de sus labores: cajita o dispositivo para el manejo del dinero, moneda fraccionaria suficiente para iniciar su día de trabajo; h) Mantener vigente el Seguro de Riesgos del Trabajo.

17 Para el trabajador, el artículo 7, señala las siguientes: a) Quedan obligados los chóferes a cumplir los lineamientos que establece el presente reglamento, además las normas jurídicas que sobre salud ocupacional dicten las autoridades competentes y las disposiciones internas que en esta materia establezca la empresa; b) Mantener una actitud vigilante sobre el buen Estado de conservación, funcionamiento y uso de la unidad. Además deberá reportar a la empresa, toda situación anómala o condiciones de riesgos y/o inseguridad que le dicta su experiencia para evitarle daños a la empresa y a terceros, como a él mismo; c) Participar activamente y colaborar con esmero en todas las actividades de capacitación que le brinde la empresa, cumpliendo a cabalidad con todas las exigencias de los cursos; d) Cumplir con las recomendaciones que se le den para el correcto uso mantenimiento y conservación del autobús a su cargo; e) Tratar a los usuarios con el respeto y consideración debidos; f) Mantener adecuadas condiciones de higiene y presentación personal, de conformidad con los intereses de la buena imagen de la empresa y consideración con el usuario; g) Mantener la fracción de moneda suficiente para garantizarle a los usuarios el cambio respectivo por el pague de su pasaje; h) No exceder los límites reglamentarios de velocidad permisible; i) Revisar exhaustivamente la unidad, entre los aspectos a revisar están: Nivel del agua, nivel del aceite de motor, líquido de frenos (o marcador de presión de aire de frenos), sistema de laces, sistema de frenos, presión de llantas y banda de rodamiento, espejos retrovisores y escobillas y en case de existir alguna anomalía, hacer el reporte correspondiente a la empresa, para su inmediata corrección.

laboral, referido a seguridad e higiene. Los capítulos del tres al cinco, por su parte señalan las condiciones ambientales de trabajo: en lo que interesa se estipulan medidas ergonómicas (referidas a los asientos, volante, caja de cambios, etc.), el de la disminución de ruido y vibración, límites a la temperatura y ventilación y el deber de que cada vehículo cuente con el extintor de incendios y salida de emergencias. Dentro de las regulaciones, se señala lo atinente a los tiempos para comida¹⁸, descanso¹⁹ y la satisfacción de las necesidades fisiológicas²⁰, indispensables para el desarrollo de la buena salud del trabajador (art.19).

Confiriéndole al Consejo de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, adoptar las medidas adecuadas de difusión, siendo que en caso de contravención a dichas disposiciones, se aplicarían las sanciones de la legislación, que oscilan entre uno y hasta veintitrés salarios base, concernientes al de un auxiliar judicial, según ley no. 7337.

18 Cuando por la índole de las labores requieran comer en sus lugares de trabajo, el patrono deberá proporcionarles un lugar adecuado para ese propósito. A su vez los comedores deberán reunir las condiciones de iluminación, ventilación, y ubicación necesarias; estar amueblados convenientemente y dotados de medios especiales para guardar, conservar y calentar sus alimentos. También deberán mantenerse en las mejores condiciones de limpieza y contar con una pila o fregadero adecuado para lavar utensilios.

19 Cuando por las condiciones y naturaleza del trabajo se hace necesario, descansar y dormir fuera de su vivienda, el empresario deberá de dotar a los chóferes de dormitorios. Resguardándoles la intimidad y tranquilidad del trabajador.

20 En todos los planteles deberá el empleador, acondicionar servicios sanitarios con las condiciones que establece el Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo. También debe garantizárseles este servicio a los chóferes en las terminales, cuando éstas no coincidan con los planteles o se encuentran fuera de su ruta.



Señalando finalmente el artículo 316 del Código de Trabajo, que la gestión para solicitar la imposición de las sanciones, atinentes a la Salud Ocupacional, si bien podría pedirla cualquier persona perjudicada, será obligatoria tal denuncia para las autoridades administrativas de inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Instituto Nacional de Seguros y Municipalidades, sin que por ello incurran en responsabilidad personal ²¹.

7. Faltas por consumo de drogas

El país recibe sumas nada despreciables por el consumo del licor, por la publicidad a la ingesta de las mismas, pero sin embargo, castiga las consecuencias que conlleva la ingesta desmedida, mediante el Código Penal, Ley de tránsito, no quedándose atrás el campo laboral.

En este sentido el Código de Trabajo, contempla un régimen de empleo sin estabilidad laboral- salvo algunos fueros excepcionales-, pues otorga libertad patronal para el despido, bien sea con o sin justa causa, de acuerdo con algunas causales enumeradas expresamente y cualquier otra que conlleve gravedad, a tal punto que no sea posible mantener una relación laboral, en armonía con los principios de la buena fe y lealtad.

El Código no prevé beneficio especial y sí aplica por el contrario sanción para casos de desempeño laboral, mediante sustancias enervantes, cuando en el artículo 72 inciso c, sobre prohibiciones que tienen los trabajadores, indica: **“c) Trabajar en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga”**. En otro aparte, el artículo 81, dispone el despido, cuando el trabajador ya percibido incurra nuevamente en la anterior falta:

²¹ En igual sentido, están obligadas las autoridades judiciales de lo laboral, conforme a lo dispuesto por el artículo 569 del Código de Trabajo.

ARTÍCULO 81.- Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

...i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 72

En cuanto al alcoholismo, actualmente es entendido como una forma impulsiva debilitante de los frenos inhibitorios, tomando como guías las fuerzas instintivas y la afectividad momentánea, es una enfermedad en el Ser Humano, de allí que deba ser tratada en todos los campos de las ciencias jurídicas, incluida la laboral, es por lo que así lo ha comprendido la Sala Constitucional, entrando a proteger vía amparo un caso de un trabajador despedido por alcoholismo en un nosocomio.

Mediante resolución no. 1664 del año 2010, se dejó sin efecto un despido y se ordenó una reinstalación al puesto, en vista de que se demostró que el trabajador estuvo incapacitado e internado bajo tratamiento a su enfermedad por alcoholismo. Dicha tesis es basada en las recomendaciones prácticas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha referido -dentro de repertorio del año 1995, sobre el alcoholismo y drogas en el lugar de trabajo- en primer lugar que el alcoholismo es una enfermedad, la cual debe ser tratada como cualquier otra enfermedad. Siendo que en el país por medio de la Salud Pública (Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia IAFA y Caja Costarricense de Seguro Social CCSS), cualquiera puede someterse a un tratamiento especializado para ser valorado por la dependencia. Señalándose a partir del punto 9 de la recomendación, la preferencia por la que debe optar el empleador, con tal que el trabajador se someta a tratamientos, antes que aplicar las medidas disciplinarias correspondientes de

manera directa: Pues conforme a recomendaciones de la OIT 1995, se ha considerado: **9.1.1. El empleador debería considerar los problemas de alcohol o de drogas como un problema de salud. En tales casos, el empleador debería normalmente ofrecer servicios de asesoramiento, tratamiento y rehabilitación a los trabajadores, antes de considerar la aplicación de medidas disciplinarias**

En similar sentido, se ha recomendado no discriminar a los trabajadores que consumen o han consumido alcohol o drogas, de conformidad con la legislación y los reglamentos nacionales (punto 10).

Es así como la Sala Constitucional, ha prohijado por este repertorio de recomendaciones restituyendo a los trabajadores que demuestren su estado de dependencia y siempre y cuando el patrono público²² no haya acatado las mismas (votos nos. 1664-2010 y 8617-2011). Todo esto bajo el principio Pro homine, en referencia a la tuitividad de los derechos de los trabajadores.

Hay que recordar, el papel que juega la rehabilitación de la persona alcohólica, por cuanto el contar con un trabajo estable, le permite sentirse productiva y reducir el grado de marginación y estigmatización. La estabilidad así es un factor importante para facilitar la superación de los problemas relacionados con el alcoholismo y las drogas (voto constitucional no. 8617-2011).

Si bien lo mencionado, ha sido amparado por la sede constitucional para el trabajador público,

22 Es oportuno recordar que la Sala tutela los derechos contra entes públicos, salvo lo dispuesto en el referido artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. De allí que el presente esté referido básicamente a dicho sector. Lo cual no obsta, para que en el sector privado, se apliquen dichas medidas de carácter internacional.

por ser básicamente de su competencia, ello no obsta, para que en el sector privado, se tomen medidas como las referidas, dentro del marco internacional de la OIT.

7. Conclusiones

Todo ordenamiento jurídico, que se jacte de ser democrático, conlleva la necesidad de que sus ciudadanos estén constantemente informando sobre los diversos criterios jurídicos que se estén dando en la práctica forense, con el fin de mantener el conocimiento vivo y oportuno, bajo el principio constitucional de la seguridad jurídica. Con lo cual se estaría contribuyendo sin lugar a dudas, a mantener el mismo, en pro de una convivencia más equitativa, pacífica y sana socialmente entendida. De allí la pretensión de la presente disertación.

Así se da a conocer de manera unificada, algunas consideraciones que se han vertido dentro del campo laboral, en torno a la temática de los chóferes de autobús, los cuales sin duda contribuyen con su diario desempeño, dentro de dicha laborar, en hacer que la economía del país crezca de una u otra manera.

Como se pudo apreciar existe normativa puntual referida a dicho campo, la cual debe ser utilizada ante una eventual disidencia de criterios, específicamente en referencia a los rebajos salariales, por parte del patrono, producto de faltantes de dinero, no es dable pretender justificantes, bajo lo dispuesto por la legislación laboral para los casos de deudas (art. 36 del Código de Trabajo) o de anticipos (artículo 173 del Código de Trabajo), sino que lo recomendable es que previo mecanismo patronal de control y bajo un debido proceso, se le demuestre el faltante al trabajador y se proceda a aplicar la sanción que corresponda, conforme a la legislación laboral; sin perjuicio, de que dicha conducta pueda ser sancionada dentro del ámbito civil y penal.



En cuanto a las jornadas, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, vía jurisprudencial, al gremio de los choferes los ha excluido -como se explicó- de las jornadas ordinarias, salvo los casos particulares, para enmarcarlos dentro de lo previsto por el artículo 143 del Código de Trabajo.

En referencia al tema, sobre las faltas de tránsito que se susciten dentro del desempeño cotidiano, producto de la relación laboral, es necesario tener claro, que la Sala IV, ha interpretado dentro del derecho al trabajo, la ilicitud del Estado a sancionar -por infraccionalidad de tránsito- cuando las omisiones provengan de un empleador como consecuencia del incumplimiento de sus deberes empresariales, dentro de una relación subordinada y por cuenta ajena. Protegiéndose en última instancia el empleo del trabajador, ante una suspensión de su licencia, lo cual inevitablemente, le ocasionaría que se prescindiera de sus servicios y no pueda prestar otros, hasta que pase el período de suspensión establecido legalmente, lo cual vendría a ser un absurdo jurídico laboral.

Recordando que para el gremio de trabajadores en tratamiento se ha dado una reglamentación específica, dentro del campo de la Salud Ocupacional, junto con el acatamiento -vía jurisprudencia de la Sala Constitucional- a nivel interno, de las recomendaciones emitidas por la OIT.

Finalmente se espera haber contribuido, en la unificación y clarificación de la temática tratada, en procura de apoyar la labor, no solo desde un punto de vista teórico, sino que también práctica, en la aplicabilidad de la normativa respectiva aquí tratada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

Briones Briones, E. (2008). Antecedentes del Salario Escolar en Costa Rica, Editorial Juricentro, S.A. San José, Costa Rica. Pp. 116.

Briones Briones, E. (2009). Votos Laborales de la Sala Constitucional, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica. Pp. 573.

Briones Briones, E. (2011). Comentarios de Derecho Laboral, Editorial Ivstitia, San José, Costa Rica. Pp.116.

Briones Briones, E. (2013) Reflexiones en torno al derecho laboral. En conmemoración del setenta aniversario del Código de Trabajo. Editorial Isolma. San José, Costa Rica. Pp. 287.

Carvajal Cambronero, JP (1994). Los salario mínimos en Costa Rica. Su determinación, fijación, revisión y aplicación. Editorial Investigaciones Jurídicas, (1a. ed.). Pp. 63.

Chinchilla Sibaja, R. (2002). Salud y Seguridad en el Trabajo. Euned. San José, Costa Rica. Pp. 392

De la Cueva, M. (1975). El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Editorial Porrúa, (3a. ed.). Pp. 633.

REVISTAS

Revista de la Sala Segunda (2013). Protección de la Salud de la persona trabajadora a nivel constitucional. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. No. 10, pp. 79-91.

DICCIONARIOS

Cabanellas, G (2001). Diccionario de Derecho Laboral. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, (2a. ed.). Pp. 739.

Cabanellas de Torres, G (2006). Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. F-K, tomo 4, (29a. ed.). Buenos Aires, Argentina. Pp. 645.

TESIS CONSULTADAS

Briones Briones, E. (2013). Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio costarricense por infraccionalidad laboral (Tesis de doctorado). San José, Costa Rica. UNED. Pp. 542

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional. Voto no. 15 de las 16:45 hrs, del 5 de enero del año 1990.

Sala Constitucional. Voto no. 1739 de las 11:45 hr, del 1 de julio del año 1992.

Sala Constitucional. Voto no. 1664 de las 15:08 hrs del 27 de enero del año 2010.

Sala Constitucional. Voto no. 8617 de las 16:49 hrs del 28 de junio del año 2011.

Sala Constitucional. Voto no. 3741 de las 14:30 hrs del 20 de marzo del año 2013.

Sala Constitucional. Voto no. 4612 de las 14:30 hrs del 10 de abril del año 2013.

Sala Constitucional. Voto no. 3835 de las 14:05 hrs del 19 de marzo del año 2014.

Sala Segunda. Voto no. 260 de las 9: 20 hrs, del 10 de diciembre del año 1986.

Sala Segunda. Voto no. 000113 de las 9: 20 hrs, del 24 de julio del año 1991.

Sala Segunda. Voto no. 000316 de las 9: 10 hrs, del 15 de diciembre del año 1993.

Sala Segunda. Voto no. 000938 de las 10: 00 hrs, del 10 de noviembre del año 2000.

Sala Segunda. Voto no. 000275 de las 10: 00 hrs, del 23 de mayo del año 2001

Sala Segunda. Voto no. 000387 de las 13: 50 hrs, del 9 de abril del año 2002.

Sala Segunda. Voto no. 000448 de las 10: 10 hrs, del 6 de setiembre del año 2002.

Sala Segunda. Voto no. 383 de las 10: 15 hrs, del 20 de junio del año 2007.

Sala Segunda. Voto no. 751 de las 10: 15 hrs, del 7 de agosto del año 2009.

Sala Segunda. Voto no.295 de las 10: 20 hrs, del 26 de febrero del año 2010.

Sala Segunda. Voto no.1498 de las 12: 15 hrs, del 10 de noviembre del año 2010.

Sala Segunda. Voto no. 000387 de las 11: 00 hrs, del 4 de mayo del año 2011.

Sala Segunda. Voto no. 661 de las 15: 20 hrs, del 12 de agosto del año 2011.

Sala Segunda. Voto no. 082 de las 10: 05 hrs, del 25 de enero del año 2013.

Sala Segunda. Voto no. 188 de las 9: 45 hrs, del 22 de febrero del año 2013.

Sala Segunda. Voto no. 1194 de las 9: 25 hrs, del 18 de octubre del año 2013.

Resolución Administrativa del Consejo Nacional de Salarios, no. 3 del 31 de octubre del año 2000.

LEGISLACION

Ley 1887 que emite el Código Civil, No. 63 (versión electrónica). Recuperado el 3 de julio del 2014, desde http://196.40.56.12/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=15437&nVersion16544&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO.

Norma=15437&nVersion16544&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO).

Código de Trabajo de Costa Rica. Anotado y Concordado. Licdos. Alvaro Valerio Sánchez y Henry Rodríguez Gonzalo. Imprenta Nacional. 1979.



Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (versión electrónica). Recuperado el 17 de enero del 2014, desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Ministerio%20de%20Trabajo%20y%20Seguridad%20Social.pdf>.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperada el 1 de julio del 2014, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Decreto no. 27298-MTSS, Reglamento de condiciones laborales y de salud ocupacional de los chóferes de autobuses. Publicado en la Gaceta no. 183, 21 de setiembre de 1998.

PRONUNCIAMIENTO

Pronunciamiento DAJ-AE-060-12, de fecha 13 de marzo del año 2012. Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Pronunciamiento DAJ-AE-611-06, de fecha 30 de junio del año 2012. Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

OTRAS FUENTES DE INFORMACION

Proyecto de ley de la República de Costa Rica, no. 18.416: **“ADICION DE UN INCISO F) AL ARTICULO 17 DE LA LEY REGULADORA DEL TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS EN VEHÍCULOS AUTOMOTORES, NO. 3503, DE 10 DE MAYO DE 1965, Y SUS REFORMAS”** presentado por el ex Diputado, José María Villalta Florez-Estrada, en fecha 9 de abril 2012.

Programa Visión de Costa Rica; empleo y política salarial del sector público. Analistas económicos: Miguel Loría et Carlos Umaña, abril 2014: pp. 37.

www.ilo.org. Recomendaciones de la OIT.



EL DERECHO A HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COSTA RICA

Celin Edo. Arce Gomez¹

Palabras claves: huelga, servicios públicos, derecho fundamental, servicio público esencial

Resumen

El derecho a la huelga se empieza a regular en nuestro país con la promulgación del Código de Trabajo y luego se eleva a rango constitucional en el año 1949, prohibiéndose la huelga en los servicios públicos. Empero la definición de estos servicios públicos es materia que solo puede definir el legislador. La Organización Internacional del Trabajo ha aceptado que el derecho a huelga puede ser limitado en los servicios públicos esenciales. Nuestra Sala Constitucional también ha definido que el derecho a huelga puede ser limitado por el legislador en los servicios públicos. Costa Rica como país no ha tomado una definición clara sobre el particular y el último intento fue la reforma procesal laboral que vetó de manera parcial la presidenta Chinchilla.

Abstract

The right to strike starts to control in our country with the enactment of the Labour Code and then rises to a constitutional level in 1949, prohibiting strikes in public services. But the definition of these public services is a matter that can only be defined by the legislature. The International Labour Organization has accepted that the right to strike may be limited in essential public services. Our Constitutional Court has also defined that the right to strike may be limited by the legislature in public services. Costa Rica as a country has not taken a clear definition on the subject and was the last attempt to reform labor procedures that partially vetoed President Chinchilla.

Key words: strike, utilities, fundamental right, essential public service

A.- El derecho a huelga en la Constitución

1. Orígenes

Según nuestra historia constitucional, fue con la inclusión de las garantías sociales, mediante reforma a la Constitución Política de 1871, realizada mediante la ley número 24 de 2 de julio de 1943 -sea, antes de la promulgación del Código de Trabajo que es de setiembre de ese año- que se da inicio a la era de la socialización del derecho, momento en que se aprobó el artículo 56 que rezaba:

“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley, conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.

Este texto es idéntico al que finalmente quedó plasmado en la Constitución Política de 1949 en su artículo 61, tal y como lo tenemos hasta la fecha. Sobre este derecho, los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente analizaron el tema en las actas números 122, 123, 171 y 180, de las cuales se puede extraer que la discusión básica se dio en torno a dos aspectos: la primera la inclusión de prohibir la huelga en el sector agrícola; y la segunda, relacionado con variar el vocablo “servicios públicos” al de “servicios de utilidad pública”.

¹ Dr. en Derecho. Catedrático y Jefe de la Oficina Jurídica de la UNED

Entre los criterios esbozados por los señores Diputados, en el acta número 122 y 123 del tres y cuatro de agosto de 1949, destacamos que:

“El Diputado Monge Alvarez expresó que no era por el camino de las restricciones que se pueden detener las huelgas. Es necesario ir a sus causas, terminar con una serie de injusticias sociales. Quienes pretendan detener las huelgas por el sistema de las restricciones ignoran que son un fenómeno social que obedece a muchas causas complejas. El derecho a la huelga es una de las conquistas fundamentales alcanzadas por los trabajadores, después de luchas cruentas...”

“ El Diputado Chacón manifestó que había votado la moción anterior desechada, pero no votará la que está en debate, que prácticamente viene a suprimir una garantía social. Si se prohíbe ir a la huelga a los trabajadores agrícolas, que en Costa Rica son la mayoría, quiere decir que el derecho a huelga habrá desaparecido en Costa Rica. Es una forma decente de enterrar una garantía...”

“El señor Esquivel accedió a retirar esa parte de su moción, pero no sin antes dejar constancia de lo ruinoso y deplorable que sería para la economía del país una huelga en las actividades agrícolas...”

“El Diputado Facio manifestó...Prohibir el derecho de huelga en una constitución es tarea fácil, pero inocua, ya que el problema social que la huelga representa y que la produce, no se habrá solucionado en ninguna forma. Agregó que sobre este tema se había discutido mucho en el seno de la Comisión Redactora del proyecto del cuarenta y nueve. En un primer momento se adoptó el principio del derecho de huelga sin limitaciones, como un recurso valedero para todos los trabajadores del país, pero una vez agotados determinados trámites rigurosos de solución pacífica. Sin embargo, posteriormente

la Comisión alteró su parecer, prohibiendo el derecho a la huelga en los servicios públicos muy calificados, sistema muy usual en la legislación de trabajo de los países latinoamericanos y finalmente hemos vuelto al texto del 71, que resume el mismo principio.”

Por último, en las actas 171 y 180 de 20 de octubre y 2 de noviembre de 1949, se expresan las discusiones finales de revisión sobre los textos que se aprobarían como contenido propio de la carta fundamental, y en el caso del artículo relacionado con la materia de la huelga (61) quedó en la misma forma como se había insertado en la Constitución Política de 1871 en su reforma de 1943, sea que, pese a la discusión, el constituyente prefirió un sistema con solo una limitación del instituto de la huelga, sea en los servicios públicos y del cual, según las discusiones, se evitó su variación por el de “servicios de utilidad pública” lo que se consideró inconveniente, en el tanto podrían ser sometidos a interpretaciones ampliando el espectro de limitación, situación que, como ha quedado demostrado, no fue en ningún momento la intención del constituyente.

Por otra parte, vale resaltar que los constituyentes estaban bastante influenciados por el contenido de lo dispuesto en el Código de Trabajo, anterior a la Constituyente, y en el cual se había ya dado el desarrollo de la huelga en la legislación ordinaria. Por ejemplo, en cuanto a los requisitos previos a la huelga, específicamente al agotamiento de una conciliación, en las Actas número 122 y 123, se manifestó:

“El Diputado Zeledón indicó que él entendía que la huelga se producía, una vez agotados los recursos legales para alcanzar una solución pacífica y justa del problema, piensa que debe decirse en el texto constitucional que se garantiza el derecho de huelga de los trabajadores, pero una vez que se hayan agotado todos los recursos y medios legales para solucionar pacíficamente



el conflicto planteado.”

“El señor Castro Sibaja manifestó que, caso de no aprobarse la moción del señor Arroyo, ha presentado a la Mesa una para que se mantenga la redacción original del artículo 56. Añadió que le parecía reglamentaria la inclusión en el texto constitucional del periodo conciliatorio antes de llegar a la huelga. Tal eventualidad la contempla nuestra legislación sobre la materia...”

Es decir, el Constituyente tuvo como base de discusión para éste tema lo que ya estaba establecido en el Código de Trabajo lo que no implica necesariamente que lo estuviera avalando, ya que no se discutió acerca del contenido ordinario de la ley.

2. Derecho fundamental limitado

El derecho a huelga en un derecho fundamental pero limitado su ejercicio en ciertos servicios públicos tal y como lo indica el artículo 61 constitucional.

“Artículo 61.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.

En el Derecho Comparado existen ordenamientos bajo los cuales el derecho de huelga es suprimido totalmente en el caso de los funcionarios públicos. Por ejemplo, la Constitución Chilena, en su artículo 16, prohíbe la huelga en forma absoluta para los funcionarios públicos, y aun para los empleados de empresas privadas cuyos servicios puedan ser catalogadas de utilidad pública, o cuya paralización cause grave daño a la salud y la economía del país. Ese modelo es semejante al estadounidense donde se

encuentra prohibida la huelga para los empleados del gobierno federal. (Parágrafo 1918, capítulo 93, título 18 del US CODE).

También existen sistemas jurídicos en los cuales el derecho constitucional no establece restricción alguna, verbigracia, la Constitución Italiana que en su numeral 40 se circunscribe a establecer el derecho de huelga, y remite a la ley para su desarrollo. O la carta portuguesa que en su ordinal 59 sencillamente establece el derecho a la huelga.

En la Constitución Panameña en su artículo 65 dispone que la ley podrá establecer restricciones especiales para el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos. A su vez la carta fundamental colombiana, en su numeral 56, señala que corresponderá al legislador precisar los servicios públicos esenciales en los que no procede una declaratoria de huelga.

Por su cuenta la Constitución Griega, en su numeral 23.2, establece que la ley podrá imponer restricciones concretas al ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos. No obstante, aclara que las limitaciones legales no podrán conllevar a la supresión del derecho. En el caso de la Constitución española, el artículo 28.2 establece el derecho a la huelga, empero, señala que la ley determinará las garantías necesarias para asegurar los servicios esenciales de la comunidad.

Nuestra Constitución opta por esta tercera vía, es decir, que si bien es cierto reconoce el derecho a huelga como un derecho fundamental, se permite limitar su ejercicio tratándose de servicios públicos.

En efecto, la norma constitucional es muy clara en ese aspecto y no admite ninguna interpretación, es decir, prevé una limitación al derecho a huelga cuando se trata de un servicio

público.

Podemos decir, entonces, que el derecho a huelga, es un derecho fundamental, pero el mismo está limitado o restringido en tratándose de los servicios públicos. En nuestro medio, el problema se presenta, porque no existe una ley, que diga en forma precisa, cuáles son esos servicios públicos, que carecen de ese derecho, siendo dicha regulación reserva de ley, sea, que solo una ley formal debidamente promulgada por la Asamblea Legislativa, puede definir en qué casos de la actividad pública, se restringe o excluye el ejercicio del derecho de huelga.

Este principio de reserva de ley lo ha confirmado la Sala Constitucional. “En relación con el contenido de la acción sindical, específicamente lo que toca al derecho de huelga, el artículo 61 de la Constitución Política establece que la regulación del citado derecho de acción colectiva es materia de reserva de ley, siendo que toda restricción del citado derecho debe darse por vía ley y de ningún modo puede favorecer los actos de coacción o violencia. Es además resultado de la atribución conferida mediante el numeral 61 constitucional citado, que compete al legislador definir en qué casos de la actividad pública se restringe o excluye el ejercicio del derecho de huelga; mandato que se satisface mediante el artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo, que debe ajustarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para que sea congruente con el principio democrático sobre el que descansa el ordenamiento jurídico patrio, plasmado en el artículo 1° de la Constitución Política y que es valor supremo del Estado Constitucional de Derecho.”²

En virtud de este principio la misma Sala declaró inconstitucional en la anterior sentencia

el inciso e) del 369 (hoy día 376) que declaraba que eran servicios públicos en los que estaría prohibida la huelga “los que el Poder Ejecutivo declare así, en todo el territorio de la República o en parte de él, una vez que la Asamblea Legislativa haya hecho uso de su facultad constitucional de suspender ciertas garantías individuales”.

De lo expuesto hasta anteriormente podemos concretar tres conclusiones:

1.- si bien es cierto la huelga es un derecho de todos, ejercitable en cualquier actividad, es posible que el legislador determine en qué casos ese derecho de huelga no puede ejercitarse, específicamente cuando se trate de actividades que constituyen “servicios públicos” y que por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no sea posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos, sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes.

2.- que el derecho a huelga, sólo está limitado, para ciertos casos fijados o determinados por la ley, en observancia a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

3.- en aquellas actividades públicas, dentro de las que sí está permitida la huelga, no pueden sobrepasar los límites legales fijados, pues el ejercicio de la huelga, debe enmarcarse dentro de la legalidad.

3. Es un derecho reconocido en los convenios internacionales

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas –incorporado al Derecho Costarricense mediante la ley n.º 4229 de 11 de diciembre de 1969–, otorga al derecho de huelga el rango de derecho fundamental, mas admite que la ley puede imponer restricciones

² Sala Constitucional voto N° 1317- 1998



en el caso de los miembros de la policía y la administración del Estado³

El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” –incorporado al ordenamiento costarricense mediante la ley n.º 7907 de 3 de setiembre de 1999–, contempla el derecho a la huelga como un derecho fundamental. No obstante, estipula que es reserva de ley establecer restricciones al ejercicio de ese derecho en el caso de los servicios públicos. Dichas limitaciones deben serlo conforme al orden democrático, es decir, que las constricciones al derecho de huelga deben ser proporcionadas y tener por fin proteger la salud, la moral y el orden público, así como los derechos de la mayoría de la ciudadanía⁴

3 “Artículo 8.- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a Garantizar:

a) (...) d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.3. (...)”.

4 “Artículo 8.- Derechos sindicales.

1.- Los Estados Partes garantizarán:

a) (...)

b) El derecho a la huelga.

2.- El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3.- (...)”.

B.- La doctrina de la OIT sobre los servicios públicos esenciales.

Los convenios y recomendaciones emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, a través del Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos, han ido perfilando los casos en que la huelga puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias.

En tal sentido, la OIT ha hecho uso del término “servicios esenciales” para determinar cuándo resulta viable prohibir la huelga en los servicios públicos. Precisamente en 1983, la Comisión de Expertos de la OIT definió los servicios esenciales como aquellos “*cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”.

Tal criterio fue adoptado luego por el Comité de Libertad Sindical, para el cual lo determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.⁵

Empero, este concepto no es absoluto, puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando, por ejemplo, la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y de ese modo pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población⁶

5 Véase Recopilación de 1996, párrafo 540; 320.º informe, caso núm. 1989, párrafo 324; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517; 329.º informe, caso núm. 2195, párrafo 737; 332.º informe, caso núm. 2252, párrafo 883; 336.º informe, caso núm. 2383, párrafo 766; 338.º informe, caso núm. 2326, párrafo 446 y caso núm. 2329, párrafo 1275.).

6 Véase Recopilación de 1996, párrafo 541; 320.º informe, caso núm. 1963, párrafo 229; 321.º informe, caso núm. 2066, párrafo 340; 330.º informe, caso núm. 2212, párrafo 749; 335.º informe, caso núm. 2305, párrafo 505 y 338.º informe, caso núm. 2373, párrafo 382.)

De manera concreta y en lo que nos interesa, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT considera como servicio esencial, entre otros, el **sector hospitalario**.⁷

El Comité de Libertad Sindical ha aclarado que en los servicios esenciales algunas categorías de empleados, por ejemplo obreros y los jardineros, no deberían verse privados del derecho de huelga⁸, criterio que es razonable y aplicable en nuestro medio por lo que, en el servicio hospitalario, la prohibición de la huelga afecta únicamente a aquellos funcionarios públicos y trabajadores cuya suspensión de labores implique que el usuario no pueda recibir la prestación del servicio de salud.

En efecto, no todos los servicios que presta la Caja Costarricense de Seguro Social tienen la condición de esenciales, consecuentemente habrá amplios sectores de funcionarios o servidores de esa institución que no están sujetos a ninguna restricción en cuanto al goce y ejercicio del derecho a la huelga.

B. El desarrollo legal del derecho a huelga

El artículo 368 original del Código de trabajo (hoy día artículo 375) establece que: “No será permitida la huelga en los servicios públicos. Las diferencias que en éstos ocurran entre patronos y trabajadores, así como en todos los demás casos en que se prohíbe la huelga, se someterán obligatoriamente al conocimiento y resolución de los Tribunales de Trabajo”.

7 Véase Recopilación de 1996, párrafo 544; 300 informe, caso núm. 1818, párrafo 366; 306.º informe, caso núm. 1882, párrafo 427; 308.º informe, caso núm. 1897, párrafo 477; 324.º informe, caso núm. 2060, párrafo 517, caso núm. 2077, párrafo 551; 329.º informe, caso núm. 2174, párrafo 795; 330.º informe, caso núm. 2166, párrafo 292 y 338.º informe, caso núm. 2399, párrafo 1171).

8 Véase 333.º informe, caso núm. 2277, párrafo 274 y 338.º informe, caso núm. 2403, párrafo 601)

La Sala Constitucional ha fallado que dicha norma es acorde a la Constitución Política al indicar que: “La frase primera del artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo, que dice: “No será permitida la huelga en los servicios públicos.(...)”, si bien pareciera proscribir la huelga en estos servicios, es decir, si bien pareciera tener un sentido impeditivo absoluto, lo cierto es que debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política, que sólo la limita para ciertos casos fijados o determinados por la ley en observancia de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, para que resulte congruente con el fin que persigue. Este artículo 375 (antes, 368) cuestionado, armoniza también con el artículo 8º del Convenio 87 de la O.I.T. que estatuye la obligación de las organizaciones sindicales de adecuar su actividad a la legislación interna. En otras palabras, si bien la huelga es un derecho de todos, ejercitable en cualquier actividad, es viable que el legislador determine en qué casos el derecho de huelga no puede ejercitarse, específicamente cuando se trate de actividades que constituyen “servicios públicos” y que por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no sea posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes. Además, se entiende que en aquellas actividades públicas dentro de las que sí está permitida la huelga, no pueden sobrepasarse los límites legales fijados, pues el ejercicio de la huelga debe enmarcarse dentro de la legalidad. Con base en lo expuesto, no encuentra esta Sala que el artículo cuestionado 375, al disponer: “No será permitida la huelga en los servicios públicos...”, exceda por sí solo los límites que establece la Constitución o los convenios internacionales”.⁹

9 Sala Constitucional voto 1317-98 ibid



C. Qué es un servicio público para efectos del artículo 61 constitucional

Ahora bien, sobre lo que se puede considerar un servicio público, la Sala Constitucional ensaya una definición y dice: “Sin pretender agotar la definición de lo que es el servicio público como instituto jurídico, debe tenerse presente para efectos de esta sentencia, que el servicio público debe al menos estar dirigido a satisfacer necesidades colectivas y se trata de prestaciones positivas de la Administración o que están bajo cierto control y regulación de ésta. La prohibición del ejercicio de la huelga en actividades que no son servicio público, excede el artículo 61 constitucional que ordena al legislador establecer las actividades en que se restringe el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos únicamente”.

Un servicio público es, entonces, aquel que está dirigido a satisfacer necesidades colectivas y se trata de prestaciones positivas de la Administración o que están bajo cierto control y regulación de ésta.

La misma Sala al no declarar inconstitucional el inciso d) del artículo 369 del Código de Trabajo estableció que los siguientes servicios sí están válidamente exentos del Derecho a Huelga:

“Los que desempeñen los trabajadores que sean absolutamente indispensables, para mantener el funcionamiento de las empresas particulares, que no puedan suspender sus servicios, sin causar un daño grave o inmediato a la salud o a la economía públicas, como son las clínicas y hospitales, la higiene, el aseo y el alumbrado en las poblaciones”.

El legislador en esta caso definió válidamente en qué casos es viable excluir el ejercicio del derecho de huelga, sea, debe tratarse de servicios públicos absolutamente indispensables y por

otro lado, que sean susceptibles de comprometer los bienes jurídicos de la salud y la economía pública; lineamientos que responden a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales exigidos por la Sala.

Los Tribunales laborales han declarado por su cuenta que “no existe la menor duda, que la función, que realizan los trabajadores del Instituto Costarricense de Electricidad, encaja perfectamente en la definición contemplada en la norma legal citada”, sea, que dicha institución presta un servicio público esencial.¹⁰

En el caso de los servicios de salud que presta la CCSS nos parece relevante lo indicado por el Magistrado Jinesta quien indicó en un voto:

“Así, dentro de los servicios públicos prestados y las competencias ejercidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, revisten la condición de esenciales aquellos referidos a las prestaciones sanitarias o de salud, directa o indirectamente, brindadas a los asegurados, pacientes o usuarios de tales servicios.

Consecuentemente, debe entenderse que son esenciales los servicios prestados tanto en materia de medicina preventiva a través de los EBAS como los brindados en materia de medicina curativa a través de las clínicas y hospitales de todo nivel y orden, cualquiera que sea su clasificación. Resulta evidente, que en tales supuestos, incluso, las unidades organizativas auxiliares de diagnóstico y tratamiento (v. gr. laboratorio clínico, bancos de sangre, unidades de inmuno-hematología, farmacia, enfermería, esterilización de equipos) y los órganos meramente administrativos que brindan soporte o colaboración a tales centros de atención básica, clínicas y hospitales (v. gr. administración, proveeduría, tesorería,

10 Tribunal de Trabajo, Sección I. Sentencia 473-2012

contabilidad, mantenimiento, alimentación, lavandería y ropería, aseo, transportes, disposición y tratamiento de desechos, etc.) no pueden ejercer el derecho a la huelga, por cuanto, la paralización o suspensión de labores en tales unidades repercute, negativamente, en la continuidad necesaria e indispensable de los servicios públicos sanitarios prestados a la población que presenta alguna dolencia o enfermedad”.¹¹

D. Del procedimiento para ejercer el derecho a huelga legal

Indica el artículo 371 del Código de Trabajo que “Huelga legal es el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores, con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes”.

El artículo 373 del C de T establece los requisitos que deben cumplirse para que una huelga sea declarada legal. De manera específica indica que:

“Para declarar una huelga legal los trabajadores deben:

a) Ajustarse estrictamente a lo dispuesto por el artículo 371;

b) Agotar los procedimientos de conciliación de que habla el Título Séptimo, Capítulo Tercero de este Código, y

c) *Constituir por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la empresa, lugar o negocio de que se trate.*”

El primer requisito del inciso a) manda que deba ajustarse a lo dispuesto en el artículo 371, el cual define la huelga estableciendo elementos de la misma que deberán ser cumplidos para que el juzgador declare la huelga legal siendo ellos: *La temporalidad, - Que su ejecución sea pacífica, - y por un grupo de tres o más trabajadores, - que tienda a mejorar y defender intereses económicos y sociales comunes.*

Los dos primeros requerimientos no son susceptibles, a priori, de ser probados, ya que por su propia condición, son aspectos que se verificarán una vez iniciado el movimiento y por lo tanto, más que requisitos son promesas de los trabajadores de someterse a esas exigencias, pues su consecuencia lógica ante un incumplimiento, lo será la conversión a ilegalidad.

Por su parte, los dos últimos mencionados si pueden ser probados en la solicitud: En cuanto a los tres delegados como mínimo, los mismos, tal y como se desprende del contenido normativo, serán nombrados entre los trabajadores, por lo que adquieren la condición de coaliciones, y que para obtener la protección del fuero sindical, los delegados deberán comunicar su nombramiento debidamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Además, en cuanto al requisito de que el fin del movimiento sea la mejora y defensa de intereses comunes, es posible de ser probado, por ejemplo, con la existencia de un conflicto colectivo derivado de la relación laboral y que por medios escritos las respectivas pretensiones hayan sido puestas en conocimiento de las partes.

Referente al inciso b) se exige haberse agotado el procedimiento de conciliación establecido en el mismo Código de Trabajo. En efecto, en el capítulo tercero del Título VII, en torno al proceso laboral y específicamente “Del Procedimiento en la resolución de los conflictos

11 Sala Constitucional voto 17212-2011



colectivos de carácter económico social”, en cuya sección segunda se determina el “Procedimiento de Conciliación”. Desarrollado en el código del artículo 507 al 525.

Por último, en su inciso c) el artículo 373 exige que la solicitud ante el Juez sea avalada por el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la empresa o institución que se trate.

Este inciso c) lo declaró inconstitucional la Sala en aplicación de los principios de proporcionalidad y racionalidad, y violación directa a lo estipulado en los artículos 60 y 61 de la Constitución Política, en el tanto lo allí establecido por el legislador ordinario, limita de forma excesiva el derecho fundamental a la huelga, haciendo nugatorio su ejercicio. Por lo que el requisito de constituir el 60% del total de trabajadores de la empresa o institución de que se trate, constituye un porcentaje actualmente contrario a las recomendaciones emitidas sobre el tema por la Organización Internacional del Trabajo.¹²

E. Sobre los efectos de la declaratoria de huelga ilegal

El vigente artículo 377 del C de T estipula que:

“La huelga ilegal termina, sin responsabilidad para el patrono, con los contratos de trabajo celebrados por los huelguistas; quedan a salvo las sanciones de orden represivo que en contra de éstos lleguen a declarar los Tribunales Comunes. Sin embargo, en los nuevos contratos que celebre el patrono, no podrán estipularse condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga ilegal”.

En el año 2007 la Sala Constitucional indicó que el párrafo in fine del artículo 377 del

Código de Trabajo que dice: “Sin embargo, en los nuevos contratos que celebre el patrono, no podrán estipularse condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga ilegal”, no resulta inconstitucional en el tanto se aplique en el sentido indicado en los considerandos VIII, IX y X de esta sentencia, sea que en los contratos que celebre el patrono, para realizar una contratación inmediata, luego del despido de un trabajador como consecuencia de una huelga ilegal, no se podrán estipular condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga ilegal”.¹³

Luego en el año 2011 la Sala interpretó el primer párrafo de esta norma en el sentido de que:

“... la terminación de los contratos de trabajo es a partir de la declaratoria de ilegalidad de la huelga y, en consecuencia, los trabajadores que participaron en el movimiento huelguístico antes de esa declaratoria no pueden ser despedidos, rebajados sus salarios ni sancionados de forma alguna por la mera participación en la huelga, pues constituye una limitación desproporcionada e irrazonable al ejercicio de un derecho fundamental, lo que afecta su contenido esencial”.¹⁴

13 “Podría entonces decirse válidamente que el artículo 377 in fine va en la misma línea, y que por lo tanto, la restricción impuesta a la libertad de contratación es justificada y razonable. Estima la Sala a la luz de lo expuesto que, en los supuestos de recontractación de un trabajador que fue despedido con motivo de su intervención en una huelga ilegal, el legislador quiso paliar la situación de desventaja en que se encontrarían frente al patrono y evitar que éste se aprovechara de ella para contratarlo en condiciones inferiores”. Sala Constitucional, voto 15907-2007

14 Sala Constitucional voto No. 10832- 2011

12 Sala Constitucional voto 10832- 2011

F. La reforma procesal laboral

La Asamblea Legislativa mediante el proyecto de ley No. 15.990 aprobó en segundo debate la denominada Reforma Procesal Laboral, (que sería la Ley No. 9076), el cual fue vetado de manera parcial por la Presidenta Laura Chinchilla en el mes de octubre del 2012, (oficio DP- 0603- 2012) precisamente por permitir la huelga en los servicios públicos inclusive en los esenciales, sea, “aquellos cuya paralización ponga en peligro los derechos a la vida, la salud y la seguridad pública, el transporte, mientras el viaje no termine, y la carga y descarga en muelles y atracaderos, cuando se trate de bienes de los cuales dependa, directamente, la vida o la salud de las personas” (art. 382).

La propuesta optó en lugar de prohibir la huelga en los servicios públicos esenciales, por imponer la obligación durante la huelga de brindar los servicios básicos esenciales.

De manera concreta este mismo artículo indica que: “Cualquiera que sea el caso o la modalidad escogida, la huelga que afecte los servicios públicos considerados esenciales requerirá de un preaviso, dado con anterioridad a su inicio, no menor de dos semanas naturales, así como de un plan de prestación de servicios mínimos esenciales”.

El veto aboga para que no se permita la huelga en los servicios públicos esenciales y para que el legislador enumere y defina los servicios públicos esenciales.

Igualmente vetó la reforma al artículo 394 del Código de Trabajo que no permite al Estado contratar personal temporal durante el interin de declaratoria de ilegalidad o legalidad de la huelga.

Al mes de agosto del 2014 el país sigue debatiendo si se aprueba la reforma como fue propuesta o si se mantiene la tesis del veto de la Presidenta Chinchilla.

CONCLUSIONES

1.- El derecho a la huelga es un derecho fundamental pero limitado en el caso de ciertos servicios públicos

2.- Corresponde a la Asamblea Legislativa establecer los supuestos bajo los cuales el derecho de huelga no puede ejercitarse, por lo que, ni el Juez, ni el Poder Ejecutivo, pueden sustituir al legislador en la determinación de los supuestos en que se puede impedir el derecho de huelga.

3.- Con el fin de poder determinar si estamos en presencia de un servicio público que admita la imposición de limitaciones al derecho de huelga, deben buscarse los siguientes elementos característicos: a) el servicio debe orientarse a la satisfacción de necesidades colectivas; b) debe tratarse de prestaciones positivas de la Administración; c. debe tratarse de una actividad prestacional, bajo control o supervisión de la Administración.

4.- La Sala Constitucional ha admitido en su jurisprudencia que los servicios públicos en los que puede restringirse el derecho a huelga son aquellos que se estiman esenciales y que corresponde distinguir al legislador dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad con lo que se aproxima a la doctrina de la OIT de los servicios esenciales

5.- A la fecha el legislador no ha llevado a cabo dicha definición y el país se sigue en dicho debate.

6.- Al momento de limitar el derecho de huelga en un servicio público, el legislador



deberá considerar aspectos tales como los siguientes: si la interrupción del servicio pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de parte o de la totalidad de la población. En todo caso, las restricciones a imponer deben siempre ser razonables y proporcionadas.

7.- Después del veto a la reforma procesal laboral por parte de la presidenta Chinchilla, el país debe definir de una manera clara pero consensuada cual es el tratamiento que va a dar a la huelga en los servicios públicos, para generar un ambiente de paz laboral que se ocupa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Casagne, J.C (1993) *La huelga en los servicios esenciales*, Madrid. Editorial Civitas, S.A.

Sala Constitucional voto N° 1317- 1998

voto No.15907-2007

voto No.10832- 2011

voto No. 17.212-2011

Tribunal de Trabajo, Sección II. (2012)
Sentencia 473- 2012

Tribunal de Trabajo, Sección I. Sentencia
473- 2012

Procuraduría General de la República, (2007)
Dictamen OJ-125-2007 del 19/11/2007



IMPLICACIONES DE LA INADECUADA ACTUALIZACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA DE FORMA OFICIOSA POR PARTE DE LOS PATRONOS

Licenciada Eimy Granados Aguilarⁱ

SUMARIO

1.- Introducción.- 2.-Historia del Derecho Alimentario en Costa Rica.- 3.- Obligación Alimentaria.- 4.- Retención Salarial.- 5.- Implicaciones de la Inadecuada Actualización de la Cuota Alimentaria de Forma Oficiosa por Parte de los Patronos.- 6.- Conclusiones.-

1. INTRODUCCION

La Familia es considerada como uno de los pilares de la sociedad costarricense, más sin embargo, debido al cambio cultural, la composición y construcción de las Familias, las leyes nacionales e internacionales deciden proteger uno de los Derechos más fundamentales de todo ser humano, los “Alimentos”.

Es así que el Derecho Alimentario tiene como fin principal resguardar la vida humana, de ahí que la pensión alimentaria está establecida por ley como una obligación impuesta por razones de parentesco y la misma debe fijarse de acuerdo a ciertos parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

En el presente trabajo se pretende abordar algunos aspectos de la prestación alimentaria, pero específicamente nos centraremos en la Retención Salarial y la actualización de la prestación alimentaria, la cual es un mecanismo eficiente; en muchos casos es una buena práctica de economía procesal, toda vez que con éste sistema existen menos posibilidades que los beneficiarios de dicha pensión no obtengan mes a mes su cuota alimentaria y que el trabajo de emisión de Ordenes de Apremio Corporal disminuya, por lo que el Estado costarricense hace efectiva su

obligación no sólo ante los ciudadanos del país sino también ante los órganos internacionales por los compromisos suscritos.

Es en la rama del Derecho Alimentario que el juzgador previo una forma eficaz como menciono para cumplir puntualmente con la cancelación de la cuota alimentaria, tanto así que dedica tres artículos en relación a la Retención Salarial, en los cuales se implican responsabilidad patronal, improcedencia del despido por retención de cuota y lo más importante la preferencia de la retención alimentaria.

A pesar de lo anterior, puede suceder una serie de complicaciones cuando un Patrono de Forma Oficiosa realiza inadecuadamente la actualización de la Cuota Alimentaria, entorpeciendo no sólo la práctica judicial sino que además crea un foco de responsabilidad.

2. HISTORIA DEL DERECHO ALIMENTARIO EN COSTA RICA

El jurista costarricense Diego Benavides Santosⁱⁱ, nos presenta en una de sus obras el evolucionar y los momentos históricos que ha atravesado éste derecho fundamental, entre los cuales tenemos los siguientes; en una Ley de 1867, en la cual se legisló por primera vez sobre la existencia de la prestación alimentaria entre parientes. Posteriormente, en el año de 1888, en la promulgación del Código Civil se reguló este instituto. Para el año de 1916, se emite la primera ley especial sobre el Derecho Alimentario bajo el título “Ley de Pensiones Alimenticias”, la cual sufre una serie de cambios y en el año de 1953 se sustituyo. No es entonces que para el año de 1997, se incluye en el mundo jurídico la actual Ley de Pensiones Alimentarias. Dicha normativa no sólo fue un gran paso a la especialización de la

materia sino que además trata de que se alcance el ansiado principio de justicia pronta y cumplidaⁱⁱⁱ. Sin embargo no debemos olvidar que el actual Código de Familia, el cual se encuentra vigente desde 1974, trata exclusivamente en el título IV, en un capítulo único, la prestación alimentaria, extendiéndola desde el artículo 164 al 174.

No obstante, no podemos olvidar que no sólo en las leyes anteriores se encuentra resguardado el instituto en cuestión, toda vez que el derecho de percibir alimentos tiene su fundamento ó razón de ser en los artículos 51 y 52 de la Constitución Política, los numerales 29 y 37 del Código de la Niñez y Adolescencia; al mismo tiempo de la Legislación Nacional mencionada, los siguientes instrumentos internacionales resguardan el derecho alimentario artículos 4, 10 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, la Convención Interamericana para Prevenir, Ancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer en lo preceptuado en los artículos 1, 4 y 5, Convención de los Derechos del Niño en la normatización realizada en los artículos 6, 24, 26, 27, 28, 29, 31; numeral 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador” y en la enumeración 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

En términos generales, la obligación alimentaria ha sido conceptualizada por muchos juristas como el deber que tiene una determinada persona de suministrar a otra los medios o recursos para que ésta pueda subsistir.

Por ello que la prestación alimentaria se percibe en el mundo jurídico de la siguiente manera: “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros,

conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quién ha de darlos.”^{iv}

Es entonces que cada juzgador debe tomar una ecuación para poder fijar una Cuota Mensual, para que los posibles beneficiarios puedan satisfacer sus necesidades, de ahí que “Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes.”^v, en otras palabras, es necesario que se configure el vínculo de parentesco^{vi}, las necesidades de quién las recibe y las posibilidades de quién está obligado a cumplir.^{vii}

4. RETENCIÓN SALARIAL

La Ley de Pensiones Alimentarias, en el artículo 62 expresamente abre la posibilidad a gestión de la parte interesada, solicitar al juzgado ordenar la retención el monto correspondiente a la cuota alimentaria impuesta, la cual es además por referencia del numeral 64 del citado cuerpo normativo en concordancia con el artículo 171 del Código de Familia, dicho embargo o retención es preferente ó de carácter prioritario ante cualquier otro embargo que el patrono le este aplicando a su trabajador – deudor alimentario.

De ahí como ya se dijo; el juzgador envía un oficio en el cual le ordena el embargo salarial, por la existencia de una obligación preferente, dineraria, exigible, impuesta sea por sentencia o por una ejecución de un divorcio; dado lo anterior obtenemos que se designará una cuota mensual, una de aguinaldo y otra para los gastos extraordinarios de entrada a clase, los cuales deben estos de cumplir a cabalidad sino de otra manera en aplicación supletoria de la ley podrán ser perseguidos por el delito de desobediencia de la autoridad.



Nótese, lo específico que fue el legislador nacional en relación a lo anterior, en el numeral 62 de la Ley de Pensiones Alimentarias, expresa que “Cuando el deudor de alimentos posea una fuente regular de ingresos, por gestión de la parte interesada podrá ordenarse retener el monto correspondiente a la cuota alimentaria impuesta. La orden deberá ser acatada por el patrono o el encargado de practicar la retención quienes, en caso de incumplimiento, serán solidariamente responsables del pago de la obligación, esto sin perjuicio de que sean sancionados por el delito de desobediencia, contemplado en el Código Penal”, además de ello, los redactores visionarios de esta ley, le impusieron en el artículo 63 del citado cuerpo normativo; al patrono la imposibilidad de proceder con despido de su trabajador por retención de cuota alimentaria; asimismo en el acápite 64 la preferencia de la retención alimentaria sobre los sueldos no constituirán obstáculo y sólo cubrirán el importe no cubierto por la imposición del monto alimentario.

5. IMPLICACIONES DE LA INADECUADA ACTUALIZACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA DE FORMA OFICIOSA POR PARTE DE LOS PATRONOS

Sin embargo, la incorrecta utilización del Derecho por parte de terceros no operadores judiciales en ciertas áreas de esta materia, provoca que no sólo la labor del Estado en el desarrollo normal de sus funciones se vea entorpecida, sino además que no logre cumplirse por parte de los juzgadores el principio constitucional de Justicia Pronta y Cumplida, por lo que el corolario directo de ello es dejar de lado al principio del interés superior del menor, que al final pone en riesgo el Derecho Alimentario otorgado no solo en nuestro ordenamiento jurídico sino además en el Derecho Internacional.

Como se indicó líneas atrás, el Legislador nacional tomó en consideración crear diferentes formas de recaudación de pago de la cuota alimentaria, debido a la urgencia e importancia del Derecho Alimentario de los Beneficiarios, abriendo la posibilidad de que a solicitud de parte se le ordena judicialmente, por medio de la comunicación al Patrono del obligado alimentario hacer el rebajo correspondiente del salario de su trabajador (Artículo 62 de la Ley de Pensiones Alimentarias).

Pero la razón de este artículo, no es la procedencia o no de esta retención salarial, sino es más bien la inadecuada actualización por parte de los patronos de la cuota alimentaria de forma oficiosa, sin que exista una orden judicial que así se lo ordene.

A raíz de lo anterior existen una serie de implicaciones de su inadecuada práctica, por ello podría caer un patrono en los siguientes supuestos:

- *- Usurpación de Funciones.
- *- Indebida Retención Salarial, la cual puede que ser causal para la resolución del Contrato Laboral por parte del trabajador, bajo el resguardo y aplicación del 84 en concordancia del numeral 70 ambos del Código de Trabajo.
- *- De igual forma si hacen la variación estipulada en el artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias, aplicando lo allí estipulado, podría darse la variación no sólo inadecuada sino además que podría ser errónea en el caso de los Procesos de Ejecución de las Sentencias de Divorcio por Mutuo Consentimiento, en la cual existe una cláusula que indica la periodicidad y el porcentaje a actualizar la cuota alimentaria.

*Otro supuesto sería que el trabajador le indique al patrono que desea que se le aumente el monto a depositar a la cuenta designada por el Juzgado de Pensiones Alimentarias, en respaldo patronal-trabajador que les otorga el artículo 174 del Código de Trabajo.

Pero como consecuencia gravosa de todos los anteriores es que no hacen la debida comunicación al Despacho Judicial para que éste lo avale o lo corrija, lo cual puede abrir paso a la interposición de un determinado recurso ante la Sala Constitucional y condenen Estado.

Tomemos por ejemplo los procesos incidentales sean de aumento, ó rebajo, cada juzgador va a dictar una sentencia de lo que conste en autos, y no por lo que se deposite en la cuenta en la mayoría de los casos establecidas por el órgano jurisdiccional, ya que si un obligado deposita más de lo que fue obligado no incurre en una falta grave, pero el problema radica en que la actualización indebida de la cuota alimentaria hace que quién juzga incurra en error.

En un caso hipotético, en el cual un obligado alimentario fue condenado por sentencia firme a cancelar la suma de 50.000 colones por cuota mensual, aguinaldo y gastos extraordinarios de entrada a clases, y dicho monto fue comunicado al patrono por medio del oficio de estilo; posteriormente se presenta al Despacho Judicial un Incidente de Aumentos en concordancia con el numeral 174 del Código de Familia y el artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias, quién juzga va a pronunciarse de conformidad de lo que consta en el expediente, por medio de la sentencia o los aumentos automáticos concedidos y no por el monto que se localiza o se haya depositado a la cuenta del despacho o del beneficiario, toda vez que las comunicaciones se hacen por el monto que se estableció y que se encuentra firme y vigente. Ahora bien, al dictarse la sentencia correspondiente, la parte inconforme

presenta no sólo un recurso de apelación contra la sentencia sino además un Recurso de Amparo, indicando que el juzgador violentó sus derechos fundamentales y el debido proceso, toda vez que el Operador Judicial sacó mal cuentas cuando solamente se apega a las resoluciones en firme sobre los montos establecidos. Por lo que al suceder lo anterior existen dos caminos; uno de ellos es decirle al patrono que explique por qué aumentó la cuota alimentaria, bajo qué presupuestos y quién se lo ordenó y esperar que su pronta respuesta sea dentro del próximo mes, lo que evidentemente significaría que los plazos para el dictado de sentencia en un asunto sumarísimo se acrecienten, lo que al final acarrea que haya un mayor atraso judicial y que se desnaturalice el proceso; y el otro es aplicarle una sanción correspondiente al patrono por extralimitarse de sus funciones y ser perseguidos penalmente, y si existiera una condenatoria al Estado se debe incluir también al Patrono Solidariamente.

Todo lo anterior por la falta del patrono al entrar a hacer las funciones jurisdiccionales que no le fueron atribuidas, lo que en primera instancia, no sólo se están apropiando fueros inexistentes y éstos se configura en el tipo penal de Usurpación de Funciones.

Ahora bien, la Indebida Retención Salarial, la cual puede que ser causal para el resolución del Contrato Laboral por parte del trabajador, bajo el resguardo y aplicación del 84 en concordancia del numeral 70 ambos del Código de Trabajo, ya que no fuera comunicada al Trabajador como al Despacho que Ordene la Retención.

También es importante indicar, que si el patrono aplica de forma literal el artículo 58 de la Ley de Pensiones Alimentarias, podría darse la variación no sólo inadecuada sino además que podría ser errónea ya que no sólo existen procesos de Fijación de Pensión Alimentaria; sino además los Juzgados de



Pensiones Alimentarias tienen competencia a conocer Procesos de Ejecución de Sentencias en las que se haya establecido un Monto de Cuota Alimentaria, uno de los casos más comunes son Procesos de Ejecución de las Sentencias de Divorcio por Mutuo Consentimiento, en la cual existe una cláusula que indica la periodicidad y el porcentaje a actualizar la cuota alimentaria, por lo que si hacen la variación, perjudicarían a los beneficiarios por el cálculo incorrecto.

Otro supuesto, sería las Deducciones Voluntarias en donde el trabajador le indique al patrono que desea que se le aumente el monto a depositar a la cuenta designada por el Juzgado de Pensiones Alimentarias, en respaldo patronal-trabajador que les otorga el artículo 174 del Código de Trabajo.

Los anteriores supuestos, de una manera ó otra siempre terminarán lesionado un derecho consagrado sea en nuestro ordenamiento jurídico o en el internacional, sino que además perjudica gravemente a los intervinientes del proceso de pensión alimentaria, retardando así el cumplimiento de labores y no al cansa justicia.

6. CONCLUSIONES

Cada juzgador se ha preocupado por cumplir a cabalidad con sus funciones que le fueron conferidas y en el caso más en el caso de un árbitro de pensiones alimentarias, el cual se esmera en adecuada aplicación de la sobre la obligación alimentaria y asegurar su eficacia, siempre en apego de los principios que rigen esta materia tan social.

No obstante, los anteriores supuestos mencionados tienen en común que no se realiza la debida comunicación al Despacho Judicial para que éste lo avale o lo corrija designando el monto correcto, lo cual da no sólo al nacimiento de una buena práctica de economía procesal sino el

auxilio mutuo entre juzgado-patrono-interesado, implicando que la parte interesada no se apersona al despacho a solicitar el aumento automático ya establecido por ley, sino que de forma rápida adecuada se hace el mismo mitigando así el costo de la vida.

Pero si lo anterior no se realiza y como consecuencia se presente un recurso de amparo ante la Sala Constitucional, y ésta autoridad lo declare con lugar condenando al Estado por las acciones de un patrono que no acato una orden judicial, es hora que se vaya pensando a que se extienda la responsabilidad, por lo que debe ser el Patrono condenado solidariamente a pagar los daños y Perjuicios por su acción cometida, ya que de otra forma no puede estar la función jurisdiccional desconfiando de las partes porque se depositó más dinero, ya que en buen principio se hace con el fin de proporcionarle al beneficiario una mejor calidad de vida.

Por lo tanto, si existe una comunicación adecuada entre patrono-despacho-trabajar en relación a la actualización de la cuota alimentaria, el tiempo de espera de la misma sería ínfimo, es más se estaría materializando una práctica procesal eficiente, eficaz y rápida que solucionario el retraso judicial actual en los distintos despachos a nivel nacional, el cual está sólo haciendo a comunicación respectiva al despacho judicial.



7. BIBLIOGRAFIA

Revista

Benavides Santos, Diego. La Obligación Alimentaria En Costa Rica. Lectura Constitucional. Publicado en http://sitios.poderjudicial.go.cr/observatoriojudicial/vol17/jurisprudencia/02_OBLIGACION_ALIMENTARIA_EN_COSTA_RICA.htm#_ftn39

Códigos y Leyes

Constitución Política de Costa Rica.

Código de Familia.

Código de Trabajo.

Ley de Pensiones Alimentarias.

i Jueza de Pensiones Alimentarias. III Circuito Judicial de San José (Desamparados). Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

ii Benavides Santos, Diego. La Obligación Alimentaria En Costa Rica. Lectura Constitucional. Publicado en http://sitios.poderjudicial.go.cr/observatoriojudicial/vol17/jurisprudencia/02_OBLIGACION_ALIMENTARIA_EN_COSTA_RICA.htm#_ftn39.

iii Artículo 41. Constitución Política de Costa Rica.

iv Artículo 164. Código de Familia, en concordancia con el numeral 1 de la Ley de Pensiones Alimentarias.-

v Artículo 164. Código de Familia.-

vi Artículo 169. Código de Familia.-

vii Artículo 164. Código de Familia.-



LA EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DEL CRÉDITO FISCAL EN EL IMPUESTO GENERAL SOBRE LAS VENTAS.

Lic. Priscilla Sánchez Conejo

Currículo: *Priscilla Sánchez-Conejo*

Se dedica a la asesoría fiscal de compañías nacionales e internacionales, con respecto a impuestos internos e impuestos internacionales y planeación fiscal. Además, se desempeña en litigio tributario administrativo y judicial. Es miembro de la Asociación Fiscal Internacional (IFA). Idiomas: Español, Inglés y Alemán. Autora del “*Manual de Derecho Tributario*”. Educación: Universidad Escuela Libre de Derecho; Licenciatura en Derecho, Especialidad en Derecho Notarial y Registral.

Resumen: *La Evolución de la Aplicación del Crédito Fiscal en el Impuesto General sobre las Ventas.*

Palabras Clave: *Impuesto – Ventas – Crédito-Fiscal – Reforma*

El Impuesto General sobre las Ventas (“IGSV”) en Costa Rica es un Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) imperfecto, en tanto de conformidad con el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas se establece un impuesto sobre el valor agregado en la venta de mercancías y en la prestación de los servicios que estén taxativamente estipulados en dicha norma. La transición del IGSV al IVA requiere que todos los servicios prestados, estén gravados con dicho impuesto, lo cual genera a la vez que estos (servicios) estén sujetos al sistema de acreditación (deducciones) que rige en el IVA. Actualmente, el sistema de acreditación que rige en el IGSV ha sido reformado extendiéndose más allá del concepto de ‘incorporación física’.

Esta reforma pretende sentar el eje de transición del IGSV al IVA, no sin antes crear ciertas discrepancias con respecto a qué insumos (bienes y servicios) pueden o no ser acreditables.

Summary: *General Sales Tax Fiscal Credit Acknowledgment Amendment*

Key Words: *Tax- VAT- Fiscal – Credit – Amendment*

General Sales Tax (“GST”) in Costa Rica is an imperfect Value Added Tax (“VAT”), since according to Article 1 from General Sales Tax Law; the abovementioned tax is solely applicable to the merchandise’s transfer and the services rendering stipulated by law. Thereafter, the transition from General Sales Tax to Value Added Tax requires that all the services rendered (without exception) should be subject to GST, which entitles the services renderer to deduct fiscal credits applicable only to IVA. Currently, the GST fiscal credit application has been amended, broadening its criteria beyond the “physical incorporation”. This amendment is intended to lead the transition from GST to IVA, not before settling the discrepancies between the raw materials (goods and services) that can or cannot be applied as a fiscal credit within the General Sales Tax.

La Evolución de la Aplicación del Crédito Fiscal en el Impuesto General sobre las Ventas.

El Impuesto General sobre las Ventas (en adelante “IGSV”) en Costa Rica es un Impuesto al Valor Agregado (en adelante “IVA”) imperfecto. El IVA es un impuesto que grava el consumo de bienes (adquiridos o importados) y servicios caracterizados por el ánimo lucrativo. Por su parte, Víctor Hugo Ruiz¹ lo define de la siguiente forma: “El IVA es un tributo que grava solamente el mayor valor o valor agregado del bien o servicio en cada etapa de la producción o comercialización, el que está constituido por el margen de comercialización que el industrial, comerciante o prestador de servicio aplica”. De esta forma, en Costa Rica no existe un IVA; en tanto, si bien es cierto se grava el consumo de bienes adquiridos e importados, con respecto a los servicios, solo estarán sujetos al pago de este impuesto los servicios previamente estipulados en la Ley. Por lo tanto, el IGSV en Costa Rica es un IVA imperfecto, en virtud de la ausencia de gravamen sobre todos los servicios prestados con un ánimo lucrativo. El IVA grava todos los servicios prestados y para estos efectos, tal como afirma Zuluaga Potes², se “considera servicio, toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración”.

1 Ruiz, Víctor Hugo. Apuntes Actualizados del Impuesto a las Ventas y Servicios, Serie de documentos docentes (SDD). Universidad de Talca, Año 3, N° 1, Octubre, 2005, página 11.

2 Zuluaga Potes, Jorge Hernan. Manual de Impuesto sobre las Ventas IVA. Editorial CODICE Ltda. Bogotá, D.C. Colombia, página 15.

I. Características del IGSV. El IGSV comparte, sin embargo, ciertas características con el IVA. Estas características deben ser comprendidas con el propósito de tener un mejor entendimiento de la aplicación práctica de este impuesto. Así, el IGSV y el IVA comparten las siguientes características:

a) **El IGSV es un Impuesto Indirecto:** El IGSV es el impuesto indirecto por definición. De esta forma, tal como lo explica Sánchez Conejo³: “El Impuesto Indirecto es aquel que permite trasladar la imposición del gravamen a un tercero”. Por lo general, los impuestos que gravan el consumo (como es el caso del IGSV y el Impuesto Selectivo de Consumo) son trasladables al consumidor final. Es decir, una persona (física o jurídica) lleva a cabo una actividad lucrativa, que de conformidad con la Ley del Impuesto General sobre las Ventas está sujeta al IGSV. Así, esta persona adquiere insumos, mercancías e inclusive servicios para generar un producto o servicio final destinado a los consumidores. La persona que produce la mercancía o servicio final, paga el IGSV sobre las mercancías y servicios gravados incluidos en su proceso productivo, lo que le generará un crédito fiscal. De esta forma, la persona que vende la mercancía o presta el servicio no debe pagar el IGSV, sino que este (vendedor o prestador del servicio) está solamente obligado a recaudar y declarar el impuesto pagado por el consumidor final. Así, el IGSV será pagado por el consumidor final que adquiere el bien o servicio gravado. El IGSV es un impuesto indirecto, en tanto quien desarrolla la actividad gravada, no paga el impuesto, sino que el pago de este (IGSV) se traslada al consumidor final.

3 Sánchez Conejo, Priscilla. Manual de Derecho Tributario. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial IJSA, julio del 2013. Página 166.



b) El IGSV es un Impuesto Regresivo: El carácter regresivo del IGSV, puede definirse como la condición mediante la cual, la consideración de la tarifa (alícuota) con que se grava la mercancía o servicio gravado no tiene relación considerable (o proporcional) con la capacidad económica del contribuyente. Lo contrario al carácter regresivo del impuesto sería el carácter progresivo de este. En particular referencia al IGSV, este impuesto se constituye como el impuesto regresivo por excelencia, contrario (por ejemplo) al Impuesto sobre la Renta, que sí considera la proporcionalidad de los ingresos para imponer el gravamen. La regresividad del IGSV, característica mediante la cual el IGSV o “*el IVA es obtenido y recaudado por las empresas, pero toda la carga tributaria es impuesta al consumidor*”⁴, es en algunas jurisdicciones, compensado o subsanado con la imposición de una tasa (alícuota) diferenciada (menor) para ciertos productos de primera necesidad o la exención de estos productos del cobro del IGSV. Específicamente en Costa Rica, la tarifa que rige el IGSV es del 13% para el traspaso e importación de mercancías y la prestación de servicios gravados según lo establezca la ley. Además, una tarifa diferenciada del 10% para la madera, y un 5% para el consumo de energía eléctrica residencial, de conformidad con el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, y las exenciones de conformidad con el Artículo 4 del Reglamento a esta ley.

c) El IGSV es un Impuesto Plurifásico: La etimología de la palabra ‘*plurifásico*’ deja entrever que es una palabra compuesta, de dos vocablos, siendo estos “pluri” (muchos -as) y “fásico”, que proviene de la raíz de la palabra “fase”. De esta forma, una de las características del IGSV es que este está supeditado a una serie

de fases productivas que consolidan un producto final. De esta forma, tal como lo explica *Corral Guerrero*⁵ la existencia de varias etapas en un proceso productivo de un bien o un servicio “es lo que se denomina el carácter *plurifásico* (o *multifásico*) del impuesto; es decir, el gravamen en más de una fase del proceso económico; y el IVA, al gravar el valor agregado, se impone en todas las fases de producción”. El entendimiento del carácter plurifásico del IGSV (IVA) es esencial a efectos de determinar el cómputo de IGSV pagado en las diferentes etapas de producción, comercialización y distribución, mismo monto que deberá ser trasladado al consumidor final. Lo anterior puede ejemplificarse en la manufactura (ensamblaje) de un vehículo, y todas las materias primas (motor, llantas, carrocería, tapicería, aparatos eléctricos) que se requieren para producirlo. La adquisición de cada una de estas materias primas, significará el pago del IGSV por cada uno de los insumos necesarios (motor, llantas, carrocería, tapicería, aparatos eléctricos) siendo que cada fase involucrada en la producción del vehículo exigirá el pago del impuesto, lo que define el carácter *plurifásico* del IGSV.

d) El IGSV es un Impuesto Real: El IGSV como impuesto real, se refiere a un impuesto que recae directamente sobre la ‘cosa’ como bien transmitido o servicio prestado. Los impuestos suelen recaer sobre manifestaciones de riqueza (flujos de efectivo, actividades lucrativas), no obstante, esta manifestación de capacidad económica, debe representarse en una declaración en la que el contribuyente evidencie sus ingresos y gastos asociados con la producción de la renta, lo anterior corresponde al Impuesto sobre la Renta. Así, en el caso particular del Impuesto General sobre las Ventas, este impuesto (IGSV) consagra en el mismo momento de la transmisión del bien o prestación del servicio la existencia de

4 JØrgensen, Erik; Owens, Jeffrey, The Move to VAT, OECD Observer, Volumen A, 1995, página 21.

5 Corral, Guerrero; Sistema básico de la imposición indirecta, Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol.11, 2001, página 9.

la base imponible sobre la cual se calculará y cobrará el IGSV al consumidor final. En virtud de lo anterior, el IGSV es un impuesto real, en tanto el impuesto recae sobre el bien o servicio objeto de la transacción gravada con el IGSV.

e) El IGSV es un Impuesto Instantáneo:

El IGSV es un impuesto *instantáneo*. El impuesto instantáneo es aquel que genera la obligación tributaria en el mismo momento en que se realiza el hecho generador. De esta forma, “*el impuesto instantáneo se caracteriza por la especificidad en el momento en que el hecho generador se tiene por realizado y en consecuencia genera la obligación tributaria en el mismo momento en que se realiza un acto, negocio jurídico o contrato determinado*”⁶. Es importante destacar que existen impuestos periódicos, los cuales constituyen el antónimo de los impuestos instantáneos. En el caso particular de los impuestos periódicos, son aquellos “*cuyo monto de la obligación tributaria puede ser determinado solo a través del transcurso del tiempo*”⁷, como sucede con el Impuesto sobre la Renta. El IGSV es un impuesto instantáneo en tanto la obligación tributaria nace al momento de facturar la transmisión de la mercancía o la prestación del servicio gravado por la ley, mismo momento en que el IGSV debe ser pagado por el consumidor final y recaudado por el vendedor.

En conclusión, el Impuesto General sobre las Ventas (IGSV) en Costa Rica es un Impuesto al Valor Agregado (IVA) *imperfecto*. Lo anterior, en tanto de conformidad con el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas se establece un impuesto sobre el valor agregado en la venta de mercancías y únicamente en la prestación de los servicios estipulados en dicha norma. La transición del IGSV al IVA requerirá que todos los servicios prestados, estén gravados

con dicho impuesto, lo cual generará a la vez que estos (servicios) estén sujetos al sistema de acreditación (deducciones) que rige en el Impuesto al Valor Agregado.

II. Aspectos Materiales y Formales del IGSV en Costa Rica.

El Impuesto General sobre las Ventas en Costa Rica, está definido por diferentes aspectos materiales y formales específicamente estipulados en la Ley que regula este impuesto. De esta forma, a partir de los aspectos generales del hecho generador del Impuesto General sobre las Ventas, este (el IGSV) se erige a partir de los siguientes aspectos:

a) Aspecto Subjetivo Activo: El Estado es el acreedor (sujeto activo) de lo recaudado por concepto del Impuesto General sobre las Ventas. El Estado, representado por la Administración Tributaria (en adelante “AT”), que según el Artículo 69 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (en adelante “CNPT”), debe entenderse como “*los órganos adscritos al Ministerio de Hacienda*”⁸. De conformidad con lo estipulado en el Artículo 5 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, las personas o entidades que lleven a cabo ventas de forma habitual o la prestación de servicios gravados con el IGSV deberán registrarse ante la Administración Tributaria. La potestad del Estado es expresamente manifiesta, ante la eventualidad en que si una persona o entidad no ha solicitado la inscripción, pero realiza una actividad sujeta al IGSV, la Administración Tributaria podrá inscribir a la persona o entidad de oficio.

8 Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971 y sus reformas. Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Artículo 69. – Concepto de Administración Tributaria. Para efectos del presente título III, la frase Administración Tributaria debe entenderse como los órganos de la Administración Tributaria adscritos al Ministerio de Hacienda.

6 Sánchez Conejo, Priscilla. Opt. cit. Página 167.

7 Opt. cit. Página 166.



b) Aspecto Subjetivo Pasivo: Si bien es cierto, el *consumidor final* es quien soporta el pago del IGSV, la persona o entidad que realiza la actividad gravada con el IGSV de conformidad con la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, será el contribuyente o declarante, ante la Administración Tributaria. Al respecto, resulta recomendable establecer la diferenciación entre:

i. Contribuyente: Es la persona física o jurídica frente a la cual se verifica la realización del hecho generador, que dará origen a la obligación tributaria. El contribuyente adquiere la condición de deudor ante la Administración Tributaria. El contribuyente está obligado *formalmente* a la presentación de declaraciones y materialmente al pago del IGSV recaudado.

ii. Declarante: Es la persona física o jurídica a la que se le impone una obligación formal, esta obligación formal es la obligación consiste en la obligación de declarar. En el caso particular, del IGSV el Artículo 4 de la Ley ⁹ que regula este impuesto establece que “*son declarantes de este impuesto las personas, físicas o jurídicas, de derecho o de hecho, públicas o privadas, que realicen ventas por exportaciones*”.

A partir de lo anterior, puede inferirse que el sujeto pasivo del IGSV serán los contribuyentes y los declarantes. La condición de contribuyente frente a la Administración Tributaria, la tendrá, según el Artículo 4 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, “*las personas físicas o jurídicas, de derecho o de hecho, públicas o privadas, que realicen ventas o presten servicios en forma habitual*” (con respecto a la prestación de servicios deberá entenderse que estarán

gravados con IGSV únicamente los servicios estipulados en el Artículo de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas).

En conclusión, debe entenderse que si bien el consumidor final es el que paga el IGSV, el contribuyente tiene el deber (*obligación material*) de recaudar el impuesto y presentar la declaración (deber formal), en tanto, el declarante tendrá únicamente la obligación formal de presentar su declaración.

c) Aspecto Objetivo: El Impuesto General sobre las Ventas impone su gravamen sobre la venta de mercancías y la prestación de los servicios estipulados en la Ley que regula este impuesto (IGSV).

c.1) Aspecto Objetivo Material: Expresamente, el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas instituye el ‘objeto del impuesto’ estipula que se establece un impuesto sobre el valor agregado en la venta de mercancías y en la prestación de los servicios estipulados en la Ley que regula este impuesto (IGSV).

⁹ Ley N° 6826. Ley del Impuesto General sobre las Ventas del 8 de noviembre de 1982 y sus reformas.

c.1.1 Aspecto Objetivo Material *Cualitativo*:

i. La Venta de Mercancías. El Impuesto General sobre las Ventas recae sobre la venta de mercancías. Sin embargo, la definición de ‘venta’ para los fines de aplicación de esta ley, está incluida en el Artículo 2¹⁰ de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas. De esta forma, para efectos de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, el concepto de ‘venta’ deberá entenderse más allá de la usual ‘transferencia de dominio’ de un bien. La transacción denominada ‘venta’ que resulta gravada con el IGSV, comprende la transferencia de dominio, la importación o internación de mercancías en el territorio nacional, la venta en consignación, el apartado de mercancías, el arrendamiento (incluyendo el leasing operativo), el autoconsumo, y la concepción ‘*numerus apertus*’ de venta que establece que ‘cualquier acto que involucre o tenga como fin último la transferencia del dominio de mercancías, estará gravada con el IGSV’.

10 Ley N° 6826. Ley del Impuesto General sobre las Ventas del 8 de noviembre de 1982 y sus reformas. “Artículo 2º- Venta.- Para los fines de esta Ley se entiende por venta:

- a) La transferencia del dominio de mercaderías.
- b) La importación o internación de mercancías en el territorio nacional.
- c) La venta en consignación, el apartado de mercancías, así como el arrendamiento de mercancías con opción de compra.
- ch) El retiro de mercancías para uso o consumo personal del contribuyente.
- d) La prestación de los servicios a que se refiere el artículo anterior.
- e) Cualquier acto que involucre o que tenga por fin último la transferencia del dominio de mercancías, independientemente de su naturaleza jurídica y de la designación, así como de las condiciones pactadas por las partes.

El inciso

- c) del presente artículo fue modificado mediante Ley N° 7535”.

ii. La Prestación de Servicios¹¹. Por otra parte, estarán sujetos al Impuesto General sobre las Ventas, los servicios prestados, según lo establece el Artículo 1 de la Ley que regula este impuesto. Así, estarán sujetos al IGSV, que presten los servicios de restaurantes, cantinas, centros nocturnos, sociales, de recreo y similares, hoteles, moteles, pensiones y casas de estancia transitoria o no, talleres de reparación y pintura de toda clase de vehículos, talleres de reparación y de refacción de toda clase de mercancías, aparcamientos (estacionamientos) de vehículos, teléfonos, cables y “télex”, servicios de revelado y copias fotográficas, incluso fotocopias, almacenes generales de depósito, servicios de lavandería y aplanchado de ropa de toda clase, espectáculos públicos en general, excepto los deportivos, teatros y cines, estos últimos cuando exhiban películas para niños, servicios publicitarios prestados a través de la radio, la prensa y la televisión, transmisión de programas de televisión por cable, satélite u otros sistemas similares, así como la grabación de “videos” y “pistas”, y su arrendamiento, servicios de agencias aduanales, servicios de correduría de bienes raíces y servicios de mudanzas internacionales. (*Reformado por las leyes N° 7088 y N° 7097*).

c.1.1 Aspecto Objetivo Material *Cuantitativo*: La tarifa que rige el Impuesto General sobre las Ventas en Costa Rica es del 13% para el traspaso e importación de mercancías y la prestación de servicios gravados según lo establezca la ley. Por otra parte, una tarifa diferenciada del 10% para la madera, y un 5% para el consumo de energía eléctrica

11 En tanto, la temática del Artículo: “La Evolución de la Aplicación del Crédito Fiscal en el Impuesto General sobre las Ventas” versa sobre la reciente reforma del Artículo 14 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, el contenido referido a los servicios gravados con el IGSV, se limita solamente a un contenido enunciativo, con el propósito de no desvirtuar el entendimiento del tema principal en cuestión.



residencial, de conformidad con el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas. Sin embargo, la tarifa diferencia del IGSV o el IVA no es recomendable en tanto como afirman *Tanzi, Vito y Zee, Howell*: “*Muchos países en desarrollo (como muchos países de la OCDE) han adoptado dos o más tasas para el IVA. Las tasas múltiples son atractivas desde el punto de vista político, porque ostensiblemente – aunque no necesariamente de hecho – satisfacen un objetivo de equidad, pero el precio administrativo que se paga por satisfacer objetivos de equidad mediante tasas múltiples de IVA puede resultar mayor en los países en desarrollo que los países industriales. Por lo tanto, debe estudiarse cuidadosamente el costo de un sistema de tasas múltiples* ¹²”.

c.2) **Aspecto Objetivo Espacial:** El Impuesto General sobre las Ventas que rige en Costa Rica está supeditado al Principio de Territorialidad ¹³, siendo que solamente serán gravables las ventas o servicios gravados que se realicen en el territorio costarricense. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 2 del Reglamento a la Ley del Impuesto General sobre las Ventas que establece que este (el IGSV) “*se aplica a las operaciones gravadas que se efectúen en el territorio nacional, destinadas al uso o consumo del mercado interno* ¹⁴”. A partir de lo anterior, se

puede afirmar que solamente serán gravables con el IGSV, las ventas realizadas y los servicios (que estipula la Ley del IGSV) prestados o finalmente ejecutados en el territorio costarricense.

c.3) **Aspecto Objetivo Temporal:** La liquidación y el pago del Impuesto General sobre las Ventas deben realizarse mensualmente a más tardar el decimoquinto día natural de cada mes, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas. El pago debe realizarse mediante la presentación en línea (a través del sistema EDDI-7: Elaboración Digital de Declaraciones de Impuestos) del formulario D-104: Declaración Jurada del Impuesto General sobre las Ventas.

En conclusión, el Impuesto General sobre las Ventas en Costa Rica es un impuesto recaudado por la Administración Tributaria, mismo al que están obligados como contribuyentes, las personas físicas o jurídicas que realicen ventas de mercancías y la prestación de servicios gravados, de conformidad con el Artículo 1 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas y como declarantes, los exportadores o cualquier persona física o jurídica que esté exenta del pago más no de la obligación formal de declarar, sin embargo, el consumidor final será siempre el que soporte el pago del IGSV, mismo que deberá ser retenido y declarado por el vendedor de la mercancía o prestador del servicio gravado. El Principio de Territorialidad que rige la imposición en Costa Rica, se extiende también al Impuesto General sobre las Ventas, cuya tarifa general es del 13%. Finalmente, el IGSV es un impuesto de devengo mensual, cuya fecha límite de pago corresponde al decimo quinto (15) día de cada mes

III. La Evolución de la Aplicación del Crédito Fiscal (Deducción) en el IGSV.

El eje de la aplicación del Impuesto General sobre las Ventas se asienta sobre la viabilidad

12 **Tanzi, Vito; Zee, Howell;** La política tributaria en los países en desarrollo, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2001, página 14.

13 **Salto van der Laat, Diego.** La territorialidad del Impuesto sobre la Renta en Costa Rica: comentarios en torno a la reforma fiscal. San José, Costa Rica, página 5.

“**Principio de territorialidad:** criterio de sujeción a partir del cual la vinculación a un sistema fiscal está determinada por la fuente de la renta, es decir, se gravarán las rentas en el lugar de generación de las mismas. . También referido como criterio de sujeción en la fuente”.

14 Decreto Ejecutivo N°14082-H del 29 de noviembre de 1982. **Reglamento de la Ley de Impuesto General sobre las Ventas.**

contemplada en la legislación para aceptar el crédito fiscal (que genera una deducción) por los insumos adquiridos (con el pago de IGSV) durante el proceso productivo. Así, tal como lo explica Francis Lefebvre: “Las deducciones constituyen la característica esencial del impuesto. Los empresarios pueden deducir las cuotas soportadas en sus adquisiciones, de forma que, a lo largo de la cadena, se va incorporando a los bienes y servicios la carga fiscal correspondiente al valor añadido en cada fase ¹⁵”.

El producto final es el que debe llevar la carga impositiva del IGSV, no así los insumos (materias primas) que se incorporen en este, en tanto, de ser así en la cadena de producción se pagaría el IGSV más de una vez. De esta forma, el carácter plurifásico del IGSV, permite que se requieran materias primas en cada etapa del proceso, insumos por cuya adquisición debe pagarse el IGSV. El pago del IGSV durante la etapa de producción es compensado con la generación de un crédito fiscal aplicable. La generación de créditos fiscales en la etapa de producción, permite entonces, que la carga fiscal sea trasladada al consumidor final, siendo que el producto se grava con el IGSV únicamente al momento de su venta final.

a) Características del crédito fiscal en el IGSV según la legislación costarricense.

El crédito fiscal está sometido a la legalidad tanto para su nacimiento o generación, como para su procedencia. Así, las siguientes son las principales características del crédito fiscal en el Impuesto General sobre las Ventas según la legislación costarricense:

¹⁵ Francis Lefebvre. Memento Práctico. Ediciones Francis Lefebvre S.A., 2003, Madrid, España, página 1029.

i. El crédito fiscal es procedente en bienes gravados y exentos con IGSV pero únicamente en servicios gravados con IGSV: El crédito fiscal es una compensación por el IGSV pagado por los productores de mercancías o servicios, que pretende, mediante la deducción que brinda el crédito fiscal, trasladar el IGSV al consumidor final. En relación a los bienes, el crédito fiscal es procedente en la producción de bienes gravados o exentos¹⁶ con IGSV, en tanto el bien producido es tangible. Lo anterior, sin embargo, no tendría sentido en un proceso productivo de un servicio no gravado con el IGSV, en tanto no existe impuesto para trasladar al consumidor final. Por lo tanto, los productores de servicios no sujetos al IGSV deben asumir los costos asociados con el proceso productivo del servicio final. Lo anterior, de conformidad con el Artículo 21 del Reglamento a la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, el cual establece: “Cuando con motivo de la prestación de servicios no sujetos se utilicen o incorporen mercancías o servicios que han pagado el impuesto en etapas anteriores, lo así pagado no se reconocerá como crédito de impuesto ¹⁷”. (Lo subrayado no corresponde al original).

ii. El crédito fiscal debe estar respaldado por facturas o comprobantes debidamente autorizados por la Administración Tributaria: El crédito fiscal para ser procedente como tal, deberá constituirse a partir de la confección de facturas o comprobantes autorizados de conformidad con lo estipulado por la Dirección General

¹⁶ Tribunal Fiscal Administrativo. Fallo TFA N°010-2014 del dieciséis de enero de dos mil catorce.

¹⁷ Decreto Ejecutivo N°14082-H del 29 de noviembre de 1982. Reglamento de la Ley de Impuesto General sobre las Ventas.



de Tributación¹⁸ de manera tal que la factura emitida deberá llevar impreso el nombre completo del propietario o razón social y la denominación del negocio que realiza la venta del insumo gravado con el IGSV. Además, la factura deberá incluir el número de inscripción (cédula de identidad, cédula jurídica o número asignado por la Administración Tributaria, fecha de emisión, descripción y valor del artículo vendido o servicio prestado, expresado en códigos o en letras, precio neto de venta (sin impuesto), monto del IGSV equivalente a la tarifa aplicada sobre el precio neto de venta con la indicación “Impuesto de Ventas” o las siglas “IVA”, y el valor total de la factura.

iii. El crédito fiscal mayor que el débito, constituye un saldo del IGSV a favor del contribuyente. Finalmente, si el crédito fiscal, es decir los costos asociados con el proceso productivo, son mayores que el IGSV a pagar, se generará automáticamente un saldo a favor del contribuyente. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Artículo 14 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas.

b) Condiciones para la procedencia del crédito fiscal según la legislación vigente.

El régimen de aplicación del crédito fiscal o régimen de acreditación fiscal en cada jurisdicción será distinto, según lo admita la legislación vigente. Si bien el régimen de acreditación fiscal es casuístico, en cada jurisdicción, sobresalen los siguientes:

i. Régimen de Incorporación Física para el Crédito Fiscal: Es el régimen legal que acepta el crédito fiscal derivado de la adquisición de insumos o elementos físicos, químicos o mecánicos incluidos en un proceso productivo, siendo que la inclusión de estos insumos tiene como consecuencia la transformación morfológica del producto original para convertirlo en un nuevo producto destinado a la venta. Cabe destacar que con anterioridad a la reforma, la Administración Tributaria reconocía la procedencia del crédito fiscal solamente en la etapa de *producción* (descartando los insumos incorporados en la etapa de comercialización y distribución). Lo anterior, fue subsanado por la reciente reforma que reconoce el crédito fiscal por insumos utilizados en la producción, comercialización y distribución del bien.

ii. Régimen de Incorporación Financiera para el Crédito Fiscal: Es el régimen legal que acepta el crédito fiscal derivado de los costos asociados con la producción del nuevo producto independientemente de si de la adquisición de insumos o elementos físicos, químicos o mecánicos incluidos en un proceso productivo se derive una transformación morfológica del producto original. Este régimen resulta ser más favorable para el contribuyente, en tanto como afirma *De la Peña Riquelme*: “*El cálculo a través de base financiera ha probado ser mucho más sencillo, pues no requiere esta necesaria y estricta relación de identidad entre los productos y sus insumos y materias primas, además de permitir que se declaren las compras y ventas en un mismo período de tiempo*”¹⁹.

18 Dirección General de Tributación. Resolución N° DGT-11-97 del doce de agosto de mil novecientos noventa y siete, publicada en La Gaceta N°171 del 5 de setiembre de 1997.

19 De la Peña Riquelme, Máximo. Las Transferencias de Bienes y Derechos afectas a IVA. Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago, Chile, páginas 24-25.

El régimen de incorporación financiera no es aplicable en Costa Rica.

La procedencia o reconocimiento del crédito fiscal por insumos adquiridos con el pago de IGSV tiene incidencia directa en el monto final a pagar, en tanto el crédito fiscal es una variable que afecta el cálculo del Impuesto General sobre las Ventas. De esta forma el Impuesto General sobre las Ventas se determina de la siguiente manera:

$$\text{Débito} - \text{Crédito fiscal} = \text{Diferencia} * 13\% = \\ \text{Impuesto General sobre las Ventas}$$

c) El régimen de aplicación del Crédito Fiscal en el IGSV antes de la Reforma²⁰

El régimen de aplicación del crédito fiscal aplicable en Costa Rica hasta el 11 de abril de 2013 consistía en un régimen de *incorporación física*. Sin embargo, más allá de la literalidad que presupone el término “incorporación”, la Administración Tributaria, interpretaba este término (incorporación) a partir de lo estipulado en las definiciones del Artículo 1 del Reglamento de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas Propiamente el Reglamento de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, define ‘Incorporación’ de la siguiente forma:

“Incorporación”, “incorporación en la producción”. Es la unión, mezcla o combinación de dos o más mercancías que dan origen a otro producto de características diferentes; se incorporan en la producción las materias primas y productos intermedios [...].

20 Ley N° 9128. Reforma del Artículo 14 de la Ley N°6826, Ley del Impuesto General sobre las Ventas, de 8 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta N°66 del viernes 12 de abril de 2013.

Así antes de la reforma, la aplicación del crédito fiscal estaba limitada solamente a los productos (mercancías) que se incorporaran físicamente o en *forma directa* en la producción del bien dentro de los términos estipulados por el Reglamento. De esta forma, ‘la incorporación’ en las etapas del proceso, estaba limitada a una ‘incorporación física’ que excluía el costo de mercancías y servicios que eran utilizados en diferentes etapas del proceso productivo o ciclo económico (comercialización, distribución) que en última instancia formaban parte del costo del producto final y en consecuencia, dicha interpretación, sobre la aprobación de créditos fiscales resultaba abstracta, ambigua y perjudicial para el contribuyente.

La interpretación sobre el concepto de “incorporación” –según la Administración Tributaria- estaba estrictamente vinculada a la inclusión de insumos en el proceso productivo de forma directa. No obstante, la interpretación con respecto a si un insumo era o no directamente utilizado en el proceso productivo resultó ser casuística, es decir, no existía claridad con respecto a la determinación de los parámetros que determinaban si un insumo se incorporaba o no directamente en el nuevo producto. Lo anterior, fue un criterio sostenido también por el Tribunal Fiscal Administrativo²¹: *“De la conjunción de las anteriores normas legales e infralegales, se colige con claridad que la legislación tributaria ha adoptado un esquema según el cual, para el reconocimiento del crédito fiscal se requiere la incorporación física o utilización directa dentro del proceso productivo. Así, aquellos bienes respecto de los cuales se haya pagado el impuesto sobre las ventas, si no cumplen con estas características, no pueden formar parte*

21 Tribunal Fiscal Administrativo. Fallo TFA N°261-2012 del veintiocho de mayo de dos mil doce.



de la reducción al determinar la obligación tributaria”. (El subrayado no corresponde al original).

El criterio de la Administración Tributaria con respecto a la “incorporación” resultó perjudicial para productores cuyas mercancías incluían insumos que la Administración Tributaria consideraba “no se incorporaban directamente” en el producto final, por lo que procedía a desconocer el crédito aplicado (la deducción) ajustando así, el monto adeudado por el contribuyente por concepto del Impuesto General sobre las Ventas. Así, el análisis casuístico realizado por la Administración Tributaria al tomar en cuenta las particularidades de la actividad desarrollada por el contribuyente y la incorporación de los insumos al producto final, contravenía la seguridad jurídica en la liquidación del IGSV, en tanto la Administración Tributaria estaba facultada para desconocer el crédito fiscal solamente arguyendo “la falta de incorporación física”.

Con el propósito de ampliar lo anterior, se expone el siguiente caso²² de una empresa manufacturera que tiene como actividad principal la producción de pinturas, esmaltes, barnices, entre otros. La empresa requiere para realizar esta actividad, los materiales para el envase y empaque de sus productos, específicamente los siguientes: envases metálicos y plásticos (cubetas, galones, cuartos, octavos, dieciseisavos, litros, medio litro, estañones etc.), bolsas de empaque, etiquetas de papel plástico para identificar los productos, cajas de cartón para empacar los envases pequeños, películas plásticas para envolver y fijar los envases y tarimas, entre otros. El material de empaque en el caso de los productos forma parte indivisible del proceso industrial, ya que dichos materiales son

los que permiten envasar el producto y permiten su distribución al consumidor final, por tratarse la pintura de un producto líquido cuya venta al cliente sería imposible sin contar con estos envases. Los materiales de empaque y envase descritos están afectos al IGSV del 13%, tarifa establecida en el Artículo 1 de la Ley N° 6826 del 8 de noviembre de 1982.

En relación al caso anterior, mismo que tuvo origen a partir de una consulta realizada a la Administración Tributaria, a tenor del Artículo 119 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en la que la empresa le consultaba (a la Administración Tributaria) sobre la procedencia del crédito fiscal. La AT determinó que el crédito fiscal no era procedente, por lo que el contribuyente presentó su disconformidad ante el Tribunal Fiscal Administrativo (en adelante “TFA”) mismo que ofreció una definición de “incorporación” a tenor de lo expuesto por la Real Academia Española afirmando: “Según éstos es requisito indispensable para obtener el crédito fiscal que se dé la **incorporación física** de las mercancías adquiridas en la elaboración o producción de bienes. Incorporar es “agregar, unir dos o más cosas para que se hagan un todo y un cuerpo entre sí” (Diccionario de la Lengua Española, 20ª Edición, Tomo 11, 1984, 764), por lo que el TFA confirma lo resuelto por la Administración Tributaria, que afirmó mediante el oficio DGT-038-2012²³ lo siguiente: “Es por lo antes expuesto que esta Dirección General no comparte el criterio de la consultante, al afirmar que el impuesto sobre las ventas que ésta pague por la compra de envases, bolsas de empaques, etiquetas, cajas de cartón, entre otros insumos citados, utilizados para su actividad económica es acreditable a efectos del impuesto en mención”. (El subrayado no corresponde al original).

22 Tribunal Fiscal Administrativo. Fallo TFA N° 261-2012 del veintiocho de mayo de dos mil doce.

23 Dirección General de Tributación. Oficio DGT N° 038-2012 del trece de enero de dos mil doce.

Es evidente, que la falta de seguridad jurídica con respecto a la procedencia de créditos fiscales (deducciones) en el Impuesto General sobre las Ventas resultaba perjudicial para el contribuyente. Lo anterior, en tanto el contribuyente (como productor, distribuidor y/o comercializador) sometía insumos por los que se pagaba el IGSV, a un proceso productivo para desarrollar otro producto destinado al consumo final. Sin embargo, aun cuando existían insumos que eran necesarios para la venta del producto, la Administración Tributaria determinaba que en tanto el producto final “no era un todo o un solo cuerpo entre sí” con su empaque, su envoltura, su etiqueta, su enfiardaje, o su contenedor, el crédito fiscal por el IGSV pagado al momento de adquirir los insumos anteriores, no era procedente. En consecuencia, un proyecto de ley fue presentado para así ampliar el concepto de incorporación vigente en el Artículo 14 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, para así facultar legalmente a la Administración Tributaria a declarar como procedente el crédito fiscal pagado por ciertos insumos (empaque, envoltura, etiqueta, enfiardaje, contenedor, etc). Este proyecto se convirtió finalmente en Ley, el pasado 12 de abril de 2013, mediante la publicación en el Diario Oficial La Gaceta N°66 de la Ley N° 9128. Reforma del Artículo 14 de la Ley N°6826, Ley del Impuesto General sobre las Ventas, de 8 de noviembre de 1982.

d) El régimen de aplicación del Crédito Fiscal en el IGSV después de la Reforma²⁴

Es importante destacar que el régimen de aplicación del crédito fiscal no ha evolucionado hacia un Régimen de Incorporación Financiera. Sin embargo, a partir del 12 de abril de 2013, la

aplicación del crédito fiscal se extiende, siendo que el crédito fiscal ahora es reconocido por la adquisición de materias primas, insumos, envases, materiales de empaque, enfiardaje, embalaje, etiquetaje, maquinaria, equipo (sus partes y repuestos), energía eléctrica y cualquier otra mercancía utilizada en el proceso. De esta forma, la ley no solo extiende el reconocimiento del crédito fiscal a un mayor número de diferentes mercancías, y servicios, sino que también habilita la posibilidad de aplicar créditos por mercancías y servicios no estipulados en el contenido de la norma, pero que si se incluyen en el proceso de producción.

Así, el nuevo texto del Artículo 14 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas, establece:

“Artículo 14.-Determinación del impuesto

El impuesto que debe pagarse al Fisco se determina por la diferencia entre el débito y el crédito fiscales que estén debidamente respaldados por comprobantes y registrados en la contabilidad de los contribuyentes.

El débito fiscal se determina aplicando la tarifa de impuesto a que se refiere el artículo 10 de esta ley al total de ventas gravadas del mes correspondiente.

El crédito fiscal se establece sumando el impuesto realmente pagado por el contribuyente sobre las compras, importaciones o internaciones que realice durante el mes correspondiente; así como el impuesto pagado por la adquisición de materias primas; insumos, envases, materiales de empaque incluyendo sus materias primas, enfiardaje, embalaje y etiquetaje; maquinaria, equipo y sus partes y repuestos; energía eléctrica; y otras mercancías que se utilicen dentro del proceso de producción, comercialización

²⁴ Ley N° 9128. Reforma del Artículo 14 de la Ley N°6826, Ley del Impuesto General sobre las Ventas, de 8 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta N°66 del viernes 12 de abril de 2013.



y distribución de los bienes que el contribuyente destine a la venta, sean gravados o exentos, o que se destinen a la exportación; en actividades comerciales, agrarias e industriales, principales y conexas; por concepto de primas de seguro que protegen bienes, maquinaria e insumos, y sobre equipo y materiales utilizados en las labores de tratamiento de desechos y control de calidad de sus productos.

Cuando el crédito fiscal sea mayor que el débito, la diferencia constituye un saldo del impuesto a favor del contribuyente.

El crédito fiscal por compras locales debe estar respaldado por facturas o comprobantes debidamente autorizados por la Administración Tributaria.”

Aunado a lo anterior, la Dirección General de Tributación emitió la Resolución N°DGT-R-019-2013, del trece de mayo de dos mil trece, en la que establecen en su Artículo 2° los créditos fiscales que se reconocerán, siendo estos, los siguientes:

“Artículo 2°—Se reconocerán los créditos fiscales por los pagos realizados por concepto de Impuesto General sobre las Ventas, según el siguiente detalle:

- *Impuestos pagados por el contribuyente sobre las compras, importaciones o internaciones.*
- *Impuestos pagados por la adquisición de materias primas; insumos, envases, materiales de empaque incluyendo sus materias primas, envasado, embalaje y etiquetaje.*
- *Impuestos pagados por maquinaria, equipo y sus partes y repuestos.*
- *Impuestos pagados por energía eléctrica.*

- *Impuestos pagados por otras mercancías que se utilicen directamente dentro del proceso de producción, comercialización y distribución de los bienes que el contribuyente destine a la venta, sean gravados o exentos, o que se destinen a la exportación; en actividades comerciales, agrarias e industriales, principales y conexas.*

- *Impuestos pagados por concepto de primas de seguro que protegen bienes, maquinaria e insumos.*

- *Impuestos pagados sobre equipo y materiales utilizados en las labores de tratamiento de desechos y control de calidad de sus productos”.*

De esta forma, el beneficio de la reforma se da en reconocimiento del crédito fiscal a diferentes mercancías, y servicios no solamente en el proceso de producción del bien, sino también extiende el reconocimiento de la *utilización* de estas mercancías y servicios en el proceso de comercialización y en el proceso de distribución. De esta forma, el crédito fiscal procede ahora en la utilización de mercancías y servicios utilizados (no incorporados) en las tres etapas del ciclo económico que corresponden a: la producción, la comercialización y la distribución del producto final y no solamente en la producción como solía establecerse antes de la reforma.

La reforma a la aplicación del crédito fiscal en el IGSV, ha resultado más que beneficiosa, garante de la seguridad jurídica para el contribuyente. Lo anterior, en tanto, el IGSV pagado por insumos (que incluyen materias primas, maquinaria, energía eléctrica, entre otros) ha sido reconocido como crédito fiscal, mismo que concede al contribuyente la oportunidad de aplicarlo como una deducción al momento de liquidar el IGSV. Lo anterior, se evidencia, por ejemplo en la respuesta a una consulta realizada a tenor del Artículo 119 del CNPT, en la que

la AT le confirma al contribuyente que puede acreditarse el IGSV pagado por “los repuestos” de los equipos (montacargas y pantógrafos) utilizados al proveer el servicio de bodegaje (servicio gravado con el IGSV de conformidad con el Artículo 1 inciso i) de la Ley del IGSV) afirmando: *“En consecuencia, esta Dirección General estima que por la compra de repuestos para los equipos (montacargas y pantógrafos), que se utilizan en la prestación del servicio de bodegaje que realiza la consultante, el cual se encuentra gravado con el impuesto general sobre las ventas, por disposición del inciso i) del artículo 1 de la LGISV, puede aplicar el crédito fiscal de conformidad con el numeral 14 del mismo cuerpo normativo”²⁵* .

No obstante, la Administración Tributaria aun es parcialmente reticente con respecto a la aplicación de la nueva legislación, que le permite al contribuyente, acreditarse los insumos, indirectamente utilizados (no necesariamente incorporados físicamente) en el producto destinado para la venta al consumidor final, o utilizados en los procesos de comercialización y distribución, como lo expone el Tribunal Fiscal Administrativo²⁶ recientemente: *“De lo anterior se logra desprender que para generarse derecho al crédito fiscal, éste debe darse en un proceso de producción de mercancías y servicios gravados en el cual las materias primas, insumos, maquinaria y equipo adquiridos, se incorporen o se utilicen físicamente en dicho proceso, por lo que en las etapas de distribución y comercialización no podría generarse derecho a crédito fiscal, de conformidad con lo señalado previamente”* (Lo subrayado no corresponde al original). Así, el TFA desconoce el crédito fiscal generado en la etapa de distribución y comercialización, lo que

contradice lo estipulado en la reciente reforma del Artículo 14 de la Ley del Impuesto sobre las Ventas.

En conclusión, siendo que el concepto reformado de la utilización de mercancías y servicios que derivan en un crédito fiscal no es compatible con el concepto de ‘incorporación física’ vigente solamente en el Reglamento del Impuesto General sobre las Ventas, podría existir cierta dicotomía con respecto al criterio de admisibilidad de créditos por ciertas mercancías y servicios utilizados. No obstante, esta antinomia (contradicción de leyes) deberá subsanarse para la correspondiente homogeneidad interpretativa de la ley. Corresponderá entonces, al Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro de Hacienda) establecer un decreto que reforme el contenido del Reglamento actual o en su defecto la Dirección General de Tributación podrá emitir un criterio o directriz, tutelados por el Artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que faculta a la Administración Tributaria a: *“dictar normas generales para los efectos de la aplicación correcta de las leyes tributarias”* que garanticen o delimiten con mayor amplitud el reconocimiento del crédito fiscal, para evitar así, el perjuicio que el análisis casuístico del crédito fiscal, le ha generado por mucho tiempo al contribuyente del IGSV. Es necesario, que la aplicación del crédito fiscal evolucione, de manera tal que la Administración Tributaria amplíe el criterio de reconocimiento del crédito fiscal en el IGSV, de conformidad con lo estipulado en el nuevo texto del Artículo 14 de la Ley del Impuesto General sobre las Ventas. La ampliación del reconocimiento del crédito fiscal en el IGSV, es un pilar esencial para la transición del IGSV al Impuesto al Valor Agregado al momento (cada vez más cercano) de extender el gravamen del IVA a todos los servicios.

25 Dirección General de Tributación. Oficio N° 439-2013 del cuatro de junio de dos mil trece.

26 Tribunal Fiscal Administrativo. Fallo TFA N° 328-2013-P, del siete de agosto de dos mil trece.



Bibliografía:

Doctrina:

- **Corral, Guerrero;** Sistema básico de la imposición indirecta, Cuadernos de Estudios Empresariales, Vol.11, 2001, página 9.
- **De la Peña Riquelme,** Máximo. Las Transferencias de Bienes y Derechos afectas a IVA. Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago, Chile, páginas 24-25.
- **Francis Lefebvre.** Memento Práctico. Ediciones Francis Lefebvre S.A., 2003, Madrid, España, página 1029.
- **JØrgensen, Erik; Owens, Jeffrey,** The Move to VAT, OECD Observer, Volumen A, 1995, página 21.
- **Ruiz, Víctor Hugo.** Apuntes Actualizados del Impuesto a las Ventas y Servicios, Serie de documentos docentes (SDD). Universidad de Talca, Año 3, N° 1, Octubre, 2005, página 11.
- **Salto van der Laet, Diego.** La territorialidad del Impuesto sobre la Renta en Costa Rica: comentarios en torno a la reforma fiscal. San José, Costa Rica, página 5.
- **Sánchez Conejo, Priscilla.** Manual de Derecho Tributario. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial IJSA, julio del 2013. Página 166.
- **Tanzi, Vito; Zee, Howell;** La política tributaria en los países en desarrollo, Fondo Monetario Internacional, Washington, 2001, página 14.
- **Zuluaga Potes, Jorge Hernan.** Manual de Impuesto sobre las Ventas IVA. Editorial CODICE Ltda. Bogotá, D.C. Colombia, página 15.

Legislación:

- **Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971 y sus reformas. Código de Normas y Procedimientos Tributarios.**
- **Ley N° 6826. Ley del Impuesto General sobre las Ventas** del 8 de noviembre de 1982 y sus reformas.
- **Decreto Ejecutivo N°14082-H del 29 de noviembre de 1982.** Reglamento de la Ley de Impuesto General sobre las Ventas.

Jurisprudencia:

- **Dirección General de Tributación.** Resolución N° DGT- 11-97 del doce de agosto de mil novecientos noventa y siete, publicada en La Gaceta N°171 del 5 de setiembre de 1997.
- **Dirección General de Tributación.** Oficio DGT N° 038-2012 del trece de enero de dos mil doce.
- **Dirección General de Tributación.** Resolución N° DGT-R-019-2013 del trece de mayo de dos mil trece.
- **Dirección General de Tributación.** Oficio N° 439-2013 del cuatro de junio de dos mil trece.
- **Tribunal Fiscal Administrativo.** Fallo TFA N°261-2012 del veintiocho de mayo de dos mil doce.
- **Tribunal Fiscal Administrativo.** Fallo TFA N°328-2013-P, del siete de agosto de dos mil trece.
- **Tribunal Fiscal Administrativo.** Fallo TFA N°010-2014 del dieciséis de enero de dos mil catorce.



OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA

M.Sc. Miguel Zamora Acevedo

Licenciado en Derecho U.C.R., Máster en Sociología Jurídica
Penal Universidad de Barcelona, Máster en Argumentación
Jurídica Universidad de Alicante.
Profesor de la Universidad de Costa Rica,
Defensor Público en materia penal adultos.

Resumen: El autor analiza la ruptura de la cadena de custodia y el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado. También postula cuales deben ser los requisitos del agravio cuando se solicita su ilicitud.

Dicha posición es aplicable a cualquier forma de control judicial en Costa Rica, sea mediante recursos o actividad procesal defectuosa.

Abstract: The author analyzes the breakdown of the chain of custody and the treatment that the law has given it. He also postulates which must be the requirements of the tort when its illegality is requested. This position can be applied to any form of judicial control in Costa Rica, either by action or procedural defect.

Palabras claves: prueba, debido proceso, cadena y custodia de la evidencia. Ruptura de la cadena de custodia.

Keywords: Proof, due process, chain and custody of evidence, breach in the chain of custody.

Abreviaturas

Art. Artículo.
CPP. Código Procesal Penal

Sumario.

- I. Planteamiento del problema
- II. Aplicación de la cadena de custodia en el proceso penal
 - II. a. Cadena de custodia y funciones en el proceso penal
 - II. b. Posición Jurisprudencial ante el rompimiento de la cadena de custodia
- III. Formas de Control Judicial ante el Rompimiento de la cadena de custodia
 - III. a. Recursos y Actividad Procesal Defectuosa
 - III. b. El agravio
- IV. A modo de conclusiones

Quizá esté yo equivocado y tú en lo cierto, quizá con un esfuerzo a la verdad nos acerquemos¹

I. Planteamiento del Problema.

La tesis planteada sostiene que los criterios de valoración del rompimiento de la cadena de custodia constituyen un vicio ante el debido proceso, motivo por el cual no corresponde a la persona imputada demostrar “per se” el agravio –criterio del hecho negativo–, sino basta con evidenciarlo siempre y cuando sea preciso, determinado y pueda proyectarse como una alteración a la identificación del elemento de prueba. Esta posición asume que la posibilidad e imposibilidad de garantizar la identidad de la evidencia recolectada y analizada no le corresponde al infractor como carga probatoria, sino al órgano estatal, en este caso Ministerio Público.

Esta consideración es totalmente contraria a la sostenida por la jurisprudencia nacional, la cual considera que ante todo rompimiento debe establecerse un agravio concreto para evitar el excesivo formalismo –tesis de la nulidad por la nulidad misma– porque la cadena de custodia no protege, la cantidad y la calidad de la evidencia, sino la identidad del elemento de prueba, porque los elementos decomisados deben ser los mismos que llegan al perito y sobretodo al debate.

En consecuencia, el rompimiento de la cadena de custodia se daría por la pérdida de garantía en la identidad de la cosa decomisada y la entregada a los peritos, no por la disminución de su cantidad, calidad o por simples defectos en el sello del empaque, etiqueta o lacrado, en cuyo caso el interesado debe establecer un perjuicio causado a su causa que conllevaría a su ilegalidad.

II. Aplicación de la cadena de custodia en el proceso penal

La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal resulta fundamental, por cuanto la misma constituye una garantía respecto a la prueba, siendo que:

“El cumplimiento de dichos procedimientos es una circunstancia que será posteriormente valorada por parte de los jueces, mediante el dictado de una resolución debidamente fundamentada que contenga amplios razonamientos acordes con las reglas de la sana crítica racional,... Dicha valoración deberá cuidar dos aspectos fundamentales: primero, que la identidad de la evidencia no haya sufrido menoscabo, es decir, que haya certeza de la congruencia entre lo recabado materialmente en el escenario del delito y lo analizado posteriormente en juicio; y que, además de la existencia de dicha certidumbre, haya garantía que no se ha irrespetado derecho fundamental alguno del procesado, ya que de lo contrario, a pesar de que sean las mismas probanzas recabadas inicialmente, la forma errónea como se obtuvieron las mismas configuraría lo que se conoce como prueba ilegítima o espúrea.” (Campos Calderón, 2002, pp. 18-19).

Sin embargo, el código procesal penal costarricense no tiene un desarrollo normativo específico sobre la cadena de custodia, simplemente contiene referencias genéricas pero suficientes para aplicar los pasos en el aseguramiento y recolección de la evidencia, lo cual lo desarrolla un poco más en diversos medios de prueba como por ejemplo la inspección corporal.

¹ Karl Popper. El mito del Marco común. p.13.



En este caso, la ley orgánica del Organismo de Investigación Judicial complementa con algunas normas que clarifican mejor la utilidad de la cadena de custodia, como son los artículos 3, 4 incisos 2,4 y 5, 5 y 9 párrafo segundo.

Estas normas respectivamente establecen como obligación para el organismo de Investigación Judicial (O.I.J.) “reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación”, “Cuidar que se conserve todo lo relacionado con el hecho punible y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad competente”, “hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante los exámenes, inspecciones, planos, fotografías, y demás operaciones técnicas aconsejables”, “recoger todas las pruebas y demás antecedentes, que tengan importancia en el caso” y por último – sin pretender ser taxativo, respecto a los elementos de prueba dispone que: “Los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvo, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre”.

Como se puede apreciar, mediante la normativa no se podría distinguir específicamente los pasos de la cadena de custodia, forma y contenido así como las consecuencias de algún incumplimiento en sus elementos, sino que habría que acudir a las normas generales respecto a la prueba, de ahí la necesidad de recurrir a las resoluciones judiciales de nuestros tribunales penales y la doctrina especialmente para poder conocer las interrogantes antes acotadas, porque la normas citadas únicamente se hace referencia a las obligaciones del investigador a nivel policial.

II. a. Cadena de custodia y funciones en el proceso penal

Aunque no se pretende que sea una definición estipulativa, resulta de interés conocer alguna enunciación del objeto de este trabajo en el tanto y cuando sirva para guiar el propósito de estudio presente.

Así, por cadena de custodia “entendemos una serie de procedimientos, de índole técnico y científico, relacionados con la recolección, levantamiento y aseguramiento de los indicios o la evidencia material de un hecho delictivo para su introducción al proceso, sea como prueba material, o bien como elemento para ser analizado científicamente y obtener de ellos datos científicos elementos de prueba- que permitan descubrir la forma en que el hecho se cometió o sus autores”. Se entiende por cadena de custodia “el conjunto de una serie de etapas que deben garantizar, con plena certeza, que las muestras y objetos por analizar y que posteriormente serán expuestos como elementos de prueba en las diferentes etapas del proceso, son los mismos que se recolectaron en el lugar de los hechos” (Departamento de Ciencias Forenses, 2004, p. 124).

Por su parte la doctrina sostiene un similar criterio:

“El conjunto de etapas y eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de: a) Evitar la alteración (y/o destrucción de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho)” (Campos Calderón, 2002, pp. 18-19).

De las anteriores definiciones, se puede extraer una serie de pasos a seguir los cuales constituyen en esencia la cadena de custodia y respecto a los cuales parecen ya una obviedad.

En un primer escenario se tiene las fases básicas policiales -mediante las cuales se debe garantizar la autenticidad de los elementos a disponer como prueba- lo cual se desarrolla en cuatro momentos, como es el momento de recolección de elementos de prueba, el momento de la preservación y empaque, el momento del transporte, y finalmente la entrega de los mencionados elementos.

Inmediatamente de esto, surge la exigencia de asegurar la autenticidad de los elementos de prueba durante el momento de su análisis, y por último la cuestión de la custodia y preservación hasta el cumplimiento del juicio, sea mediante la totalidad, una muestra, y un dictamen según el caso y la naturaleza de los elementos de prueba.

Estos pasos tienen como fin último garantizar con certeza que los elementos probatorios utilizados como prueba durante el debate, -y pasados por los laboratorios de análisis cuando proceda-, son los mismos que se recolectaron en el escenario del delito (mismidad).

II. b. Posición jurisprudencial ante rompimiento de la cadena de custodia

En este apartado se usa el término jurisprudencia como, aquellos fallos reiterados de los tribunales superiores en materia penal que, -aunque los mismos no constituyan fuente de derecho-, los operadores del sistema penal le brindan un valor como tal, es decir, al equiparlos como fuente de derecho, ello en razón del valor argumentativo que se da en la práctica judicial cotidiana.

En este sentido, constituye un “lugar común” (Viehweg, 2007, p. 44) la necesidad de la

integridad de la cadena de custodia, sin embargo la visión de los tribunales de alzada disponen la gradualidad de dicha integridad, por cuanto sostienen que no basta la simple alteración a los diversos pasos de la cadena de custodia, sino que el interesado debe demostrar un daño en concreto que altere la identidad.

La primera particularidad que se debe resaltar es, la visión inicial de la cadena de custodia, porque para la jurisprudencia nacional comienza cuando el sistema estatal de investigación entra en contacto con el escenario del delito, en este sentido es ilustrador la visión que brinda la Sala Tercera:

“Es conveniente considerar que para efectos procesales la cadena de custodia a criterio de la Sala Tercera inicia desde que los órganos policiales entran en poder de las evidencias recabadas, y no opera cuando estas se encuentran en manos de particulares que no están obligados a conocer la forma en que deben ser manejados los objetos que eventualmente pueden ser sometidos a investigación policial.”(voto 1409-04).

Este punto resulta fundamental porque se parte de presupuesto de conocimiento técnico en la manipulación de evidencias, asociado al aparato estatal, lo cual tiene incidencia directa a la responsabilidad del resguardo del dicho procedimiento.

Ahora bien, la posición jurisprudencial respecto al quebrantamiento de la cadena de custodia es unánime en los tribunales superiores de materia penal, simplemente indican los criterios emitidos en resoluciones de la Sala Tercera, los cuales sostienen que:

“..no cualquier infracción a la cadena de custodia amerita prescindir de la prueba cuestionada, pues para ello es necesario que se produzca un agravio, el cual se traduce en la



imposibilidad de garantizar la identidad de la evidencia recolectada y analizada. Es necesario demostrar que se dio alguna irregularidad y que esta repercutió en la calidad de la prueba o su contenido, sea deteriorándola o adulterándola...” (Voto 89-2011).

Estos criterios son reiterados en los diversos tribunales de apelación de sentencias existentes² aunque con alguna que otra salvedad, las cuales no obstante son muy escasas, por ejemplo el Tribunal de Apelación de Sentencias de Santa Cruz (voto 388-13) en el cual se cuestiona las etapas de la cadena de custodia.

Empero, estos ejemplos son meras referencias poco visibles ante el maremágnum de la postura dominante devenidos mayormente de la Sala Tercera, por cuanto lo importante es observar en la cadena de custodia una garantía real de identificación entre la prueba recolectada y la que se analiza en debate, “pero su respeto u observancia, no constituye un fin en sí mismo”(voto 1238-13) además “que no basta la simple alegación de que no se observó la cadena de custodia, para que el motivo sea acogible. Se precisa demostrar que se dio alguna irregularidad y que esta repercutió en la calidad de la prueba o su contenido, sea deteriorándola o adulterándola. Así, incluso si hubiera alguna anomalía, esta no tendría interés procesal si no se logra determinar esas consecuencias...”(voto 781-10)

² Entre otros: Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón resolución de las 9 horas del veinticuatro de julio de 2014 voto 370-14, Tribunal de Apelación de Sentencias del Segundo Circuito Judicial de San José, resolución de las 8:03 horas del veintiuno de marzo de 2013, voto 572-13 y resolución de las 9:10 horas del veintiuno de marzo de 2014, voto 529-14, Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago, resolución de las 15:10 horas del veintiuno de marzo de 2013, voto 162-13.

III. Formas de Control judicial ante el Rompimiento de la cadena de custodia

El sistema de control de las decisiones judiciales costarricense en el proceso penal, se puede realizar mediante dos institutos, los recursos y la actividad procesal defectuosa, en donde los primeros sirven par atacar las resoluciones judiciales y las segundas las actuaciones judiciales, aunque ambos tienen la particularidad que requieren demostrar el agravio o el interés procesal para recurrirlo como factor legitimante.

En este sentido, mediante los recursos se está limitado a los supuestos en los cuales en el proceso se dicte alguna resolución y que la misma sea susceptible de recurrirse, como lo es claramente la sentencia definitiva independientemente del resultado, igualmente se debe tomar en consideración la taxatividad subjetiva como criterio legitimador ya que no basta la taxatividad objetiva de la resolución.

En sentido contrario, mediante la actividad procesal defectuosa se tiene mayor amplitud de cuestionar los alcances de alguna actuación que se considere perjudicial o violatoria de algún derecho como podría ser el rompimiento de la cadena de custodia.

III. a. Recursos y Actividad Procesal Defectuosa

Los recursos se caracterizan por refutar las resoluciones judiciales con el propósito de evidenciar alguna inobservancia que motiva un gravamen, por ello puede decirse que son los medios procesales establecidos que legitiman a las partes poder solicitar al juez Ad quo o Ad quem la revisión de alguna resolución judicial que resulta desfavorable, para con ello generar una revisión total o parcial con el objetivo de revocar, ampliar, anular o bien modificarla.

Igualmente se podría considerar el recurso desde dos aristas, formal y sustancial, bajo la primera el recurso sería “instancia o solicitud que contiene dicha manifestación de voluntad y que determina un procedimiento encaminado a lograr esa finalidad, es decir, que provoca un nuevo juicio lógico o una nueva fase procesal” (Ayán, 1985, p. 40) y de manera sustancial sería la “manifestación de voluntad de quien ataca una resolución jurisdiccional, que se considera ilegal y agravante, a fin de que el tribunal que la dictó u otro de grado superior (Alzada), mediante un nuevo examen, la revoque, modifique o anule”(ibídem).

Evidentemente es un ejercicio de voluntad de las partes, motivo por el cual no se considera recurso la “actividad oficiosa del juez” (Palacio, 2009, p. 14) cuando invalida una nulidad absoluta, tampoco la consulta judicial.

También como forma de manifestación de voluntad, el recurso está supeditado a un plazo, el cual incluso puede renunciarse durante el mismo o una vez ejercida la potestad (desistimiento del recurso).

Por otro lado, la protesta por actividad procesal defectuosa busca reclamar la invalidez por incumplimiento de las regulaciones procesales de las actuaciones procesales de las partes, esto tiene la ventaja de permitir requerir la ineficacia del acto vía incidental o durante la audiencia, en la cual se considera se presenta el vicio en los actos, sin esperar que dicho acto sea base para alguna resolución judicial, con lo cual no significa que se excluyan los recursos, sino que previamente se puede reclamar los defectos y proponer la solución, sea anulando el acto o modificando lo actuado.

Sin embargo, la actividad procesal defectuosa se rige por algunos principios los cuales deben ser tomados en cuenta, porque determinan su

procedencia y resultado, esto va asociado a la visión de invalidez de los actos y no como la nulidad del acto como sanción.

En este caso, bajo la tesis de la actividad procesal defectuosa, “se analiza la situación como incumplimiento de un precepto legal que le impide al acto cumplir su finalidad, por lo que parte interesada debe hacerlo notar” (Conejo Aguilar, 2008, p. 18).

La visión ideológica de esta postura radica en que el formalismo no tiene un fin en sí mismo, de ahí que sean irrenunciables a las partes -orden público-, mientras sean garantías de los derechos constitucionales de los sujetos en el proceso.

En este sentido, siguiendo nuevamente a Doña Milena Conejo, se puede decir que “cada vez que se constate un acto inválido, no se producirá una sanción que alcance hasta la carátula del expediente, sino que las consecuencias se producirán como regla, sobre el acto mismo, impidiendo que surja sus efectos” (Conejo Aguilar, 2008, p. 20).

En consecuencia, resulta importante mencionar que la actividad procesal defectuosa se rige por una serie de principios, sin los cuales resulta imposible establecer dicha protesta.

Entre estos principios la doctrina señala:

Especificidad: El cual significa que solo puede declararse la invalidez del acto, cuando una norma legal así lo establezca. En el proceso penal se tiene una norma general (art 175 CPP) que establece bajo cuales condiciones las actuaciones no serían válidas.

Trascendencia: Este principio establece que para la invalidez de un acto, se debe establecer el perjuicio, con lo cual se busca evitar el excesivo formalismo, incluso se limita cuando



la parte haya contribuido a provocarlo³. En este sentido, “No vale la simple infracción a la norma procesal: se requiere que esta cause un perjuicio real al interesado” (Conejo Aguilar, 2008, p. 22).

Saneamiento: Este principio busca la corrección –incluso de oficio– de los actos procesales defectuosos (Ureña Salazar, 2004, p. 39). En este sentido la norma procesal establece: “Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado”(art 179 C.P.P.)

Sin embargo, tratándose del saneamiento se debe tomar en consideración la preclusión de las etapas del proceso, lo cual es un límite al ejercicio de saneamiento ya que como bien indica Binder, es una “reparación” (Binder, 2000, p. 97) del acto.

Finalidad del acto: Es otra forma de manifestación contra el formalismo. Esta finalidad del acto significa que no se puede alegar la invalidez del acto procesal si cumple los fines por los cuales fue creado. Es decir, si a pesar de ser defectuoso cumple con los objetivos propuestos no amerita su invalidez, ya que no conlleva una ventaja del reclamante.

Convalidación: Significa que ante la falta de protesta oportuna ante el acto viciado, el acto se tiene por válido siempre y cuando no sea un defecto de carácter absoluto. Esto podría suceder bajo dos formas: cuando quien teniendo derecho a impugnar acepte el acto o no lo recurra, en cuyo caso consiente sus efectos y cuando no se alegue su subsanación y ésta proceda.

III. b. El agravio.

Ahora bien, tanto los recursos como la actividad procesal defectuosa presentan un requisito en común o genérico, el cual es el agravio.

El agravio o gravamen es un perjuicio o desventaja real ante las garantías procesales y constitucionales que determinan el interés en recurrir o protestar. El perjuicio debe ser esencial, lo cual quiere decir que afecte los derechos del solicitante (Castillo González, 1984, p. 44).

Así, se puede analizar el agravio desde un punto de vista subjetivo, el cual “debe surgir de la discrepancia del sujeto con la resolución impugnada” (Ayán, 1985, p. 89) o con las actuaciones viciadas.

Desde el punto de vista objetivo, “para que existe un interés, la resolución que se ataca debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico... (Ayán, 1985, p. 88)”

Ambos puntos de vistas conllevan a la visión de “personalidad del agravio” (Ayán, 1985, p. 90), con lo cual el hecho generador de la protesta o recurso afecte directamente los intereses procesales del solicitante y no otro sujeto, esto es, la legitimación.

Este interés es la medida del recurso (Ayán, 1985, p. 87), pero también es un presupuesto de la protesta por actividad procesal defectuosa, según la normativa procesal penal: “Excepto en los casos de defectos absolutos, el interesado deberá protestar por el vicio, cuando lo conozca”(art. 176 C.P.P.).

³ La salvedad es para el imputado, el cual podría reclamar o impugnar aunque haya provocado el vicio cuando lesionen disposiciones constitucionales. Art. 439 C.P.P.

IV. A modo de conclusiones

Primero, algunas precisiones conceptuales.

Generalmente en discusiones sobre derecho, muchas veces las argumentaciones olvidan que las circunstancias que parecen más sencillas, son las que deparan mayor esfuerzo explicativo, por ejemplo la carga probatoria. Esto es, a diferencia del proceso civil, en el proceso penal -se da por un hecho- que le corresponde al órgano acusador, sea público o privado, el *onus probandi*, con algunas pocas variables a discutir como en las causas de justificación.

Por ello, si bien es cierto, no solo mediante la cadena de custodia se puede acreditar algún elemento probatorio y resguardar su integridad para los fines del proceso, pues podría ser mediante auto acreditación, sea cuando se autentica a si misma la prueba, un periódico por ejemplo; mediante testimonios de acreditación; o por pericia, es decir, que expresa lo que analizó, verbigracia una valoración médico legal. Todo ello permitido por el principio libertad probatoria. (Arts. 182 y 234 C.P.P.)

Ahora bien, en lo presente solo resulta de interés la cadena de custodia, en los casos en los cuales su utilidad resulta indispensable para el resultado del caso, se aclara la premisa para no caer en discusiones vacías o fuera de planos argumentativos, es decir, en los casos en los cuales opere alguna de las otras formas de acreditación de los elementos de prueba no sería de utilidad el presente análisis.

Se pretende con ello, dar una visión realista del fenómeno y las definiciones que se viene sustentado no pretender ser estipulativas, sino meramente referenciales a los usos comunes que el operador jurídico de la materia les da, y para no caer en falsas generalizaciones se evidencian por medio de las resoluciones judiciales de los

Tribunales de apelación de sentencias y Sala Tercera.

En segundo lugar, la tesis esbozada en la introducción parte de una la premisa radical, en la cual se considera que ante el rompimiento de la cadena de custodia, no le corresponde al imputado la demostración del perjuicio o agravio, sino simplemente evidenciar un vicio en la forma procesal que deriva en el supuesto de ilegalidad.

Se entiende por no demostración del agravio, la exigencia de justificación respecto a la identidad de la cosa, lo cual es una valoración fáctica, lejana para el quejoso. De ahí que bajo esta premisa, sea imposible pretender demostrar el gravamen o agravio respecto a dicha condición.

Lo que si se acepta como tal, es la demostración del interés funcional. Sería un “perjuicio real e irreparable a la vigencia de la garantías constitucionales que limitan y racionalizan la potestad represiva del Estado en el proceso” (Conejo Aguilar, 2008, p. 31).

Dicha premisa, no es un retroceso al mero formalismo o tesis de la nulidad por la nulidad misma (Cruz Castro, 1994), sino en una postura que designa claramente los roles de los partícipes en el proceso; La carga probatoria y responsabilidad profesional. Además, la circunstancia de no demostrar el agravio por parte del solicitante deriva en evitarle la justificación –fáctica o argumentativamente- de un hecho negativo, lo cual sería imposible, salvo meras especulaciones y mucha imaginación.

Es decir, pretender que el recurrente demuestre porque le afecta el no cumplimiento de la cadena de custodia respecto a la identidad de la cosa sería obligarle a establecer circunstancias ajenas al sujeto como sería: demostrar que nadie estuvo custodiando la evidencia; indicar las razones por los cuales falta una o dos piedras



de crack de las 10 recolectadas; explicar porque las indicaciones en las diversas etiquetas no coinciden, etc; Como se puede apreciar, son circunstancias que no derivan de una acción propia del sujeto, menos de conocimiento de parte lo cual es un hecho negativo.

Y eso, obliga a realizar meras especulaciones sin contenido concreto y revierte la carga probatoria groseramente al recurrente, ya que la justificación del rompimiento de la cadena de custodia y su posible no afectación o alteración respecto al objeto que tutela, es responsabilidad del órgano acusador y de las autoridades de investigación judicial. Es decir, le corresponde al Ministerio Público y la policía judicial garantizar la identidad entre la evidencia recolectada y analizada ante el rompimiento y no al recurrente.

Precisamente por ello, se acepta como comienzo de la cadena de custodia, siguiendo la tesis de la Sala Tercera, su inicio “desde que los órganos policiales entran en poder de las evidencias recabadas, y no opera cuando estas se encuentran en manos de particulares que no están obligados a conocer la forma en que deben ser manejados los objetos que eventualmente pueden ser sometidos a investigación policial.”(voto 1409-04)

Como se puede fácilmente deducir, existe una clara relación de medios a fines, entre el conocimiento de los sujetos encargados de la cadena de custodia y los fines de la misma.

Así, que la ruptura sea la que permita dudar de la mismidad de la cosa, es una conclusión necesaria, aunque no suficiente, por lo cual esto último no es resorte del recurrente porque esto en realidad lo que hace es sostener que cuando hay ruptura de la cadena de custodia, puede surgir una duda razonable sobre la identidad del objeto y como corolario habría que razonar cual es la consecuencia de eso; Ante ello, al afectado

le bastaría con que indique el vicio y evidencie el agravio sin demostrar que este agravio es efectivo (en cuanto a la identidad de la cosa o sea fácticamente) ya que sería imponerle una consideración de imposible cumplimiento, esto es demostrar el hecho negativo.

En contra posición, los criterios emitidos por los diversos tribunales superiores en materia penal, parten de la idea que en el agravio se debe mostrar alguna afectación a la identidad de la cosa, incluso en aquellos casos que la sustancia se vea afectada tanto en calidad como en cantidad porque dichas características son propias del objeto, este criterio se puede resumir de la siguiente forma:

“...no basta la simple alegación de que no se observó la cadena de custodia, para que el motivo sea acogible. Se precisa demostrar que se dio alguna irregularidad y que esta repercutió en la calidad de la prueba o su contenido, sea deteriorándola o adulterándola. Así, incluso si hubiera alguna anomalía, esta no tendría interés procesal si, como en este asunto, no se logra determinar esas consecuencias, siendo a lo sumo una infracción administrativa, pero sin interés procesal para la solución de la causa.” (Voto. 0870-09, de las 14:20 horas, del 09 de julio de 2009. En igual sentido ver el voto. 0163-10, de las 16:05 horas, del 24 de febrero de 2010).” (Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial, voto 529-14)

Así, es común el siguiente argumento: “El recurrente por su parte, se limita a indicar que se violentó la cadena de custodia, no obstante no ofrece datos objetivos que permitan valorar su reclamo y concederle alguna razón...” (Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón, voto 370-14)

Estos criterios deben acentuarse en su postura por cuando vienen inclinar la balanza entre el formalismo y las garantías procesales a un nivel de discusión vacío (que serían datos objetivos?), hacia una visión de apariencias de legalidad y garantías, pero en realidad es todo lo contrario: es ilegal alterar la carga probatoria y lejos de ser garantía constituye una arbitrariedad exigir lo imposible a quien no tiene responsabilidad en la guardia y cuidado de la cadena de custodia.

Por último dos refutaciones posibles⁴.

La primera y más común, consiste en recurrir al discurso de los principios. En este caso generalmente el argumento básico está en el principio de libertad probatoria.

Bajo esta premisa, se pretende justificar las falencias de la cadena de custodia por medio del recurso de otras pruebas, por cuanto existe libertad de pruebas siempre y cuando no violenten las garantías procesales y constitucionales, sin embargo como bien señala Javier Llobet “la libertad de la prueba no implica tampoco una libertad de procedimiento...” (Llobet Rodríguez, 2012), con lo cual la falencia de un procedimiento específico no se justifica *ceteris paribus* recurriendo a otra prueba, salvo los casos en los cuales tenga referencia directa.

De ahí que se debe recordar la posición sostenida por la Sala Constitucional, la cual desde vieja data indica que “La llamada cadena de custodia de la evidencia constituye, junto con otros elementos, una formalidad instituida para garantizar una válida producción de

elementos probatorios del proceso penal.” (Sala Constitucional, voto 5743-96).

La segunda refutación, se analiza en la utilización de los testigos actuantes. Es decir, buscar justificar las falencias en la cadena de custodia por medio de los sujetos responsables de la misma, respecto a la cadena de custodia como también de las falencias.

Esto generalmente consiste en testimonios para probar haber cumplido con la cadena de custodia (aunque documentalmente no sea así), e implicaría hacer ver que los objetos del ilícito llevados hasta el juez son los mismos a pesar que no conste en actas; Testimoniar como si hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso y que éstas correspondan al caso, etc.

No obstante, ante ello se debe recordar que no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía o investigadores, los cuales en la mayoría de los casos son los responsables directos de los elementos de prueba y tener sus versiones como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas y procedimientos establecidos. Ello como consecuencia del respeto al principio de legalidad y de responsabilidad profesional.

Así las cosas, sería justificar por otros medios lo que en principio no se hizo bien, por lo que el lenguaje aquí funciona como un retrato de la realidad; Searle dice que en este caso la satisfacción tiene una dirección de ajuste palabra-mundo, pues las palabras cambian para ajustarse a lo que pasa en el mundo (Searle, 2012, p. 216), aunque en el derecho respecto al procedimiento de cadena de custodia la relación de ajuste debe ser al revés: mundo-palabras.

4 Como simple curiosidad; Generalmente dependiendo de los delitos, los tribunales son más o menos propensos a “disculpar” los defectos en la cadena de custodia de la prueba, por ejemplo en materia de drogas, aunque como bien se indica en el epígrafe “Quizá esté yo equivocado y tú en lo cierto, quizá con un esfuerzo a la verdad nos acerquemos...”



La legitimidad de los elementos no depende de la visión de unos, sino en el fundamento de la realidad del objeto protegido por un procedimiento específico, lo cual constituye una garantía para la administración de justicia fundamentado en la autenticidad de la evidencia.

Trabajos citados

Ayán, M. (1985). *Recursos en materia penal. Principios generales*. Buenos Aires: Editorial Marcos Lerner.

Binder, A. (2000). *El incumplimiento de las formas procesales: Elementos para una crítica de la teoría unitaria de las nulidades*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.

Campos Calderón, F. (2002). *La cadena de custodia*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Castillo González, F. (1984). *El interés para impugnar en el proceso penal*. Revista de Ciencias Jurídicas (49).

Conejo Aguilar, M. (2008). *Medios de impugnación y Defensa penal (Vol. 3)*. San José: Poder Judicial, Defensa Pública. Programa de formación inicial de la Defensa Pública.

Cruz Castro, F. (1994). *La nulidad por la nulidad, la justicia pronta y cumplida y la vigencia del formalismo procesal*. San José: Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Departamento de Ciencias Forenses, P. J. (2004). *Manual de Recolección de Indicios*. San José: Poder Judicial, Departamento de Publicaciones E Impresos.

Llobet Rodríguez, J. (2012). *Proceso Penal Comentado (5 edición ed.)*. San José: Editorial Jurídica Continental y Editora Dominza.

Palacio, L. (2009). *Los recursos en el proceso penal (3 edición ed.)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Popper, Karl. *El mito del marco común*. Traducido por Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Editorial Paidós, 2005.

Sala Constitucional, *resolución de las 15:06 horas del 29 de octubre de 1996*, voto 5743-96.

Sala Tercera, *resolución de las 10:42 horas del 13 de setiembre de 2013*, Voto 1238-13.

Sala Tercera, *resolución de las 11 horas del 4 de agosto de 2011*, Voto 89-2011.

Sala Tercera, *resolución de las 8:55 horas del 10 de diciembre de 2004*, voto 1409-04.

Sala Tercera, *resolución de las 9:26 horas del 22 de julio de 2010*, voto 781-10.

Searle, J. (2012). *La construcción social de la realidad*. (A. Domenech, Trad.) Barcelona: Editorial Paidós.

Tribunal de Apelación de Sentencia de San Ramón, *resolución de las 9 horas del 24 de junio de 2014*, voto 370-14.

Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, *resolución de las 9:10 horas del 21 de marzo de 2014*, voto 529-14.

Ureña Salazar, J. J. (2004). *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Viehweg, T. (2007). *Tópica y Jurisprudencia*. (L. Díez Picazo, Trad.) Pamplona: Editorial Thompson-Civitas.



**EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
(A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)**

Carlos Alberto Mata Coto¹

Resumen

Mediante el presente estudio jurídico se hace del conocimiento de la comunidad jurídica costarricense la jurisprudencia constitucional relativa al principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, la cual se analizará. Es de suma importancia que exista un adecuado régimen jurídico sancionador en el Derecho administrativo que, ilumine el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores. Los principios jurídicos no tienen un funcionamiento aislado, son principios que ordenan el reconocimiento del ordenamiento jurídico; para el caso en estudio, el principio de tipicidad refuerza los objetivos trazados en los principios de legalidad y seguridad jurídica. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador requiere de una precisión científica jurídica adecuada, para que en los procedimientos administrativos se cumpla con las garantías de los administrados a un debido proceso.

Palabras claves: Derecho administrativo, administración pública, derecho administrativo sancionador, principio de tipicidad.

Summary

Through this legal study it will be brought to the attention of Costa Rican legal community the constitutional jurisprudence concerning

the principle of typicality in administrative law sanctions, which will be analyzed. It is of the utmost importance that there is an appropriate legal sanctions regime in administrative law that illuminates the development of the administrative sanctioning procedures. The legal principles do not have an isolated operation, are principles that order the recognition of the legal ordering; for the case under study, the principle of typicality reinforces the goals outlined in the principles of legality and legal certainty. The principle of typicality in the sanctioning administrative right requires a suitable legal scientific precision, so that in the administrative procedures it is fulfilled the guarantees of the administered ones to a due process.

Key words: Administrative law, public administration, sanctioning administrative law, typicality principle.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Abogado y Notario Público.

I. INTRODUCCIÓN

Posiblemente el principio dentro del ordenamiento jurídico-administrativo de mayor peso es el de legalidad. Así se observan escritos y argumentaciones en audiencias tanto en sede administrativa como en la jurisdicción contencioso-administrativa, incluyendo discursos políticos, en que se aprecian referencias al principio de legalidad. Sin embargo, no es el único principio que informa el ordenamiento jurídico-administrativo, ni se encuentra aislado en la tutela del interés público y en la defensa de la justicia.

Sucede entonces que las administraciones públicas deben en todo momento actuar con apego a la legalidad², en respeto del ordenamiento jurídico en su totalidad, cumpliendo con lo que dicta la Ley General de la Administración Pública. Esta ley ordenó la organización administrativa costarricense, el actuar de las administraciones públicas a lo interno y de sus relaciones jurídicas con los administrados. Es a partir de esa creación jurídica que se hace referencia al administrado con propiedad, con rigor jurídico, con respeto a la persona; sigue siendo una lucha, con todo y los grandes avances que se han mostrado en la justicia administrativa costarricense.

La complejidad de la organización administrativa del Estado se plasma en la satisfacción de fines de carácter público *prima facie*. Su proyección a otros intereses, lo es en el tanto, se logra la satisfacción de los fines públicos, que se deben a un interés público. Estamos ante un orden de prioridades y de interconexión de

intereses. El Estado es así una organización de fines y no únicamente de entes y órganos.

El derecho administrativo ha debido evolucionar hacia un derecho administrativo sancionador ordenado y coherente en sus fines administrativos en procura del respeto al ordenamiento jurídico-administrativo y las garantías del debido proceso. Si partimos de una tesis correctiva, se trata de una posición funcional y ordenadora de los fines del Estado a través de las administraciones públicas en cumplimiento del ordenamiento jurídico-administrativo. No es en exclusiva una tesis represiva, aunque toda sanción implica la responsabilidad de quien infringe la legalidad administrativa. Al tratarse de una tesis correctiva, se repudia el vicio del círculo vicioso del régimen sancionador a través de sanciones aisladas.

Toda infracción conlleva una sanción. Demostrada la existencia de la infracción, procederá establecer la sanción correspondiente. Debe existir una responsabilidad por el actuar ilegal, de lo que es contrario a derecho y que ha ocasionado lesiones y perjuicios.

El objetivo principal de este trabajo es demostrar la importancia de un régimen administrativo sancionador que se sustente en la precisión de las infracciones y sanciones administrativas, de ahí que abordemos el estudio desde el análisis del principio de tipicidad.

Debemos hacer referencia al ordenamiento jurídico-administrativo, pues el mismo se compone de una serie de principios que nutren y hacen posible que este ordenamiento funcione de acuerdo a los fines que se persiguen. De ahí que el principio de tipicidad, objeto principal de estudio, debe cumplir en rigor y precisión con el funcionamiento adecuado del ordenamiento en cuestión, y concretamente en los procedimientos administrativos sancionadores.

2 Como señala Enrique ROJAS FRANCO, «el principio de legalidad impone a la Administración Pública respetar las disposiciones que regulan su actividad normativa». *Vid. Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Edilex, Guayaquil, 2007, p. 60.



II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La Ley General de la Administración Pública dedica todo un libro a los procedimientos administrativos, lo cual resulta en toda su formalidad apto para el correcto desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores, sin embargo, en este estudio interesa lo que en lo sustancial se resuelva al imponerse las sanciones. Sobre las potestades sancionadoras de las administraciones públicas existe un importante desarrollo por parte de la jurisprudencia constitucional, que involucra las acciones punitivas del Estado con la finalidad de tutelar el interés público y el ordenamiento jurídico.

La Sala Constitucional, en sentencia N° 13329-2006, de 6 de setiembre, considerando III, señala:

“Potestad sancionatoria de la Administración: Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un ius puniendi estatal que se justifica en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de importancia para la colectividad. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal”.

El *ius puniendi* estatal es uno solo³. Partimos de que la potestad punitiva del Estado no se

3 Al respecto señalan Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, «debemos habituarnos a pensar que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son ramas de un mismo tronco: el derecho punitivo estatal. Y esto aunque, por el momento, el derecho administrativo sancionador tenga que servirse todavía de unidades jurídicas que hasta hace poco eran patrimonio del derecho penal y que –con el amanecer de los nuevos tiempos– o bien pasan a ser patrimonio de ese derecho punitivo común, o bien prestan un apoyo ortopédico transitorio a esta rama in fieri del mismo que es el derecho administrativo sancionador». Vid. su obra Comentarios a la Ley de régimen

divide, o que responda a intereses diferentes, lo que puede variar es su forma de aplicación, para nuestro caso, desde la óptica del derecho penal o del derecho administrativo. El Estado tiene la potestad y el deber de que el ordenamiento jurídico se respete, y que los infractores de este ordenamiento sean responsables de los hechos cometidos que transgreden lo establecido por la normativa; como señala John AUSTIN, «la obediencia habitual debe prestarse a una misma y única persona determinada»⁴.

Un punto de comparación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, resultaría totalmente absurdo, y no tanto por la política y técnica de cada rama, sino, por los alcances y objetivos de cada materia, que con sus diversas peculiaridades en forma y fondo, cumplen con el objetivo estatal de ordenación de la conducta de las personas. Se reconoce en doctrina que el derecho administrativo sancionador se deriva en gran parte del derecho penal, y prueba de ello resulta ser el principio de tipicidad. En tal sentido, se reconoce una mayor precisión y fuerza de ejecución en el binomio delitos/penas que en el caso de las infracciones/sanciones administrativas⁵.

jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Thomson Reuters-Aranzadi-Civitas, Navarra, 2012, p. 1940. Para Eduardo CORDERO QUINZACARA, «ni el Derecho penal ni el Derecho administrativo sancionador son estancos separados, sino que son espacios de actuación coordinada en el marco de una política represiva que el Estado puede implementar para cumplir su función constitucional». De su trabajo “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, RDV, núm. 2, 2012, p. 155.

4 De su obra El objeto de la jurisprudencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 202.

5 Vid. CORDERO QUINZACARA, E., “El Derecho administrativo...”, p. 140.

Al respecto señala la Sala Constitucional en la sentencia N° 21265-2010, de 22 de diciembre, considerando III:

“Principios que rigen el sistema sancionatorio administrativo. En cuanto a los principios aplicables al régimen sancionatorio administrativo, se ha establecido que éstos tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos: “Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativas a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que “todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en

la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador.”(resolución N° 1484-96) “...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.”(resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos.” Sentencia 2000-08193 de las quince horas cinco minutos del trece de setiembre del dos mil”.

Ningún procedimiento administrativo sancionador se debe ni puede constituir en un procedimiento de persecución, esto es contrario a derecho, es contrario al principio de que nadie es culpable hasta que se demuestre la culpabilidad. La imparcialidad en estos procedimientos es de suma importancia; el órgano decisor debe actuar con la mayor seriedad posible, valorando las pruebas, aplicando de forma adecuada las leyes y, razonando y fundamentando la decisión que se tome, todo en respeto del principio de legalidad.

Son diversos los intereses que se encuentran en juego en un procedimiento administrativo



sancionador; su complejidad deriva de la tutela del interés público, de los derechos de libertad e igualdad de las personas, de los principios que informan el debido proceso y las garantías de los administrados, así como de las potestades de imperio del Estado ⁶.

Un régimen jurídico sancionador tiene como ventaja la de responder a normas preexistentes, digamos de primer orden de corrección, y que van a ser reforzadas en caso de incumplimiento, ello es común para ambas materias, para el derecho administrativo sancionador como para el derecho penal. Por ejemplo, todo funcionario público debe actuar de acuerdo al principio de probidad, no hay excepción a ello que vaya en contra del ordenamiento jurídico, ello es una norma primaria de corrección. Al funcionario que se le acuse de faltar al principio de probidad, se le debe iniciar un procedimiento administrativo sancionador para buscar la verdad real de los hechos y así, si amerita o no una sanción, norma secundaria de corrección, con base en una norma primaria existente. Lo que interesa es el adecuado comportamiento de los funcionarios públicos, sea como un sector, en que existe normativa sectorial y, que responde al interés público, del que se beneficia la sociedad. La Sala Constitucional en la sentencia N° 5594-1994, de 27 de setiembre, considerando II, señala:

“EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. La responsabilidad administrativa o disciplinaria es la que nace de la transgresión de una obligación

administrativa o de un deber impuesto a un funcionario o empleado, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública. La transgresión de los deberes administrativos tiene su sanción característica en la responsabilidad administrativa del funcionario, que se hace efectiva por el procedimiento dirigido a hacer cumplir la obligación debida, o por la sanción administrativa que se impone. Por ello, el concepto de sanción disciplinaria se refiere necesariamente al funcionario o empleado, o mejor dicho, a los derechos del funcionario. Este régimen es una especie de la potestad “sancionadora” del Estado, de la que dimana, potestad que es inherente y propia de la Administración Pública, traducéndose en la facultad de, por lo menos, un “mínimo” de poder para que ésta aplique sanciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados cuando falten a sus deberes. Sin embargo, el poder disciplinario no es exclusivo del régimen del derecho público. Así por ejemplo, se da en la familia, ejerciendo ese poder los padres, no sólo para la corrección de los hijos, sino también para la preservación de la unidad moral de la familia, y se reprende no por lo que se ha hecho, sino para que no se vuelva a hacer; en el campo laboral privado -industrial y comercial-, lo ejerce el patrón en defensa de la regularidad en la esfera de trabajo; en los colegios profesionales, etc. Se puede concluir que en realidad, el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función. Así, el derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica, más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma, de ahí el carácter correctivo de las sanciones disciplinarias”.

⁶ Para Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «el proceso de solidificación del principio de legalidad sancionadora no ha estado exento de dificultades. Éste siempre se ha movido en una constante tensión entre los intereses en juego: por un lado, la libertad individual y la seguridad jurídica y, por otro, la protección de los intereses generales». Vid. “La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RAP, núm. 166, 2005, p. 172.

El derecho administrativo sancionador es un derecho que pretende la corrección de la conducta de las personas físicas y jurídicas, en cumplimiento de la normativa y la organización administrativa, en tutela del interés público. Se comprende que un régimen sancionar establece sanciones para reprimir conductas contrarias al ordenamiento jurídico; sin embargo, como corrección se aprecia además un interés por un orden sectorial, es decir un interés de grupo, que va repercutir en el interés público. Veámoslo con un ejemplo. Un gremio profesional, con su propio colegio, que cuenta con una junta directiva, velará por el interés de sus agremiados, pero a la vez, les exige un adecuado comportamiento y profesionalismo de frente a sus clientes, para ello la importancia de las normas por las que se deben regir. Pero además, un gremio interesado por el comportamiento de sus agremiados, se interesará para una idea cooperativa, en que se destaca el leal comportamiento de sus miembros en respeto de las normas jurídicas, en este sentido, el régimen sancionador más que una política de reprimir conductas, implica una política de corrección.

El derecho administrativo sancionador se manifiesta en la actualidad en la evolución del derecho administrativo ante las actividades e intereses de las comunidades humanas. Se observa su necesaria regulación en materias que requieren de su ordenación jurídica, v. gr., en la planificación urbanística ⁷ y, en la gestión de los residuos ⁸.

7 Vid. PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2006, p. 123.

8 Vid. SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Régimen jurídico de la Producción y Gestión de Residuos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 217-219.

III. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD COMO FÓRMULA JURÍDICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El principio de tipicidad es un principio sustantivo del derecho administrativo sancionador ⁹. Sin el principio de tipicidad no es posible que exista una adecuada aplicación de las sanciones para las infracciones en el derecho administrativo ¹⁰. Para María Lourdes RAMÍREZ TORRADO, «este principio se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (lex previa, lex scripta), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados¹¹».

La Constitución en el artículo 39, párrafo primero, resguarda el principio de tipicidad:

9 Vid. ROMÁN CORDERO, C., “El derecho administrativo sancionador en Chile”, RDUM, núm. 16, 2009, p. 96.

10 Como señala Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «la tipicidad de las infracciones y de las sanciones es una exigencia ineludible del principio de legalidad y de la reserva de ley. Si la garantía que éste consagra es la de que sólo se sancione una conducta cuando así lo establece una norma con rango de ley, lo que la norma debe determinar en todo caso son las infracciones sancionables (garantía criminal) y las sanciones que pueden imponerse (garantía penal)». Vid. su obra *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 414.

11 Vid. su trabajo “La tipicidad en el derecho administrativo sancionador”, ED, núm. 151, 2011, p. 39. Para Alejandro NIETO, el «mandato de tipificación» coincide con la vieja exigencia de la lex certa y con lo que habitualmente suele llamarse «principio de determinación (precisa)» y, más recientemente todavía, «principio de taxatividad», cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho». Vid. su obra *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 260.



Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

Referirse a la tipicidad en el derecho administrativo sancionador es evocar la precisión del régimen sancionador, en el tanto lo que se resuelva es de conformidad con la legalidad del ordenamiento jurídico, sin que exista una “banda amplia de sanciones”, que genere incertidumbre e ilegalidad, generada por esa falta de precisión y, que repercute en lesión del debido proceso. La tipicidad es necesariamente precisión, en favor de la legalidad y de las garantías del debido proceso, para que los procedimientos administrativos sancionadores se resuelvan de conformidad con el derecho, por la proporcionalidad y la razonabilidad de las sanciones administrativas.

Al respecto, señala la Sala Constitucional en la Sentencia N° 6976-2011, de 27 de mayo, considerando VII:

“El principio de tipicidad en materia administrativa. Esta Sala en anteriores ocasiones ya se ha encargado de delimitar los alcances que este principio posee, principalmente en materia penal, señalando que “Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia penal, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede

asegurarse que no existe tipo penal. De todo lo anterior puede concluirse en la existencia de una obligación legislativa, a efecto de que la tipicidad se constituya en una verdadera garantía ciudadana, propia de un Estado democrático de derecho, de utilizar técnicas legislativas que permitan tipificar correctamente las conductas que pretende reprimir como delito, pues la eficacia absoluta del principio de reserva, que como ya se indicó se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución, sólo se da en los casos en que se logra vincular la actividad del juez a la ley, y es claro que ello se encuentra a su vez enteramente relacionado con el mayor o menor grado de concreción y claridad que logre el legislador” (resolución N° 1877-90 de las 16:02 del 19 de diciembre de 1990). Así, este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley- por lo que, aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado. Todo lo anterior resulta de capital importancia para efectos de esta acción, en razón de que las consideraciones expuestas obligan a tener por inconstitucionales las cláusulas generales o indeterminadas de infracción. No cabe, entonces, la simple habilitación legal si ésta carece de un contenido material propio que delimite los

ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionatorias”.

Endeble es la tesis jurídica que se refugia en la falta de rigurosidad de sus principios. Las sanciones administrativas no deben ser generales ni indeterminadas, deben ser claras y precisas, y conformes a las faltas que se deben sancionar. Las potestades de la administración públicas no son tan amplias que lleven a la sustitución de los principios por la discrecionalidad administrativa. La discrecionalidad administrativa no debe degenerar en arbitrariedad y, de ahí que toda actuación de la administración pública debe ser conforme a la legalidad, al interés público y a las garantías del debido proceso.

Para la Sala Constitucional, en sentencia N° 13329-2006, de 6 de setiembre, considerando V:

“Principio de tipicidad en los ilícitos administrativos. Propiamente en relación con la esfera del derecho administrativo sancionador, se ha recalcado la importancia del respeto al principio de tipicidad, el cual, si bien es cierto, no tiene la rigurosidad que se exige en el campo del derecho penal; resulta una garantía indispensable para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuáles conductas son prohibidas y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Resulta violatorio tanto del principio de legalidad como del principio de tipicidad, la construcción de tipos sancionatorios que dejen a la Autoridad sancionatoria la determinación antojadiza del contenido de la prohibición”.

El derecho administrativo debe evolucionar a una mayor precisión de las materias que se regulan, y el régimen sancionador es una de las materias en que se expone esta necesidad. Dicha falta de rigurosidad resulta una contradicción con las garantías del debido proceso, lo que implica una debilidad en las bases del principio de

tipicidad. Esa falta de rigor, a que hace referencia la jurisprudencia constitucional, puede llevar a extremos de interpretación contrarios a las garantías del debido proceso y la aplicación del derecho administrativo sancionador. Al respecto señala la Sala Constitucional, en la Sentencia N° 6976-2011, de 27 de mayo, considerando V:

En efecto, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador rige también la prohibición de la analogía in malam partem, cuyo uso como herramienta de interpretación implica una lesión directa al núcleo esencial de la garantía del principio de tipicidad. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, ha señalado que “va de suyo que la tipicidad como manifestación sui generis del principio de legalidad en el ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas frena cualquiera veleidad hermenéutica que conduzca a la extensión por analogía de las figuras definidas como infracciones, más allá de sus límites estrictos (SSTC 75/1984, 159/1986, 138/1987 y 182/1990). Esta prohibición, que viene de antiguo y nace en el Derecho Penal, es inherente a la concepción reflejada constitucionalmente que podría burlarse de hecho muy fácilmente a través de una jurisprudencia que ampliara analógicamente cada conducta acuñada por el legislador” (ATC 72/1993, reiterado en ATC 255/2002)”.

El principio de tipicidad responde a la garantía del procedimiento administrativo sancionador, en que el administrado no se encuentra expuesto a un procedimiento arbitrario, contrario incluso a las garantías constitucionales y, de que se tiene pleno conocimiento de las posibles sanciones en caso de ser aplicadas¹². La tipicidad implica

12 Al respecto señala Luigi FERRAJOLI, «las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos

el conocimiento de lo posible, por la existencia normativa de lo que se regula en derecho, con base a situaciones fácticas que son objeto de análisis jurídico, y que en el caso particular, se resuelven por un régimen sancionador.

La tipicidad implica un límite a la discrecionalidad administrativa de las administraciones públicas cuando resuelven los procedimientos administrativos sancionadores. El principio de tipicidad es una garantía para el administrado, de que los procedimientos administrativos propios del régimen sancionador administrativo sancionador se realizan en respeto de la legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

Pero el punto crucial de este trabajo jurídico es el gado de rigurosidad del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, de frente a las potestades discrecionales de las administraciones públicas. Si se acepta que el principio de tipicidad no tiene el grado de rigurosidad que existe en el derecho penal, se estaría reconociendo una desventaja en la precisión de las sanciones a aplicar, o una aplicación amplia de la discrecionalidad administrativa¹³.

fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. [...] el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia de tales vínculos. Vid. Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 2006, p. 25.

13 Para Alejandro NIETO, «la precisión absoluta es literalmente imposible en parte por la incapacidad técnica del legislador, en parte por la inabarcabilidad de la casuística y, en fin, por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión. Para ilustrar lo que se está diciendo valga esta parábola que publiqué en el número 162 de la *RAP*, 2003, en una reseña del excelente libro de FERRERES COMELLA en la que me permití parafrasear irónicamente una vieja controversia que aparecía indefectiblemente en los libros alemanes de teoría general del Derecho en la primera mitad del siglo XX. Controversia basada

en un hecho real acaecido, al parecer, en una línea de ferrocarril de Prusia oriental donde un revisor tenaz y un campesino caazurro se enzarzaron en un conflicto jurídico de más calado del que podían imaginarse. Es el caso que las ordenanzas del ferrocarril habían establecido la prohibición de transportar «perros» y, como el revisor fuera a sancionar por ella al campesino, éste se negó a pagar la multa alegando que el animal que le acompañaba era una «perra», no comprendida por tanto en el texto literal de la norma. El juez –tan aferrado como los penalistas de ahora al rigor del principio de la taxatividad y a la prohibición de analogías– dio la razón al viajero. Por lo que para evitar en el futuro estos hechos hubo que modificar el reglamento, advirtiendo en una nueva redacción que la prohibición se extendía a «perros y perras». A la semana siguiente se presentó de nuevo el desafiante campesino con un animal de aspecto feroz y como se intentara multarle, se excusó alegando que se trataba de un «lobo». Vuelta a las mismas y por la sacralidad de los principios ganó de nuevo el campesino y hubo que modificar por segunda vez el reglamento, extendiendo ahora la prohibición a los «cánidos de ambos sexos». Pero unos días después se repitió la escena, aunque ahora a propósito de un oso que el campesino se empeñó en subir al vagón y que pudo hacerlo, como era previsible, puesto que no había prohibición alguna para estos animales, habida cuenta de que los osos no pertenecen a la familia de los cánidos. La compañía de ferrocarriles estaba desesperada pues no lograba dar con la redacción de un texto capaz de asegurar a los usuarios un viaje tranquilo. Decidió entonces cambiar de criterio y, vista la imposibilidad de incluir en sus ordenanzas a todas las especies, familias y razas de la escala zoológica, optó por fijarse en los elementos y bienes que intentaba proteger, prohibiendo a tal fin la introducción de «animales que supusiesen peligros o molestias a los usuarios o pudieran infundir un temor razonable». Prevención que –huelga decirlo– no pudo impedir el acto siguiente de esta tragicomedia jurídica. Porque el campesino apareció un día con una pareja de hurones –animales de aspecto dulce, pero conocidamente más peligrosos que un perro o un oso domesticado– acurrucados en una cesta. Conminado de expulsión y multa por el revisor del tren, la reacción del provocador fue en parte defensiva (alegó que los animales estaban dormidos e iban bien vigilados, de tal manera que no podían asustar razonablemente a nadie) y en parte de ataque, ya que denunció a varios viajeros que portaban animales auténticamente molestos y peligrosos por contagio –piojos concretamente– respecto de los cuales el inspector hacía la vista gorda con menosprecio de la prohibición normativa. No hace falta imaginar cuál fue el resultado de la siguiente escaramuza legal. El mismo juez que había venido dando la razón al campesino, al negarse a emplear la vitanda analogía, rechazó el texto de las nuevas ordenanzas imputando al tipo normativo de la infracción unas condiciones de vaguedad e imprecisión inadmisibles». Vid. *Derecho administrativo...*, pp. 270-271.

Para la Sala Constitucional, sentencia N° 5594-1994, de 27 de setiembre, considerando III:

“Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios “nullum crimen sine lege”, “nullum poena sine lege” no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado. Así, en el derecho penal, en relación con los delitos, toda pena debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definido no hay pena. En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, --la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón

por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto. La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque si prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos “subordinados”, comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia”.

La predeterminación normativa determina la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. Si se abusa de la aplicación de la discrecionalidad administrativa la predeterminación normativa es sustituida, y en este sentido no se cumple con el principio de tipicidad. La predeterminación normativa es una garantía para el administrado, de certeza en cuanto a las consecuencias jurídicas y de seguridad jurídica, de que se resolverá de conformidad al derecho y en respeto de las garantías del debido proceso y, de que no se interpretará de forma contraria al derecho o por patología normativa.

Señala la Sala Primera, de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia N° 121-F-SI-2011, de 8 de febrero, considerando III:

“El derecho fundamental expresado mediante la regla nulleum crimen nulla poena sine



lege (artículo 39 de la Constitución Política y 124 de la LGAP) no solamente es expresivo de una exigencia de reserva de ley en materia sancionatoria, sino que comprende además el principio de tipicidad, garantía de orden material y alcance absoluto, tanto en lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas. El principio de tipicidad se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Este principio, en cuanto supone la necesidad de que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, se torna en garantía del fundamental derecho a la seguridad jurídica, de especial trascendencia en un ámbito limitativo de derechos y libertades como es el sancionador. Para que la seguridad jurídica y la libertad resulten garantizadas es preciso que puedan conocerse las conductas prohibidas y las consecuencias sancionadoras que de ellas se derivan, de modo que los administrados puedan orientar su comportamiento en esos términos. El principio de tipicidad garantiza, además, que los ciudadanos solo puedan ser sancionados en los casos y con las consecuencias previstas en las normas, reforzando así el mandato de la objetividad y de sometimiento a la ley que incumbe a la Administración (artículo 11 de la Constitución Política). Lo anterior, supone que el órgano sancionador encargado de aplicar las previsiones normativas, solo podrá imponer sanciones en los supuestos previstos por la norma tipificadora, siempre que exista una adecuación entre el hecho cometido y la conducta descrita como infracción en la ley, so pena de nulidad de la resolución sancionadora. Este principio, entonces, postula una aplicación restrictiva de las normas sancionadoras, lo que supone, claro está, la prohibición de la interpretación extensiva o analógica como criterios integradores ante la presencia de una laguna legal”.

Siguiendo la tesis de la Sala Primera, la norma que tipifica las faltas y las sanciones administrativas resulta fundamental para el orden jurídico del régimen sancionador y su adecuada aplicación, así por la seguridad jurídica y la garantía de la libertad de los administrados, es decir, que esta jurisprudencia rechaza todo exceso de poder por parte de las administraciones públicas que resulte en perjuicio de los sujetos que enfrentan a los procedimientos administrativos sancionadores; y así, la discrecionalidad administrativa no degenera en una incertidumbre jurídica.

IV. DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD A LA GRADUACIÓN Y LA ESCALA DE LAS SANCIONES

El principio de proporcionalidad como equilibrio de las potestades administrativas, resulta ser, como señala Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, «un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales¹⁴», en caso contrario, se estaría ante casos de arbitrariedad, por exceso de poder en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.¹⁵

14 Vid. su trabajo “El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador”, RIDPA, núm. 8, 2007, p. 154.

15 Como señala Eduardo ORTIZ ORTIZ, «el exceso de poder es la inadecuación de los elementos discrecionales –motivo y contenido–, al fin objetivo del acto. Se trata del vicio que revela el exceso en el ejercicio del poder discrecional. En la medida en que ésta es una libertad de determinación, dicho exceso consiste siempre en la violación de un límite puesto a esa libertad. Este límite no es ni puede ser expreso, porque la precisión es incompatible con la discrecionalidad. El límite que condiciona el exceso del poder es una regla flexible no expresa, emanada de la naturaleza del caso según las necesidades de la lógica y de la justicia, que representa un principio general de Derecho. Todos los principios generales que acotan el ejercicio de la discrecionalidad pueden resumirse en uno sólo: todo acto administrativo, para ser válido, debe servir en un mínimo el fin legal que persigue. Todo vicio del motivo o del contenido que impida la obtención de ese mínimo configura una forma del exceso de poder». Vid. Tesis de Derecho administrativo, II, Stradtman-Diké, San José, 2002, p. 477.

La proporcionalidad implica la coherencia de la sanción administrativa con la falta cometida. La sanción debe ser proporcional a la falta que se sanciona, de acuerdo a una escala de sanciones según el grado de las faltas, de ahí que es común referirse a faltas leves, graves y gravísimas, siendo que para cada falta existirá una sanción en proporción.

La proporcionalidad responde a la razonabilidad de las sanciones, es decir, existe una razón justificadora de cada sanción normada y que es proporcional a la falta cometida. Un acto carente de razonabilidad es contrario al derecho y a la justicia. Una sanción es proporcional en el tanto sea razonable para la falta cometida. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad justifican la predeterminación normativa, que otorga certeza jurídica al régimen sancionador, pero que a la vez justifica la seguridad jurídica de dicho régimen en relación con las garantías del administrado sobre las consecuencias de los actos y conductas que se consideran como faltas administrativas.

Para la Sala Constitucional, en la sentencia N° 4430-2011, de 1° de abril, considerando VI:

“El principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción es de carácter general y se aplica tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador. Consiste en la necesaria relación que debe existir entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica”.

Es así que en procura de un adecuado régimen disciplinario, equilibrado por los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se obtiene que las sanciones sean adecuadas a las faltas cometidas; en respeto de la persona y su dignidad, lejos de la ilegalidad y la injusticia.

La experiencia de la humanidad en el siglo

XX llevó al aprendizaje de que los extremos políticos y los totalitarismos no favorecen de ninguna manera el desarrollo de las personas, ni la unidad de las sociedades humanas. Reprimir faltas y delitos a través de sanciones y penas adecuadas, es expresión de Estados que respetan el ordenamiento jurídico. Siguiendo a Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, «la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse»¹⁶. Y hacia ello se debe encaminar la instrumentalidad del poder del Estado, que se sirve del derecho para la corrección y el orden de la sociedad constituida, en cooperación y respeto mutuo de todas las personas, por un proyecto común humano.

La graduación y la escala de sanciones es una consecuencia lógica de la predeterminación normativa. El régimen sancionador no puede ser un abanico abierto al establecimiento de cualquier sanción. Toda sanción debe ser proporcional a la falta que se hubiere cometido. Si el operador de un servicio público ha faltado con la prestación del servicio, se debe determinar si lo que corresponde es una multa o la pérdida de la concesión; si un funcionario público ha faltado a sus deberes, se debe determinar si lo que corresponde es una amonestación verbal o escrita, una suspensión temporal o el despido sin responsabilidad patronal; si un profesional ha faltado a sus deberes en la profesión se debe determinar si lo que corresponde es una amonestación verbal o escrita o, la suspensión temporal en el ejercicio de la profesión. Sobre la graduación y escala de sanciones, la Sala Constitucional señaló en la sentencia N° 8193-2000, de 13 de setiembre, considerando VII:

“...son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones

correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado”.

Es escasa la normativa que existe en el ordenamiento jurídico costarricense que se refiera con el rigor jurídico adecuado para los procedimientos administrativos sancionadores, de conformidad con los principios de tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad. El órgano decisor de un procedimiento administrativo sancionador no puede tener dudas sobre las faltas administrativas que en una determinada materia administrativa se deben analizar para posteriormente si se deben aplicar o no una sanción. Sirva de ejemplo la Ley N° 8839, de 24 de junio de 2010, «para la gestión integral de residuos»¹⁷, que contempla las infracciones administrativas y las sanciones, a partir del artículo 47, clasificando las infracciones administrativas en leves¹⁸, graves¹⁹ y gravísimas²⁰, con las

16 De su obra *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2003, p. 68.

17 La Gaceta N° 135, de 13 de julio de 2010.

18 *Artículo 50.- Infracciones leves y sus sanciones*
Se considerarán infracciones leves, sin perjuicio de que constituya delito, las siguientes:

- a) *Extraer de los recipientes colectores, depósitos o contenedores instalados en la vía pública, los residuos sujetos a programas de reciclaje por parte de las municipalidades o a quienes estas deleguen.*
- b) *Arrojar en la vía pública residuos ordinarios.*
- c) *Extraer y recuperar cualquier material no valorizable, contenido en las celdas de disposición final de los rellenos sanitarios.*

Sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, las infracciones leves se sancionarán con una multa de uno a diez salarios base, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, y con el pago del daño ambiental.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo único de la ley N° 8875 del 8 de octubre de 2010)

Los inspectores municipales impondrán las infracciones establecidas en este artículo, los recursos que se capten serán para financiar actividades del plan municipal para la gestión integral de residuos, del correspondiente cantón.

19 *Artículo 49.- Infracciones graves y sus sanciones*

Se considerarán infracciones graves, sin perjuicio de que constituya delito, las siguientes:

- a) *Quemar, incinerar, enterrar, almacenar o abandonar residuos ordinarios, en sitios no autorizados.*
- b) *Gestionar, almacenar, valorizar, tratar y disponer de residuos ordinarios en lugares no autorizados o aprobados por las autoridades competentes o en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones legales correspondientes.*
- c) *Transportar en forma habitual residuos ordinarios o residuos de manejo especial declarados por el Ministerio de Salud, sin la autorización correspondiente.*

Sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, las infracciones graves se sancionarán con una multa de veinte a cien salarios base, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, y con el pago del daño ambiental.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo único de la ley N° 8875 del 8 de octubre de 2010)

20 *Artículo 48.- Infracciones gravísimas y sus sanciones*

Se considerarán infracciones gravísimas, sin perjuicio de que constituya delito, las siguientes:

- a) *Gestionar, almacenar, valorizar, tratar y disponer residuos peligrosos o residuos de manejo especial declarados por el Ministerio de Salud, en lugares no autorizados o aprobados por las autoridades competentes o en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones correspondientes.*
- b) *Realizar el depósito o confinamiento de residuos fuera de los sitios destinados para dicho fin.*
- c) *Mezclar residuos ordinarios con residuos peligrosos, contraviniendo lo dispuesto en esta Ley y demás ordenamientos que de ellas deriven.*
- d) *Depositar residuos peligrosos y/o de manejo especial en sitios no autorizados para este tipo de residuos.*
- e) *Comprar, vender y almacenar material valorizable robado o sustraído ilícitamente.*
- f) *Quemar, incinerar, enterrar, almacenar o abandonar residuos peligrosos, en sitios no autorizados.*
- g) *Transportar residuos peligrosos, sin la autorización correspondiente.*

Sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental, las infracciones gravísimas se sancionarán con una multa de cien a doscientos salarios base, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, y con el pago del daño ambiental.

consecuentes sanciones, sin perjuicio de que puedan constituirse en delitos.

La graduación y la escala de sanciones es el último eslabón del régimen jurídico del derecho administrativo sancionador, el sello, que implica la adecuada aplicación de los principios de tipicidad, proporcionalidad y razonabilidad. Son los tres lados del mismo cristal, en que a falta de uno de ellos cualquier procedimiento administrativo sancionador sería arbitrario e ilegal.

V. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia constitucional es conteste a la necesidad de un régimen sancionador administrativo que se adecúe al debido proceso; en términos generales se cumple con ese objetivo. Sin embargo, en el caso específico del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, existe una vaguedad en la proyección del principio, que se manifiesta en la prevalencia de la discrecionalidad administrativa sobre la predeterminación normativa, en los casos de imprecisión e indeterminación normativa, en materia de sanción administrativa.

2. Si se trata de una precisión del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, a lo que en definitiva se debe llegar, la labor de las normas sectoriales es de suma importancia para lograr una exigente y adecuada precisión en la fórmula tipificadora de las faltas y las sanciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CORDERO QUINZACARA, E., “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el

Derecho penal”, *RDV*, núm. 2, 2012, p. 131-157.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson Reuters-Aranzadi-Civitas, Navarra, 2012.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 169-199.

NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012.

ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho administrativo*, II, Stradtman-Diké, San José, 2002.

PAREJO ALFONSO, L., *La Disciplina Urbanística*, Iustel, Madrid, 2006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., “El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador”, *RIDPA*, núm. 8, 2007, pp. 153-162.

RAMÍREZ TORRADO, M. L., “La tipicidad



en el derecho administrativo sancionador”, ED, núm. 151, 2011, pp. 37-50.

ROJASFRANCO, E., Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo, Edilex, Guayaquil, 2007.

ROMÁN CORDERO, C., “El derecho administrativo sancionador en Chile”, RDUM, núm. 16, 2009, pp. 89-101.

SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Régimen jurídico de la Producción y Gestión de Residuos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

VII. SENTENCIAS

Sentencias de la Sala Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia:

SSC N° 5594-1994, de 27 de setiembre.

SSC N° 8193-2000, de 13 de setiembre.

SSC N° 13329-2006, de 6 de setiembre.

SSC N° 21265-2010, de 22 de diciembre.

SSC N° 4430-2011, de 1° de abril.

SSC N° 6976-2011, de 27 de mayo.

Sentencia de la Sala Primera, de la Corte Suprema de Justicia:

SSI N° 121-F-SI-2011, de 8 de febrero.



REFLEXIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICAS¹

Rodolfo E. Piza Rocafort²

I. DERECHO, REALIDAD Y EFECTIVIDAD JURÍDICA

Hace mucho tiempo, los abogados nos percatamos que el reconocimiento normativo (tipicidad y exigibilidad) de ciertos bienes jurídicos, es importante, pero que no basta con ello para garantizar su vigencia efectiva. Que aunado a ese reconocimiento, es necesario que se den las condiciones para hacerlos efectivos y que ese reconocimiento y su tutela sean realmente viables o exigibles.

Si repasamos el Derecho comparado, descubriremos que el cumplimiento efectivo de ciertos derechos o bienes jurídicos es, en muchas ocasiones, inversamente proporcional a la amplitud de su reconocimiento normativo.

Se puede calcar una Constitución, un Código Civil, un Código de Comercio o una legislación ambiental, penal o tributaria; pero su aplicación jurídica será sustancialmente diferente, según el sistema normativo, político, económico, social y cultural en el que se apliquen. El Código Civil de Costa de Marfil puede ser sustancialmente equivalente al de Francia, pero su aplicación práctica es radicalmente diferente.

Haití, Bolivia o Nicaragua, pueden reconocer los derechos económicos, sociales, culturales y laborales (a nivel constitucional y legal), más amplia y generosamente que Alemania, Suecia u Holanda. Pero en estos países europeos, ese reconocimiento tiene efectos jurídicos y se alcanzan niveles superiores de protección de los mismos en la realidad, mientras que en aquellos países de la América Latina, ese reconocimiento se queda muchas veces en el plano de lo retórico (aspiraciones más que derechos –stricto sensu-). Es más, lo que en los países europeos se reconoce constitucionalmente como meros “principios rectores de la política social y económica” (la expresión es de la Constitución Española), en América Latina se reconocen como “derechos” exigibles y ampliamente reconocidos en su sistema normativo, pero su aplicación es más bien retórica e inefectiva (a lo sumo, aspiracional).

El debate viene de antiguo. Lo planteó, por ejemplo, Tocqueville hace más de 180 años al comparar la relación entre legislación y realidad en los Estados Unidos de América, con esa relación en un país como México. “Hay que

1 El texto, corresponde, básicamente a la conferencia sobre el mismo tema, impartida en ULACIT, el 29 de mayo de 2014, con el patrocinio del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, en San José.

2 El autor es actualmente consultor jurídico en Arias & Muñoz y Secretario General y Excandidato presidencial del Partido Unidad Social Cristiana. Licenciado en Derecho (especialidad en Derecho Público), por la Universidad de Costa Rica, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, es además Especialista en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Política Internacional por la Sociedad de Estudios Internacionales en Madrid, y Diplomado en Derecho Laboral por la Universidad de Salamanca en España. Es autor de 7 libros sobre Principios Constitucionales, Igualdad de Derechos, Derecho Administrativo (uno sobre Responsabilidad del Estado y otro sobre Organización Territorial del Estado), Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Seguridad Social y uno de cuentos (A la Orilla del Telire), así como de cincuenta artículos monográficos en revistas académicas y libros colectivos nacionales y extranjeros. Ha sido Asesor Parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, Asesor e Investigador del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Vicerrector, Profesor y Canciller de la Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA) y profesor de postgrado de la UNED y de la ULACIT; Embajador Alterno de Costa Rica ante las Naciones Unidas en New York; Director de Reforma del Estado de Costa Rica (MIDEPLAN), Presidente de la Asociación Nacional de Fomento Económico (ANFE), Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social (98-02). Árbitro por Costa Rica de la “Corte Permanente de Arbitraje Internacional”, Magistrado Suplente en la Sala Constitucional. Ha sido Premio Nacional de Ensayo, Aquileo J. Echeverría, en Costa Rica (1989) y premio literario Luis Demetrio Tinoco y Fernando Coto, ambos de la Universidad Autónoma de Centroamérica.

atribuirle (a las leyes) una gran parte del éxito que obtiene en América el gobierno de la democracia –recalcaba Tocqueville–; pero no creo que sean la causa principal. Las leyes federales forma con toda seguridad la parte más importante de la legislación de los Estados Unidos. Méjico, que goza de una situación tan privilegiada como la de la Unión angloamericana, se ha apropiado las mismas leyes y no puede habituarse al gobierno de la democracia.”³

En sencillo: un buen diseño jurídico e institucional es necesario, pero no es suficiente. Hace falta algo más. La legislación debe partir de la realidad que aspira a regir. Y aunque no puede limitarse a refrendarla (como si fuera tan solo su “superestructura”),⁴ debe fundarse y asentarse en esa realidad. Las condiciones sociales, institucionales, económicas, culturales y ambientales, deben, al menos, hacer viables los objetivos que el sistema normativo pretende alcanzar.

El Derecho no puede limitarse a expresar o a reconocer la realidad en la que habrá de insertarse, pero tampoco puede desconocerla. Debe:

a) arbitrar y adecuar sus mecanismos a la realidad, para corregir lo que se pretende corregir razonable y “progresivamente”. El Derecho no puede nunca limitarse o contentarse con describir la realidad, porque tiene como vocación natural dirigir o

encausar esa realidad hacia los objetivos de la normatividad. Es siempre una corrección de lo existente (del ser). Ortega y Gasset lo dijo aún mejor: “El Derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces es superfluo; el Derecho, la Ley son siempre algo que añadimos a una realidad insuficiente; es la corrección de lo roto; son un estímulo a lo que no es aún pleno; son, pues, incitaciones..., la Ley es siempre, más o menos, reforma y, por tanto, suscitadora de nuevas realidades....”⁵

b) establecer y desarrollar sus normas (ámbito sustantivo y procesal), tratar de encausar la realidad, pero sin violentar o ignorar la realidad o lo que es consustancial a la misma, es decir, tratar de encausar la realidad hacia la normatividad, pero evitando la pretensión de hacer “ingeniería social” desvinculada de la misma.

Habrà, entonces, que encontrar el equilibrio entre un extremo y otro: 1) renunciar a corregir la realidad; 2) pretender que la realidad puede cambiarse radicalmente por el mero hecho de reconocerlo normativamente. “El hambre no es el pan”, diría Jeremy BHENTAM en otro contexto.⁶

El Derecho (las normas jurídicas y sus aplicaciones por los operadores del Derecho) no puede limitarse a reconocer la realidad y renunciar a su corrección; pero tampoco pueden pretender imponerse a la realidad a cualquier precio, lo que se expresa cínicamente al afirmar que si la realidad no se adecua al Derecho, “peor para la realidad”.

3 DE TOCQUEVILLE, Alexis. La Democracia en América, Tomo II, San José. UACA, Clásicos de la Democracia, 1987.

4 Según la teoría marxista, la **infraestructura** (las fuerzas productivas y las relaciones reales de producción) es la base material de la sociedad que determina la estructura social. De ella depende la **superestructura**, es decir, el conjunto de elementos de la vida social dependientes de ella, como el Derecho, las formas jurídicas, políticas, artísticas, filosóficas y religiosas de un momento histórico concreto.

5 ORTEGA Y GASSET, José, Intervención ante las Cortes Constituyentes de la II República el 4 de Septiembre de 1931.

6 La expresión proviene de sus Anarchical Fallacies, e iba dirigida a combatir del iusnaturalismo. Ver, HART, H.L.A., *Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill Universidad de Oxford. Uso la versión disponible en página Web, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20205.pdf>*



Cuando el derecho se contenta con describir la realidad sin pretender moldearla o corregirla, el Derecho deja de cumplir su papel esencial, de señalar los fines y las aspiraciones o, si se quiere, los deberes jurídicos de una sociedad. Es obvio que el Derecho no puede renunciar a esa vocación de corrección de la realidad, sin dejar de ser lo que es, un conjunto de normas de conducta y, por tanto, de deberes o aspiraciones que los seres humanos y sus instituciones deben cumplir, so pena de atenerse a las consecuencias jurídicas que el propio sistema normativo está llamado a señalar y a aplicar.

Por otro lado, cuando la realidad y el Derecho se divorcian o se contradicen de manera generalizada (no en los casos particulares, porque ello es consustancial a su condición), puede afirmarse que el problema está también en el diseño normativo inadecuado (por insuficiencia o por exceso). Conviene recordar que el diseño institucional y normativo sí importan. El defecto puede estar en el plano sustantivo (en el “tipo normativo”) o en el plano procesal, lo que hace referencia a la “exigibilidad” (o, si se quiere, a los mecanismos procesales para hacerlos exigibles).

Cuando se afirma que una Ley es muy buena y que el problema es que no se aplica de manera generalizada, cabe pensar que el diseño legal no puede ser tan bueno como se pregona, porque el Derecho se debe diseñar y construir para aplicarse a la realidad, para moldearla y adaptarla (o corregirla), pero no para negarla o contradecirla radicalmente. En todo ordenamiento jurídico hay ciertamente una vocación deontológica (deber ser) y unas aspiraciones legítimas que pretenden corregir la realidad, lo cual es válido y viable jurídicamente, pero esa vocación debe ser “realista”, tener los pies en la tierra. No se trata de construir “repúblicas aéreas”, es decir, constituciones desconectadas de la realidad, para usar una expresión atribuida a Simón Bolívar.

En muchos países de América Latina, junto con el reconocimiento normativo de ciertos derechos y reglas, se arbitran también mecanismos procesales y jurisdiccionales con competencias plenas, legitimaciones amplias y sencillas, pero desconectadas de la realidad.

Dostoievski atribuía a uno de sus personajes de “Los Demonios” (o Endemoniados), la expresión de que “buscando la absoluta libertad, di en el absoluto despotismo”. En el área que nos interesa aquí, puede que nos acontezca que buscando el desarrollo y la vigencia plena de ciertos derechos u objetivos, demos en la absoluta desprotección de esos derechos o en la imposibilidad de alcanzar esos objetivos (por exceso o por defecto).

Esa dicotomía entre el Derecho y la Realidad, afecta en su esencia al propio Derecho o, al menos, a la validez y eficacia jurídicas. KELSEN se había percatado de ello, al llegar a afirmar, incluso, que la validez de una norma jurídica dependía de su propia eficacia. “Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, una norma que no alcanza un grado de eficacia, no es considerada una norma jurídica válida.” Un mínimo de efectividad es condición de su validez.

Puesto que la validez de una norma no es algo tangible materialmente, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta correspondiente a la norma.⁷

7 KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 2a Edición, UNAM, México, 1979, pág. 24

La eficacia jurídica supone 1) que la norma es aplicada y obedecida en la realidad de manera generalizada (la mayoría de la gente actúa y la mayoría de los actos sujetos a regulación son conformes con la norma), y 2) que la consecuencia o sanción previstas por esas normas son capaces de intimidar el incumplimiento (y de preferir el cumplimiento) de las mismas. Es decir, debe existir una relativa certeza de que, en caso de incumplimiento, la norma se aplicará coactivamente y que se aplicará la consecuencia prevista en la norma: embargo, nulidad, sanción, pena, multa, resarcimiento, etc.

Para que el DERECHO Y la REALIDAD sean compatibles, es necesario cumplir algunas condiciones institucionales y objetivas:

1. Reconocimiento normativo (constitucional, internacional, legal, reglamentario, contractual) de los objetivos normativos, incluyendo una “tipicidad” adecuada de los bienes, derechos o valores que se pretenden alcanzar.⁸
2. Desarrollo y operación de mecanismos públicos que impulsen, arbitren o apoyen el cumplimiento de las reglas esenciales de la sociedad.
3. Desarrollo y operación efectiva de mecanismos jurisdiccionales que protejan (“exigibilidad”),⁹ esos bienes, derechos o valores; incluyendo “desincentivos”,

8 Por tipicidad habremos de entender la redacción o creación del tipo jurídico y la frontera jurídica del valor protegido (la forma en que se expresa el “derecho”). Los conceptos de “tipicidad” y “exigibilidad” los he tomado de Jaime ORDOÑEZ, en un trabajo muy sugestivo sobre el tema de los derechos económicos, sociales y culturales. Por tipicidad entiende la redacción o creación del tipo jurídico y la frontera jurídica del valor protegido (la forma en que se expresa el “derecho” y que coincide con lo que en inglés se conoce como “legal rights”) y por “exigibilidad” se entiende la “justiciability” o justiciabilidad, esto es, los mecanismos jurisdiccionales para obligar a la vigencia de los valores tutelados típicamente, para imponer responsabilidades y obligaciones

responsabilidades o sanciones por su incumplimiento, irrespeto o violación.

4. Operación y vigencia del Estado de Derecho (sujeción general de las autoridades y de los sujetos jurídicos al ordenamiento jurídico).

5. Seguridad jurídica (reglas claras y predecibles en su aplicación). No distorsión de los principios básicos (contrato: ley entre las partes, principio de carga de la prueba, principio de libertad para los particulares, responsabilidad limitada de sociedades jurídicas, principio de legalidad para las autoridades, etc.).

II.-CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA

Como queda dicho, la efectividad de un sistema jurídico y de las leyes en particular, es el resultado de la relación entre lo que se quiere lograr con ellas (el deber ser) y la realidad (el ser). Las normas pretenden regular la realidad (y hasta modificarla), pero, al mismo tiempo, esa realidad impone condiciones al sistema normativo que deben conocerse y reconocerse jurídicamente, so pena de contradecir los objetivos legítimos y loables que se quieran alcanzar con las normas jurídicas y sus mecanismos para hacerlas exigibles y efectivas.

Hay una “curva de efectividad jurídica” que determina la capacidad de las normas para

concomitantes y para exigir reparación en caso de quebrantos de ese valor tutelado. Ver, ORDOÑEZ, Jaime, “Los Derechos Fundamentales como Referente del paradigma de ciudadanía civil y de la definición de la frontera de exclusión social”, en la obra colectiva *Exclusión Social y Reducción de la Pobreza en América Latina y el Caribe*, editado por Gacitúa, Sojo y Davis para FLACSO y Banco Mundial, San José, Costa Rica, 2000, pags. 91 y ss..

9 Por exigibilidad habremos de entender la “justiciability” o justiciabilidad, esto es, los mecanismos jurisdiccionales para obligar a la vigencia de los bienes o valores tutelados típicamente, para imponer responsabilidades y obligaciones concomitantes y para exigir reparación en caso de quebrantos de ese valor tutelado. Ver ORDOÑEZ, Jaime, op- cit.



moldear la realidad. La experiencia enseña que en ausencia de normas –y de responsabilidades o de sanciones por su transgresión-, la Ley limita su capacidad de moldear esa realidad y de ayudar a mejorar la sociedad; pero también enseña que la capacidad de las leyes para moldear esa realidad y una sociedad determinada tiene límites. No solo porque los destinatarios (los eventuales transgresores), tienen la capacidad de evadir algunas de sus normas, sino porque el propio exceso normativo (regulatorio y sancionatorio), termina por minar la capacidad social de imponer las normas.

Esto es: las normas son útiles para moldear la sociedad, pero no para cambiarla radicalmente. Las normas pueden ayudar a mejorar la sociedad (a que ese respete más el ambiente, los contratos, las normas financieras, las mujeres, los menores, los animales, a que haya más seguridad ciudadana, menos accidentes de tránsito, etc.), si, al mismo tiempo, esas normas son proporcionadas y limitadas en sus alcances. La efectividad de las regulaciones y de las consecuencias o sanciones, dependen de una buena definición (tipicidad), de unos mecanismos para hacerlas efectivas (exigibilidad) y de una buena delimitación (proporcionalidad) para sancionar las más graves transgresiones, sin pretender abarcarlas todas.

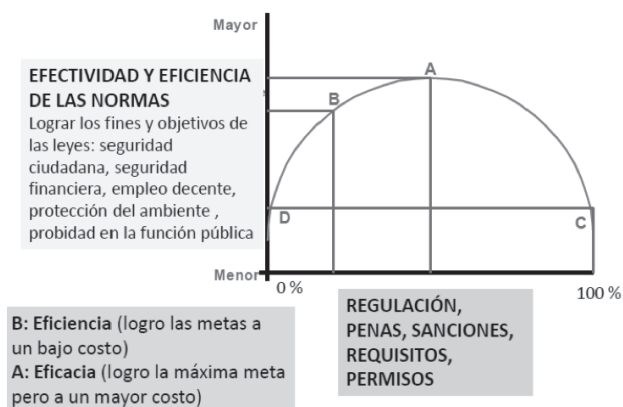
Pero algo más: las normas son efectivas en cuanto delimiten bien su contenido y sus mecanismos de aplicación: si se quedan cortas, no intimidarán a los transgresores (por ejemplo, una sanción o una multa irrisoria no intimidarán al transgresor, quien puede preferir sujetarse a la sanción o pagar la multa, antes que adecuar su conducta a la norma). Hasta ahí, el común de la gente concuerda. De lo que no siempre se percata es que si la sanción o la multa son excesivas, aunque intimiden en teoría, no lo hacen en la práctica. La realidad pronto hará evidente que esas sanciones excesivas son inaplicables y, por tanto, a la larga, tampoco intimidan. O,

alternativamente, intimidan tanto que paralizan a la sociedad (Estado policíaco: casos extremos, aplicación normativa en Corea del Norte o de la Sharia en los territorios bajo el mando del Estado Islámico).

En un sistema democrático y de Derecho, aquél fenómeno puede expresarse gráficamente mediante una curva con dos grandes variables: EFECTIVIDAD y EFICIENCIA por una parte. REGULACIONES O SANCIONES (es decir, la gravedad de las sanciones o la amplitud de las regulaciones) por la otra. Es decir, lograr más ampliamente lo que se pretende (eficacia), a un costo razonable (eficiencia). Por ejemplo, lograr mayor seguridad ciudadana, mayor seguridad vial, mayor respeto al ambiente, mayor protección laboral, mayor recaudación tributaria, etc., a un costo social o económicamente razonables. Que la gravedad de las sanciones o la amplitud de las regulaciones sean proporcionadas a los objetivos que se pretenden alcanzar con ellas..

Si la “efectividad y eficiencia” se ubican en el eje de las “Y”; las “regulaciones y sanciones” estarán en el eje de las “X”. El resultado previsible será que, en ausencia de regulaciones y sanciones, la efectividad será más limitada (los que abusan de los derechos de los demás, no se sentirán intimidados); pero también, paradójicamente, si esas regulaciones y sanciones son excesivas, la efectividad se verá afectada y limitada (como la gente sabe que no hay suficientes cárceles, ni policías, ni jueces para aplicar sanciones excesivas, ni para vigilar adecuadamente el cumplimiento de las regulaciones para todos los obligados; su aplicación entonces será inevitablemente limitada, selectiva o discriminatoria; o no intimidarán a nadie y serán poco efectivas), con dos problemas adicionales: se perderá el respeto a la Ley (porque se sabe inaplicable de manera general) o harán inviable a la sociedad que se quiere regular y sancionar.

CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA



Como se observa en el gráfico, si la sanción o regulación es inexistente, la efectividad del sistema jurídico, penal, sancionatorio o regulatorio, será muy baja (punto “D”). En cambio, si se aumenta un poco, se aumentará considerablemente la efectividad (punto “B”), de manera que con pocas sanciones o regulaciones se logra mucho. A partir de este punto, cada aumento en el nivel de sanción o de regulación (de multa, de responsabilidad, de años de cárcel, etc.), aumentará poco el nivel de efectividad y lo que se restringe puede ser más grande que lo que se logra (pasar del punto “B” al punto “A”), aunque de cualquier manera algo avanzará la efectividad (aunque a un costo más elevado). En cambio, a partir de ese punto “A”, cualquier aumento en la regulación, en la gravedad de las sanciones o en los años de cárcel, además de ser oneroso y costoso, lejos de mejorar la efectividad del sistema (y de combatir los problemas que se pretenden evitar), disminuirá. Es decir, los problemas que se pretenden combatir con las regulaciones, responsabilidades, sanciones o penas, aumentarán conforme aumentan estas últimas.

O, tan grave como ello, las regulaciones y sanciones terminarán siendo selectivas y discriminatorias: se aplicarán a algunas personas y no a todas por igual. Dado que aplicar, en toda su intensidad, una legislación regulatoria

o sancionatoria excesivas sería inviable, los operadores jurídicos (jueces, policías, fiscales, administradores públicos, inquisidores, etc.), la aplicarán discrecional y discriminatoriamente, según sus propios valores, prejuicios o prioridades, sustituyendo las prioridades de la sociedad (expresadas en la Ley) por las suyas personales (o de su grupo social o ideológico) o de acuerdo con la presión mediática (lo que los medios de comunicación consideran momentáneamente prioritario –lo que se destaca en las primeras páginas y en las páginas de sucesos-).

Esta condición es aplicable a los campos tributario y penal, lo mismo que al campo del derecho constitucional, administrativo, laboral, civil, de familia, agrario, de tránsito, financiero, etc., en cuanto propongan como solución a las violaciones de sus normas, sistemas regulatorios o sancionatorios (penales, administrativos, civiles, “cuasipenales”), excesivos.

Lo anterior es aplicable a los múltiples delitos y de sanciones excesivas incorporadas en múltiples leyes aprobadas por nuestra Asamblea Legislativa: Ley de Tránsito, Código Electoral, legislación administrativa, legislación ambiental, leyes de probidad pública, legislación financiera, leyes de contratación administrativa, legislación urbanística, trámites administrativos y requisitos crecientes, etc.

Esas leyes o normas, tienen propósitos benignos: todos queremos que haya menos accidentes de tránsito, que las elecciones y su financiamiento sean más transparentes, que los funcionarios no abusen y no se aprovechen indebidamente de sus potestades públicas y de los bienes públicos, que los agentes financieros y los ahorrantes no laven fondos de origen dudoso, que exista probidad en la contratación administrativa, que nuestros ríos sean más limpios, que la urbanización creciente no violente los derechos al ambiente y la salud, que los comercios cumplan



estándares mínimos de ubicación y sanidad, que no se construyan tugurios en las laderas de los ríos, que se reduzca la pobreza, etc.

El problema es que el método utilizado en algunos casos (sanciones excesivas para violaciones aplicables o regulaciones excesivas para cumplir legislación), puede: dar al traste con lo que se pretende; dar lugar a una aplicación casuística y discriminatoria; que se inhiba la iniciativa legítima de funcionarios para evitar que algunos abusen de ella; que las víctimas (mujeres, personas con discapacidad, etc.) no denuncien violaciones graves a su integridad física o psicológica, por temor a que las sanciones aplicables a sus cónyuges o familiares sean excesivas y afecten su propio sustento; que se saturen aun más las cárceles y que ello inhiba a los jueces a aplicar sanciones a los delitos más graves (aquellos que afectan la integridad física de las personas: homicidios, violaciones, secuestros, lesiones graves, etc.); que se utilicen los escasos recursos institucionales: policías, jueces, fiscales, defensores, investigadores, funcionarios, oficiales de tránsito, etc.; en tantas tareas, que no puedan cumplir ninguna adecuadamente; que se incrementen los procesos administrativos, penales, laborales, de tránsito, desproporcionadamente; que se inhiba la iniciativa legítima de los particulares para actuar razonablemente, por temor a violentar leyes ampulosas, incomprensibles y excesivas; etc.

a) Curva de Efectividad y Derecho Penal

¿Habrà alguna relación entre un modelo sancionatorio excesivo y el crecimiento de las causas potenciales de esas sanciones? ¿Habrà alguna relación entre la creciente “criminalización del Derecho” y la inseguridad ciudadana? ¿No será que la inflación de delitos, como toda inflación, termina devaluando los bienes tutelados cuya violación esos delitos tipifican?

La experiencia enseña que la relación sí existe y que la inflación de sanciones, lejos de intimidar a los transgresores, termina diluyendo o devaluando los reproches sociales y legales que podrían achacárseles, porque, al final, si todo está prohibido, ninguna transgresión podría sancionarse equitativamente y esto porque el sistema judicial, penitenciario, económico y social, no tendrían la capacidad de hacerlo o de soportarlo.

¿Cómo explicar que de 173.000 causas penales iniciadas en 2013 (más 103.000 si consideramos las contravenciones, la justicia penal juvenil, y los casos de violencia doméstica), solo 8.606 personas fueron condenadas (de las cuales, solo el 63.8% fueron condenados a prisión efectiva)? ¿Cómo explicar que menos del 3% de todos los casos de tipo penal, terminan en prisión efectiva?

Siendo verdad que el derecho penal tiene por objeto prestar el amparo más fuerte de que es capaz el orden jurídico -a través de la amenaza y de la imposición efectiva del “castigo”, en su caso-, a los valores y bienes jurídicos de una sociedad, y cuya violación resulta insoportable; no siempre se logra ese fin y el exceso o desproporción de esas regulaciones o sanciones, más bien podría provocar el efecto contrario: la desprotección de los bienes más importantes que se pretenden tutelar.

Si la sanción es inexistente, la efectividad del sistema penal o sancionatorio, será baja. En cambio, si se aumenta un poco, se aumentará considerablemente la efectividad (punto “B”), de manera que con un número delimitado delitos y de sanciones se logra mucho. A partir de este punto, cada aumento en el nivel de sanción (de regulación, de años de cárcel, etc.), aumentará poco el nivel de efectividad pero lo que se restringe puede ser más grande que lo que se logra (pasar del punto B al punto A), aunque de cualquier manera algo avanzará la efectividad

(aunque a un costo más elevado). En cambio, a partir de ese punto (A), cualquier aumento en la regulación, en la gravedad de las sanciones o en los años de cárcel, además de ser oneroso y costoso, lejos de mejorar la efectividad del sistema y de combatir la inseguridad ciudadana, disminuirá su efectividad. O, tan grave como ello, las sanciones terminarán siendo selectivas y discriminatorias.

La ausencia de penalidad, como sabemos, es poco efectiva para lograr el respeto de los derechos de terceros y la seguridad ciudadana, pero a partir de una cierta penalidad excesiva (A), ella deja de ser efectiva y el aumentarla restringirá severamente las libertades a cambio de que aumente muy poco la seguridad ciudadana y la lucha contra la criminalidad o que incluso ésta última se vea aumentada en detrimento de la seguridad ciudadana que se pretende alcanzar. En una sociedad democrática, es probable, por ejemplo, que un jurado o un juez penal prefieran absolver totalmente a un acusado cuando existe la más pequeñísima duda, que condenarlo si suponen que la condena será excesiva (v.g., la pena de muerte), porque no querrán llevar sobre sus conciencias esa eventualidad, a pesar de que las pruebas puedan apuntar a una culpabilidad del acusado.

Algunos han llamado a este fenómeno, el efecto O. J. Simpson, por referencia al famoso caso del jugador de fútbol americano que fue absuelto en la vía penal y condenado en la civil por la muerte de su esposa. El Jurado, posiblemente, frente a la duda que se planteó durante el juicio, prefirió absolver al acusado, antes que llevar sobre su conciencia la aplicación de la pena de muerte o de una condena perpetua excesiva. Buscando la absoluta penalización podemos dar en la absoluta impunidad (la expresión es una paráfrasis de DOSTOIEVSKI), por aquello de la que la inflación de sanciones, de reglas o de cargas, como toda inflación, no hace más que devaluar

los objetos sobre los que recae (la expresión es una paráfrasis de Jean RIVERO).

b) La curva de efectividad jurídica y los derechos de orden laboral

En el campo laboral, la relación se puede expresar con el mismo gráfico. El exceso de reglamentación y protección de un derecho laboral, además de que puede afectar otros derechos, en nada ayuda a la efectividad y protección de los derechos que se pretenden garantizar. Un exceso de sanciones, penas o medidas restrictivas puede afectar innecesariamente la vigencia de otros derechos (propiedad, libertad, v.g.) y no aportar nada para alcanzar el objetivo constitucional o internacional legítimo que se pretende alcanzar (el pleno empleo, la mayor cantidad de gente con “empleo decente”, descanso, vacaciones, prestaciones sociales, etc.).

En cambio, la ausencia de reglamentación y protección de un derecho como el derecho al trabajo, como la limitación de la jornada laboral, como la fijación de un salario mínimo, como el derecho de huelga, etc., puede significar menor efectividad en la protección de esos derechos (del empleo decente, de la limitación de la jornada laboral, de los ingresos de los trabajadores, de la protección de derechos colectivos de orden laboral, etc.). El óptimo estará seguramente entre el punto “A” y el punto “B”. Ambos corresponden al espectro posible del debate ideológico democrático. La pretensión del punto “C” (reglamentación excesiva), por el contrario, puede responder a una pretensión ideológica, pero resulta absurda prácticamente, porque restringe severamente algunas libertades económicas, sin aportar nada (sino todo lo contrario) a alcanzar los derechos sociales, laborales o del “Estado de Bienestar”. La posición “D” (poca o nula reglamentación) tampoco es prudente, porque no protege ni promueve los derechos sociales, ni el derecho al empleo decente, a una jornada laboral



razonable y saludable, etc., aunque aparente un reconocimiento de las libertades económicas, al no regularlas o complementarlas (lo que, al mismo tiempo, puede crear eventualmente un clima de incertidumbre y anarquía laborales, que podría afectar los derechos laborales de los trabajadores, sino también contra la paz social y la seguridad misma de las inversiones). El punto “A”, aparenta un equilibrio entre restricciones a las libertades económicas y protección de los derechos sociales según algunos sectores. En ese punto, se restringen mucho (desproporcionadamente) las libertades económicas y el desarrollo económico, a cambio de avances pequeños en el desarrollo de los derechos sociales o laborales (al empleo decente, a la limitación de la jornada laboral, al salario, etc.). Lo que queda claro es que la regulación excesiva puede ser tan contraproducente como la ausencia de regulación y que debe buscarse siempre el equilibrio entre los derechos y valores en juego.

Lo mismo cabe argumentar de la relación entre SALARIO MINIMO y EMPLEO, entre CARGAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el EMPLEO FORMAL o DESARROLLO ECONOMICO. Fijar el salario mínimo por encima de las condiciones de competitividad y del mercado laboral de manera general, por ejemplo, puede afectar las variables de “desempleo”, subempleo o informalidad. El no fijarlo o no vigilar su respeto, puede afectar a determinados sectores laborales que, en condiciones de mercado, podrían no ser suficientemente considerados. En el caso de las cargas de la seguridad social, por ejemplo, si éstas son excesivas probablemente incitarán a la evasión, a la informalidad o al empleo sumergido y, por tanto, aportarán poco a la misma seguridad social y mucho menos al bienestar social. En cambio, si el sistema de seguridad social no existe o es débil (y por ello, tiene cargas insuficientes para sostenerlo adecuadamente), se provocará seguramente una mayor desprotección (al menos, de los sectores

laborales y familiares más desfavorecidos) y con ello, mayores costos sociales para el país y también para el clima empresarial y las inversiones, al no tener disponibles coberturas de salud, de seguridad e higiene en el trabajo, del desempleo, de los riesgos de vejez, enfermedad, discapacidad, etc. El equilibrio no puede diseñarse teóricamente, sin referencia a una sociedad y a un desarrollo determinado. Lo que en unos países puede ser mínimo en otros puede ser suficiente. Lo que en unos países o zonas puede ser excesivo en otros puede ser adecuado. Pero el equilibrio debe buscarse y ajustarse siempre. Si hay mucho desempleo o está aumentando la informalidad, parece poco prudente, por ejemplo, subir desproporcionadamente (más allá de la inflación, por ejemplo) el salario mínimo, o mantener y aumentar la inflexibilidad laborales o bajar la jornada laboral. En condiciones más estables y de crecimiento económico, en cambio, ese tipo de políticas sociales pueden ser efectivas y pueden aumentar el bienestar social, sin comprometer la estabilidad macroeconómica, la seguridad de las inversiones, la competitividad de los empleadores y el crecimiento económico.

Los países que tienen bajos costos de la seguridad social (i.e., de las cargas sobre las planillas, o los llamados “payroll taxes”), tienen mayores niveles de desempleo, informalidad, menores indicadores de esperanza de vida y no aumentan ni el crecimiento económico ni la libertad económica. De manera que los costos de la seguridad social (lato sensu), entre el 15% y el 25% del PIB, no afectan el crecimiento económico, ni la libertad económica y son compatibles con bajos niveles de desempleo, de informalidad laboral, y de alta esperanza de vida. En cambio, es probable que por debajo del 10% sobre el PIB y por encima del 20% sobre el PIB, se afectarían seguramente los niveles de empleo formal a favor de la economía informal o sumergida, o el crecimiento económico y el propio bienestar social. Obviamente, los países

más ricos son capaces de soportar cargas sociales más altas que los países menos desarrollados, para los que una carga superior al 35% sobre las planillas sería difícil de sostener sin aumentar la evasión o afectar el empleo formal y el crecimiento económico.¹⁰

En Costa Rica y en la América Latina, el problema no está principalmente en el nivel del “reconocimiento” formal de los derechos laborales (a nivel constitucional, internacional o legal), sino en los efectos jurídicos que ese reconocimiento tiene, en la ausencia o deficiencia de la “exigibilidad” (de los mecanismos procesales previstos para su protección), y en las condiciones materiales (económicas, sociales, culturales, institucionales), para hacerlos efectivos. Tal parece que, en muchos casos, se establecen más como aspiraciones de lege ferenda, que de “derechos” humanos verdaderamente exigibles. Hay en nuestra América una confusión generalizada sobre el sentido y alcance de las normas constitucionales y de los derechos humanos, al entenderlos más como “banderas” o “ideales” a alcanzar y menos como derechos identificables en sus contenidos, en sus obligaciones concomitantes, en los sujetos responsables, en sus mecanismos jurídicos para hacerlos exigibles.

c) La curva de efectividad jurídica y los tributos

En el campo tributario la curva tiene su origen teórico. Se le conoce como “Curva de Laffer” (una “curva” que aparentemente dibujó el economista

Arthur Laffer en una servilleta durante los años 70 del siglo pasado y que es algo así como la Ley de los Rendimientos Decrecientes aplicada a la política tributaria).

Según está curva o “ley” económica, a partir de un cierto punto (A), aumentar la tasa y la carga tributaria no aumenta ni siquiera los ingresos tributarios. Si la carga, por ejemplo, es 0%, los ingresos tributarios serán iguales a cero, pero también si la carga tributaria fuera del 100% (sobre la renta neta, por ejemplo), los ingresos serían también cercanos a cero, porque sería poco probable que la gente trabajara e invirtiera para entregarle el 100% de sus esfuerzos y utilidades al Fisco.

Algunos autores han querido ver en esta Curva, una receta para propugnar siempre la bajada en las tasas impositivas.¹¹ Ello, me parece, no se deriva necesariamente de la curva, considerada en sí misma. Primero, porque es difícil saber en qué momento nos encontramos en lo más alto de la curva. Segundo, porque puede ser que estemos en situación o en necesidad de aumentar la recaudación para alcanzar mayores ingresos y mayor efectividad social (es decir, que estemos en el lado izquierdo de la curva y todavía podamos ascender más). La tasa impositiva, por cierto, no es el elemento central para determinar el nivel impositivo de una sociedad. Este nivel, puede depender mucho más de los gastos deducibles admisibles o de las exoneraciones previstas permitidas, que del porcentaje impositivo aplicable.

El grado de incidencia y las tasas aplicables dependerán del nivel de desarrollo y del entorno económico. Un país desarrollado (Suecia o Estados Unidos, por ejemplo), podrían soportar tasas más altas que un país en desarrollo (Costa

10 Sobre el tema, ver mi libro PIZA ROCAFORT, Rodolfo E., Seguridad Social: Nova et Vetera, EDNASSS, San José, Costa Rica, 2001, sobre todo el Capítulo I, Sentido, Límites y Posibilidades de la Seguridad Social, y particularmente a partir de la página 36 y el cuadro comparativo entre cargas y costos de la seguridad social y otras variables como desempleo, crecimiento económico y esperanza de vida al nacer.

11 Probablemente por la definición y compromiso de su autor original: Arthur LAFFER.



Rica, por ejemplo). El punto de equilibrio en la curva podría estar más hacia la izquierda en nuestro país.

Por otro lado, si en el seno del comercio internacional las decisiones económicas y tributarias están interrelacionadas; en el seno de una unión económica (de libre circulación de personas, capitales, mercancías), como los Estados Unidos o como la Unión Europea, el margen tributario de un Estado está ligado sustancialmente al de los demás Estados de esa comunidad. Suecia no se puede dar el lujo de tener impuestos muy altos en relación con Irlanda, Italia u Holanda, para poner un ejemplo. Compite con ellos por el desarrollo y la inversión de empresas.

Juega también un papel esencial, para determinar el punto de equilibrio en la curva, el nivel de servicios y bienes públicos proveídos adecuadamente en una sociedad. Un país donde la seguridad ciudadana, la infraestructura, la educación pública o el sistema público de salud, gozan de altos estándares, puede darse el lujo de establecer tasas superiores y cobrar más impuestos; que un país donde los ciudadanos deben complementar fuertemente los servicios públicos con guardas de seguridad privada, con más visitas a los talleres para sus vehículos, con educación privada para sus hijos o servicios privados de salud.

III.-SEGURIDAD JURÍDICA EN RIESGO

Se afirma que el éxito de los países desarrollados depende esencialmente de la seguridad jurídica, más que de cualquier otra condición material. Ciertamente es que el llamado capital humano (educación, salud, etc.) es esencial para el desarrollo, pero no es suficiente, como demuestra el caso de países que lo tuvieron en alto grado (Argentina, Costa Rica, son buenos ejemplos de este aserto). Tampoco lo es, la

riqueza de sus tierras o de sus recursos naturales. Lo que es común a los países más desarrollados es la seguridad jurídica. Condición que está ausente o es relativamente débil en los países subdesarrollados.¹²

Sin confianza en las instituciones, en los contratos, en las relaciones sociales. Sin credibilidad en los tribunales y en los procesos judiciales. Sin certeza en la actuación y decisión legislativas, judiciales y gubernamentales. Sin un grado razonable de predictibilidad jurídica y judicial respecto de nuestros actos; no se puede construir una sociedad estable, democrática y desarrollada.

El Estado Social de Derecho, se funda no solo en garantizar el juego de los pesos y contrapesos entre los poderes del Estado, en el respeto a la Ley, en la independencia del Poder Judicial, en la garantía y vigencia de los derechos y libertades; sino también, y muy especialmente, en la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional español ha definido la seguridad jurídica como una

“suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad” (Voto 27- 81)

¹² “En un estudio realizado –no recuerdo bien si fue por el Banco Mundial u otro organismo de prestigio internacional a mediados de la década pasada, recordaba Rubén Hernández Valle–, luego de comparar dos países desarrollados de América, dos de Europa y dos de Asia, con dos subdesarrollados de las mismas regiones mediante la utilización de 15 variables económicas, sociales y políticas, se llegó a la conclusión de que la única variable común en los países desarrollados, la cual, a su vez, estaba ausente en los subdesarrollados, era la seguridad jurídica.” HERNANDEZ VALLE, Rubén, El principio de seguridad jurídica, San José, La Nación, 10 de octubre de 2014.

Por su parte, nuestra Sala Constitucional, la ha definido como

“...principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan. Ese valor jurídico pretende dar certeza contra las modificaciones del Derecho, procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta. Puede ser considerada tanto en sentido subjetivo y objetivo, pero ambos están indisolublemente vinculados; en su sentido subjetivo es la convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social y en sentido objetivo se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos existen normas que pretenden dar cumplimiento al valor de la seguridad jurídica; en el nuestro tenemos varias expresiones de ese principio tales como la presunción del conocimiento de la ley, el principio de la reserva o legalidad penal, el principio de irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y la prescripción, entre otros...” (Sentencia #00267-12).

Las definiciones no pueden ser más completas. El problema en nuestro país es que esa seguridad que se pregona en la teoría, he venido debilitándose en los últimos años

“En nuestro país..., en los últimos tiempos – recuerda Rubén Hernández-, este principio constitucional ha venido a menos en todos los niveles del Estado. En cuanto al Poder Judicial, recordemos el caso de la mina Crucitas, en que, luego de que la Sala Constitucional bendijo la constitucionalidad y legalidad de la concesión, los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa..., anuló las concesión... En estos momentos existe una gran inseguridad respecto a las sentencias que emiten los tribunales de justicia en nuestro país, pues, con frecuencia, cambian de criterio sin justificación alguna o declaran con lugar demandas sin motivación jurídica sólida. Recientemente, el Gobierno actual prorrogó otra ocurrencia absurda y arbitraria de la Administración anterior: la declaratoria de moratoria de la exploración y la explotación de hidrocarburos hasta el 2021. La declaratoria de moratoria es abiertamente ilegal, pues suspende la vigencia de la Ley de Hidrocarburos vía decreto... En la Asamblea Legislativa con frecuencia se presentan proyectos que atentan contra la seguridad jurídica: por ejemplo, el fallido intento de gravar a las empresas ubicadas en las zonas francas, la introducción de la renta mundial en la Ley del Impuesto sobre la Renta, la legalización de las convenciones colectivas en el sector público por medio de la aprobación del Código Procesal Laboral, etc... Por ello, el presupuesto básico, esencial para nuestro desarrollo económico y social, es prohijar y fortalecer la seguridad jurídica. Sin embargo, durante muchos años hemos actuado en sentido contrario.”¹³

La seguridad jurídica en nuestro país se ha venido reduciendo, principalmente, por dos vías:

13 Ibidem



- a) la desprotección judicial de ciertos principios o derechos reconocidos por la Constitución, la legislación o los contratos;
- b) la excepción, ralentización o evaporación de los derechos constitucionales o de principios jurídicos por causa de una legislación y reglamentación regulatorias extensivas.

El caso típico de la primera vía es la desconstitucionalización creciente de los derechos de propiedad (artículo 45 de la Constitución), de libertad de empresa (artículo 46), de libertad contractual (derivado de los artículos 28 y 46 y desarrollado magistralmente en las sentencias # 3495-92), del principio de libertad (artículo 28 párrafo primero de la Constitución, desarrollado tempranamente en la Sentencia #3550-92) y del principio de reserva de ley (artículo 28, párrafo segundo, y en la jurisprudencia temprana de la Sala Constitucional); sobre todo a partir del inicio del presente milenio.

En los últimos años, en efecto, la Sala Constitucional ha venido rechazando la mayoría de los casos (sobre todo Amparos) donde se plantea la protección de esos derechos o principios frente a restricciones legales o administrativas, con el argumento de que los problemas que se plantean en esos recursos, son “cuestiones de legalidad” (no de constitucionalidad), sin percatarse de que, al hacerlo, ha dejado prácticamente desprotegidos esos derechos. La razón, aunque contradictoria con la Constitución, parece comprensible: esos derechos están tutelados en la propia Constitución, mientras que la legislación y la reglamentación de los mismos no los desarrolla sino que, más bien, los regula, los exceptiona o los limita (el Código Civil, por ejemplo, en el artículo 266 reconoce que “la propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley”; pero como es una norma de rango legal añeja, la legislación especial posterior, la debilita

o la torna inaplicable). La lógica del sistema no está mal, porque asume que los tribunales constitucionales verificarán que la legislación y la reglamentación que los regula, no violentará el contenido esencial del derecho constitucional y no vulnerará la razonabilidad, el debido proceso, la reserva de ley y la proporcionalidad jurídicas.

Pero al abdicar de esa competencia y trasladarla al mero control de legalidad, la propiedad, la libertad de empresa, la libertad contractual, y los principios de reserva de ley o de libertad, quedan prácticamente desprotegidos, porque el análisis y la valoración constitucionales, no la hacen normalmente los tribunales ordinarios, puesto que al conocer de un caso y percatarse de que la Sala abdicó su protección; tenderán naturalmente a considerar que no existe un contenido esencial ni una razonabilidad constitucional que tutelar y que lo único que corresponde verificar es la propia legalidad. Como la legislación ordinaria no los tutela y, en el mejor de los casos, tutela tíbiamente esos derechos o principios, y más bien tiende a desarrollar frondosamente sus limitaciones; es obvio que, al final, los tribunales ordinarios terminarán interpretando y aplicando la normativa a favor de esas limitaciones (aunque sean meros reglamentos y estén restringiendo severamente un derecho constitucional).

Al proceder de esa manera, los tribunales ordinarios (principalmente los contencioso administrativos), al juzgar ese tipo de conflictos como problemas de legalidad, terminan colocando a la Constitución, en el mismo nivel que la legislación ordinaria e incluso de la reglamentación administrativa. Con ello, dejan prácticamente sin protección jurídica esos derechos y principios, al menos cuando el particular se enfrenta al Estado o a la Administración Pública.

El resultado es la creciente inseguridad jurídica de los particulares frente al Estado, al menos en

lo que se refiere a la protección de los derechos de libertad, de propiedad privada, de libertad de empresa o de libertad contractual, así como a los principios de reserva de ley y de libertad.

La segunda vía es más compleja de entender. Se refiere a la creciente excepción, ralentización o evaporación de derechos constitucionales o de principios jurídicos largamente construidos por una normativa (legal y reglamentaria) que imperceptiblemente los ha ido desdibujando y desaplicando.

Me refiero a algunos principios básicos de nuestro sistema jurídico: a) los contratos son ley entre las partes, del que se deriva el principio de que los contratos son vinculantes para las partes hasta que no se pruebe su ilegitimidad; b) el principio de la carga de la prueba a favor de la libertad y de los contratos; c) el principio de que la propiedad solo admite limitaciones –no indemnizables– establecidos por Ley calificada; d) el principio de reserva de ley (únicamente por Ley formal pueden limitarse derechos fundamentales); e) el Principio de libertad (para los particulares está permitido todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico); f) principio de legalidad (la Administración Pública solo puede querer y actuar lo que la Ley expresamente autoriza); g) el principio de que los derechos constitucionales tienen el mismo rango y que debe buscarse una interpretación armónica entre unos y otros; h) La igualdad de derechos; i) la responsabilidad limitada de las personas jurídicas; j) el principio de que la responsabilidad jurídica corresponde al sujeto culpable de los actos que causaron los daños reclamados; k) el principio de que la carga de la prueba en materia de responsabilidad corresponde a quien la reclama; l) el principio de que solo el daño cierto, no eventual, provoca responsabilidad; m) el principio de que solo la certeza de una amenaza, no su eventualidad, justifica restricciones legítimas o medidas cautelares; etc.

Todos esos principios admiten excepciones. Y es obvio que un sistema jurídico debe reconocer excepciones a las reglas. El problema es cuando esas excepciones se convierten en reglas, con lo que dejan de ser de interpretación restrictiva y terminan provocando incertidumbre jurídica, aunque solo fuera porque se hace imposible distinguir cuál es una (la regla) y cuál es la otra (la excepción).

Si los contratos no son ley entre las partes y no vinculan a las partes de la relación contractual hasta que se pruebe su ilegitimidad, entonces la firma de un contrato se hará a la ligera, puesto que se asume que lo firmado no tiene validez, que una interpretación subjetiva o un “contrato-realidad” superará a la formalidad del contrato suscrito. Y que corresponderá al contratante probar ya no solo la existencia del contrato mismo, sino su propia “legitimidad metajurídica”.

Si se revierte la carga de la prueba y se exige a los demandados probar la legitimidad de sus actos o actuaciones, se prohija una avalancha de demandas sin pruebas y argumentos endebles, además de que en muchos casos, ello es de imposible o difícil cumplimiento. Se destruye también la idea de la presunción de legitimidad de los actos de los particulares y se afecta, en su esencia, el principio de libertad (todo lo que no está prohibido está permitido).

Si el demandante de responsabilidad contractual o extracontractual, no debe probar sus argumentos y es el demandado quien debe probar su inocencia (que no hay daño efectivo, que no es el causante del daño, que no es el sujeto responsable –a quien puede imputársele jurídicamente el daño-); se trastoca entonces todo el sistema procesal. Eso, cuando es posible fácticamente probar un hecho negativo (que no dañó al demandante).



Si unos derechos constitucionales valen más que otros (si el artículo 50 deroga o anula el artículo 45; o el párrafo cuarto del artículo 46 tiene la virtud de desaplicar el párrafo primero del mismo artículo; si el principio pro natura tiene la virtud de anular el principio de libertad); la Constitución terminará admitiendo que existen rangos diferenciados en la Constitución y que existe una jerarquía diferente de la prevista en la propia Constitución.

Veamos con detalle algunos de esos principios y algunos de los elementos que los reducen o ralentizan.

A) Los contratos son ley entre las partes (artículo 1045 del CC).

En la práctica, el principio ha sido modificado por nuevos principios, que desnaturalizan o rebajan el valor y la efectividad de los mismos. Una cosa es que en el ámbito laboral se establezca la imposibilidad de contratos laborales por debajo de los estándares mínimos de la Ley o el Código de Trabajo y otra muy distinta poner en juego el valor de los contratos en general. Una cosa es que el artículo 1023 del Código Civil, establezca excepcionalmente ciertas condiciones que invalidarían los contratos y otra muy distinta poner en duda generalizada los contratos y exigir que los que los defienden deban probar su legitimidad. En el marco de la seguridad jurídica, más bien, debe reconocerse que ese principio no se puede desconocer y que el contrato suscrito es válido y exigible, a menos que se pruebe –por el reclamante o demandante- fehacientemente que violenta la Ley.

B) Los contratos son vinculantes para las partes hasta que no se pruebe su ilegitimidad.

Este principio se ha venido desdibujando argumentando la “primacía de la realidad sobre las formas jurídicas”. Una cosa es que, en el

Derecho Laboral, se proteja al trabajador bajo los supuestos de la ley (primacía del contrato-realidad) y otra muy distinta que el contrato formal deje de tener vigencia práctica. Una cosa es que en materia Agraria se proteja la posesión legítima y pacífica frente al título y otra muy distinta que el título de propiedad pierda valor o se supedite prácticamente a la posesión o que se admita la posesión oculta o maliciosa. Una cosa es que en materia tributaria y de seguridad social, se imponga excepcionalmente el principio de unidad económica por contraposición a la responsabilidad jurídica limitada de las personas físicas, las sociedades civiles o comerciales; y otra muy distinta que el concepto de unidad económica se extienda a las relaciones comerciales o civiles entre los responsables y terceras personas; o que se impida o dificulte la contratación y subcontratación de terceros con el argumento de que se pretende evadir el cumplimiento de obligaciones tributarias o sociales.

C) El principio de responsabilidad limitada.

Un elemento clave del desarrollo económico, vino dado por la creación de entidades o unidades de responsabilidad limitada (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.), cuyo objetivo era separar el riesgo y el patrimonio de la persona jurídica (la sociedad) de las personas físicas que las conforman o de unas personas físicas respecto de otras (por ejemplo, socios o familiares). Hoy, con el argumento de “levantar el velo societario” o “la sociedad de hecho”, se pretende hacer recaer sobre las personas físicas responsabilidades propias de las personas jurídicas o de otras personas físicas. Para evitar el abuso, ya el derecho penal, sancionaba el fraude de ley. Pero ahora, se otorga crecientemente a entidades administrativas el poder de imponer responsabilidades más allá de la persona física o jurídica responsables, pretendiendo la imposición de obligaciones a terceros relacionados con ellas. A partir de

ese momento, se pierde la seguridad jurídica, porque nuestro patrimonio pasa a depender de lo que hagan otras personas (físicas o jurídicas), relacionadas con nosotros. El resultado, además, puede ser la aprehensión de vincularse con terceros, por el temor a ser responsable, no de los actos que nos sean imputables, sino incluso de los de aquellos.

D) Principio de la carga de la prueba a favor de la libertad y de los contratos.

Este principio se expresa en que: quien acusa o se opone a un acuerdo privado o a una actuación de un tercero, debe probar su acusación y el fundamento de su oposición. El principio se ha tergiversado imponiendo la prueba de la bondad o fundamento de nuestros actos y contratos, con la consiguiente reversión de la carga de la prueba. Por causa del principio precautorio y la extensión de los estudios de impacto ambiental a ámbitos donde no se crea un “riesgo” grave, hoy se exige en múltiples campos probar que nuestros actos no provocarán daños, lo cual muchas veces es prácticamente imposible de probar, porque todo acto humano, por su naturaleza puede, eventualmente, provocar un daño. Tiene sentido exigir esos estudios y aplicar el principio precautorio, cuando la actividad a desarrollar es, por su naturaleza o por las condiciones en que se va a desarrollar, de alto riesgo y donde la eventualidad de que ocurra un hecho lesivo al ambiente, es altamente probable. No lo tiene, cuando la probabilidad de ello ocurra, es improbable o meramente eventual. Conforme a aquél principio, el interesado debe probar que no causará daño al ambiente y que, en caso de duda, privará la prohibición de acción sobre una propiedad o un emprendimiento. Lo mismo cabe expresar de la exigencia de probar la “legitimidad de los capitales o de los fondos”. La extensión de este instrumento de lucha contra el lavado de dinero, más allá del sentido original y acotado del mecanismo, puede convertir a todo inversionista

o emprendedor en culpable hasta que no pruebe la legitimidad de sus haberes.

E) La regla de que la propiedad solo admite limitaciones establecidos por Ley calificada (por mayoría calificada para limitar socialmente el derecho de propiedad y la libertad de empresa, conforme a los artículos 45 y 46 de la Constitución).

Hoy, sin embargo, se admiten Leyes genéricas que otorgan amplia ambigüedad y discrecionalidad a las autoridades administrativas para limitar ampliamente la propiedad y la libertad de empresa (sobre todo en materia de legislación ambiental y urbanística). De esta manera, las limitaciones sociales sobre la propiedad que puede imponer el legislador, se han extendido a limitaciones sociales –no indemnizables- que pueden imponer simples funcionarios públicos municipales o nacionales.

De esta manera, la idea de que únicamente por Ley formal pueden limitarse derechos fundamentales (principio de reserva de ley), ha venido a desnaturalizarse o rebajarse al permitirse legislación general (no siempre calificada: aprobada sin la exigencia de dos tercios del total de los Diputados), genérica (no específica), sobre la que se fundan reglamentaciones administrativas extensivas sobre el derecho de propiedad y la libertad de empresa especialmente. En la práctica, esas reglamentaciones administrativas y planes reguladores municipales o urbanísticos, han venido a limitar (ex novo), el ejercicio de derechos constitucionales como la propiedad y la libertad de empresa. Las normas habilitantes son normalmente genéricas sin determinar parámetros claros para la regulación y limitación reglamentarias. No son, pues, reglamentaciones que desarrollan mandatos legales, sino reglamentaciones que limitan ampliamente derechos constitucionales. En el Derecho Administrativo, la regla era la libertad



y las potestades administrativas para regular esa libertad debían fundarse en potestades asignadas por Ley (principio de Reserva de Ley), las que eran de interpretación restrictiva y necesitaban una habilitación legal no genérica para la actuación administrativa (principio de legalidad).

F) Principio de Libertad (negative bindung) para la particulares; principio de legalidad para la Administración Pública (positive bindung).

Conforme al principio de libertad, todo lo que no está prohibido está permitido; según el principio de legalidad, la Administración Pública solo puede hacer lo que la Ley lo habilita a hacer. Es decir, la Administración Pública necesita una habilitación legal previa para actuar (solo puede querer lo que la Ley quiere que quiera). Hoy, sin embargo, se admiten habilitaciones genéricas a la Administración (su libertad de acción restringe la libertad de los particulares) y se exigen habilitaciones específicas para casi todos los actos de particulares (permisos, licencias, patentes, autorizaciones), sobre sus actuaciones, con el agravante que hemos pasado de autorizaciones regladas (predecibles) a permisos discrecionales e impredecibles, sobre todo porque los requisitos exigibles a los particulares incluyen habilitaciones genéricas a las autoridades para establecer reglas restrictivas o cláusulas subjetivas de interpretación arbitraria o cláusulas genéricas y abiertas (tipo “numerus apertus”).

G) La progresiva imposición de la Responsabilidad objetiva y formal

Si antes la responsabilidad exigible era únicamente por daños efectivos (no eventuales) causados por actos culpables e imputables al sujeto responsable, hoy las responsabilidades objetivas se han extendido más allá de los ámbitos de riesgo, donde tiene sentido imponer extensivamente la responsabilidad objetiva

(riesgos del trabajo, actividades riesgosas –v.g., explotación de minas, etc.). En tesis de principio, quien reclama una responsabilidad de un tercero debe probar tanto la existencia efectiva del daño, como la imputación y culpabilidad de la persona a quien se atribuye el daño (el sujeto responsable). Hoy cada día, sin embargo, las administraciones públicas y los jueces imponen a los particulares responsabilidades objetivas (independientemente de la culpa de los mismos en los hechos causantes del daño), e incluso responsabilidades por actos de terceros. Para ello, han acudido a una ampliación de las llamadas responsabilidades objetivas (propias del derecho administrativo para las entidades públicas), o de las llamadas responsabilidad por riesgo, más allá de la existencia de esos “riesgos”.

H) La igualdad de derechos.

Este principio se ha venido tergiversando incrementalmente, acudiendo a una extensiva interpretación de la llamada “igualdad real”, que habilitaría a establecer discriminaciones positivas, menoscabando el principio de igualdad de derechos. Con el argumento de la búsqueda legítima de una igualdad material (que no se alcanza), se puede distorsionar y desaplicar una igualdad de derechos.

La propiedad, la libertad de empresa y múltiples derechos y principios jurídicos se enfrentan hoy a la ambigüedad (dificultad para descubrir lo lícito de lo ilícito) y a la discrecionalidad que otorgan leyes, reglamentos y decisiones judiciales a autoridades y entidades administrativas; de manera que hoy es prácticamente imposible predecir o descubrir a la hora de realizar una actividad o desarrollar una iniciativa particular, si esa actividad o iniciativa es legal o ilegal. Peor aún: una persona o empresa puede cumplir y obtener autorización para realizar una actividad (una licencia de construcción, una concesión minera, un contrato administrativo) y luego



toparse con que la autorización, la licencia o el permiso es ilegítima o inválida, porque algún ente fiscalizador consideró ilegítima esa autorización, ese permiso o esa licencia previamente otorgada. Ilegitimidad que no nace de una actuación delictiva (fraude de ley, peculado, prevaricato, etc.) sino de una “nueva interpretación” de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional.

Las limitaciones legales a los derechos y libertades públicas son muchas veces necesarias para garantizar la convivencia social, los derechos de los demás y el orden público; pero cuando esas limitaciones se imponen vía reglamentaria o de manera genérica y ambigua; cuando se imponen criterios de interpretación que desnaturalizan contratos y actividades previamente autorizadas; cuando se imponen responsabilidades sin sustento en criterios de imputabilidad y de culpabilidad, la seguridad jurídica queda en entredicho.



PLEBISCITO DE REVOCACIÓN DE MANDATO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SUJETO AL CONTROL DE LEGALIDAD Y AL DE CONVENCIONALIDAD

Billy Araya Olmos

Resumen

No pretende ser este breve trabajo más que una especie de guía para los y las Alcaldes (as) quienes en criterio del investigador se encuentran facultados (as) para interponer el proceso de conocimiento ante la jurisdicción ordinaria y requerir la nulidad del acto final o definitivo, que abreva del plebiscito de revocación de mandato. No se alude aquí a revocatoria, más aún, revocación pues el primero da cuenta de un mecanismo recursivo en sede administrativa o judicial, más el segundo hace eco de una sanción de destitución del jerarca en mención. Instituto que en la especie fue adoptado no así adaptado por el legislador con harta premura, dado que las actas del Proyecto del Código Municipal del año 1998 están ayunas de los motivos por los cuales se insertó tal sanción. Pese a ello, se abre un abanico de posibilidades para los posibles afectados, merced del Código Procesal Contencioso Administrativo y ante los estrados de la materia. Y, consecuentemente la posibilidad de obtener la reparación plenaria de su situación jurídica individualizada; e incluso, la posibilidad de interponer medidas cautelares en aras de garantizar la eficacia del ulterior fallo.

Abstract

Not meant to be this short document only a sort of guide for mayors who in the opinion of the investigator are authorized to begin the process of knowledge before the ordinary courts and the annulment of the act require final or definitive, that feeds the mandate revocation referendum. It refers here to recall, moreover, as the first

revocation notices a recursive mechanism in administrative or judicial, the second refers to a penalty of dismissal to public servant or hierarch. Institute that the species was not adopted by the legislature and adapted all too hastily, as the records of the Municipal Code of Project 1998 are not detected reasons for introducing such a penalty. Thus opens a range of possibilities for potential affected, thanks to the Administrative Procedure Code before the Court of matter. This is in order to obtain compensation plenary individualized legal status, and in parallel, the lodge precautionary measures at the right time.

Palabras clave

Plebiscito, revocatoria, revocación, control, sustitución

Key words

Plebiscito, revocation, cancellation, control, replacement

Introducción

En concreto, la destitución de los funcionarios municipales de elección popular –nos referimos a los Alcaldes Municipales- contrasta, en la generalidad de los casos con un juicio político, producto de la manipulación ejercida, en no pocas ocasiones, por el Concejo Municipal, órgano con potestades normativas y políticas en las Corporaciones Locales. Así colegimos inaceptable la tesis de que la destitución por la vía de la consulta popular recaiga sobre el Alcalde, producto de una presunta “responsabilidad política”.

Sabido es de vieja data que el otrora Ejecutivo municipal hoy Alcalde, siempre se ha desempeñado cual servidor público, aún cuando haya sido electo popularmente. En efecto, al amparo del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) (Ley No. 6227 del 02 de mayo de 1978), es él quien presta su capacidad intelectual a la Corporación Local a nombre y por cuenta de ella, como parte de su organización, habida cuenta de un acto válido y eficaz de investidura; la cual irradia, en el caso particular, de la voluntad vertida por el cuerpo electoral durante las elecciones municipales. Esto a todas luces le imprime una mayor legitimidad para ejercer sus múltiples y muy delicadas funciones. Todo esto, indiferentemente del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la función que desempeña. Antes bien, sus funciones se retrotraen materialmente a la ejecución de las disposiciones del Concejo Municipal, entre otras intrínsecamente de orden administrativo. De manera que, como cualquier otro funcionario, por principio de igualdad y de no discriminación (art. 11 del Código Político), su responsabilidad es tripartita, a saber, administrativa o disciplinaria, civil o patrimonial y penal, inclusive; más enfatizamos, nunca de orden político. En esa virtud, deviene imprescindible

analizar si el derecho a la participación popular se sobrepone al Estado Social y Democrático de Derecho, o por el contrario, la juridicidad y el control de legalidad y de convencionalidad que ulteriormente contribuyen a la asepsia en el proceder administrativo y a la paz social, ostentan mayor potencia y resistencia jurídica.

Quede claro, el control de legalidad se ejercita no sólo en función de los actos reglados o las conductas formales dimanadas del Estado y de la administración descentralizada, puesto que ese mecanismo se extiende al mérito, la oportunidad y la conveniencia, e indudablemente tutela los principios elementales de la justicia, sin dejar de lado las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica. Consiguientemente, que el juez ordinario figura además cual contralor de la discrecionalidad administrativa, entre otras disposiciones metajurídicas al andar de los preceptos 15, 16, 17, 158.4, 160 y 216.1 de la LGAP, con arreglo al Derecho de la Constitución, en particular el precepto 49 de la Constitución Política (C.Pol.), sumado a esto se decantan los postulados jurídicos imbuidos en los cánones 1, 36, 42 y 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) (Ley No. 8508 del 28 de abril de 2006).

I. Plebiscito: Generalidades

Para mayor claridad, el ordinal 19 del Código Municipal (Ley No. 7794 del 30 de abril de 1998) contiene el siguiente enunciado jurídico:

Por moción presentada ante el Concejo, que deberá ser firmada al menos por la tercera parte del total de los regidores y aprobada por el mínimo de tres cuartas partes de los regidores integrantes, se convocará a los electores del cantón respectivo a un plebiscito, donde se decidirá destituir o no al alcalde municipal. Tal decisión no podrá ser vetada. Los votos necesarios para destituir al alcalde municipal, deberán sumar al menos dos tercios de los emitidos en el plebiscito, el cual no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del total de los electores inscritos en el cantón.



El plebiscito se efectuará con el padrón electoral del respectivo cantón, con el corte del mes anterior al de la aprobación en firme del acuerdo referido en el párrafo primero de este artículo.

Si el resultado de la consulta fuere la destitución del funcionario, el Tribunal Supremo de Elecciones repondrá al alcalde propietario, según el artículo 14 de este código, por el resto del período. Si ambos vicealcaldes municipales son destituidos o renuncien, el Tribunal Supremo de Elecciones deberá convocar a nuevas elecciones en el cantón respectivo, en un plazo máximo de seis meses, y el nombramiento será por el resto del período. Mientras se realiza la elección, el presidente del concejo asumirá, como recargo, el puesto de alcalde municipal, con todas las atribuciones que le otorga este Código.

Es así que consideramos, las actuaciones administrativas que abrevan de esa inteligencia, en lo absoluto escapan del control plenario de legalidad. Empezando porque el procedimiento instruido por los miembros del Concejo Municipal, da cuenta de un procedimiento administrativo sancionatorio que le veda toda posibilidad al alcalde encausado de ejercer su derecho de defensa. Del mismo modo, debe ser objeto del control jurisdiccional, el reglamento de organización, elaborado por la Comisión organizadora del plebiscito, órgano nombrado ad hoc por el propio Concejo para regular la logística a seguir respecto a la consulta. No está de más añadir, que el acuerdo o acto final que plasma las resultas del escrutinio o conteo de votos ahí obtenidos, también es pasible del control jurisdiccional; razón ésta por la que ni siquiera es pertinente el agotamiento preceptivo de la vía administrativa para impugnar lo actuado en la vía administrativa, menos aún, ante la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo (Cfr. art. 173 C.Pol.). Cabe mencionar respecto al conteo de votos obtenidos en la consulta, esto último confluye por el cauce del escrutinio municipal, acto en el cual no media ninguna participación del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), según veremos oportunamente. Por consiguiente, el acto final de destitución es puramente

administrativo, principalmente por el contenido o efecto, sancionatorio o de gravamen.

Por ende, si bien los acuerdos de rito escapan del veto alcaldil, nuestro sistema jurídico prevé mecanismos para el ejercicio de la defensa en casos tan excepcionales y ante Estrados Judiciales, a saber, procesos cautelares y de conocimiento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según se anticipó. Y, no sólo el Derecho patrio, merced del control de legalidad, pues en la escena irrumpe el control difuso de convencionalidad *ex officio*. Control que ha pregonado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *inter alia*, en el Caso Radilla Pacheco Vrs. México <Sentencia del 23 de noviembre de 2009>; el cual está residenciado no solo en la autoridad jurisdiccional, sino, también, sobre el remanente de las autoridades administrativas nacionales, eso sí, en razón de sus competencias y a tono con el principio de legalidad en su vertiente positiva y negativa (art. 11 de la LGAP).

Grosso modo, el control convencional entraña la desaplicación de la norma de rango legal o infranormativa –reglamento o decreto– por parte del juez nacional, en tanto roce con las reglas depositadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos <CADH>, e, incluso, respecto de los pronunciamientos vertidos por la Corte IDH. De manera que, el ordenamiento jurídico interno cede una porción de su soberanía frente a estos últimos, cuya vinculatoriedad -en nuestro criterio- no se contrae, exclusivamente, al Estado destinatario de lo dispuesto por la Jurisdicción transnacional, pues sus efectos irremisiblemente se extenderán hacia aquellos otros suscriptores del instrumento de estilo; por supuesto, al abrigo de la competencia especial, unívoca y ulterior de ese Tribunal, según el artículo 62.1 CADH.

Sirva agregar, entonces, bajo esa dimensión jurídica, que no será de menester la consulta facultativa de constitucionalidad por parte del juez. Consulta brocada al canon 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989). En ese contexto, la consulta se efectúa sí y solo sí surja en el fuero interno de la persona juzgadora dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o cualquier otra conducta activa u omisiva por juzgar en un caso concreto. A mayor abundamiento, es la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley No. 7333 del 05 de mayo de 1993 y sus reformas), que faculta mediante el artículo 8.1 *ibíd.*, la desaplicación de las normas notoriamente inconstitucionales y además, la correlativa consulta facultativa ante la Sala Constitucional por dudas fundadas de constitucionalidad. Más aún, quede claro, a ese predicado se sobrepone la desaplicación -*ex officio*- de la norma por inconveniente, sin que sea imprescindible la consulta en referencia; ello, en tanto estén involucrados los derechos humanos de las personas justiciables. De otro modo, esa consulta podría erigirse en un elemento obstativo de la tutela judicial efectiva.

Consiguientemente -en forma refleja- el control convencional generará la ulterior adecuación del sistema jurídico interno de cada Estado signatario del Pacto de San José, en sendos aspectos [reglas de la CADH y dictados de la Corte IDH]. Por ello se cita a Ferrer, E (2008) quien a su vez se apoya en Cecilia Medina <ex presidenta de la Corte IDH>, y sostiene que del artículo 2 CADH se infieren dos consecuencias; en primer lugar, “(...) los Estados están obligados a desarrollar en su legislación aquellos derechos (...) que puedan ser (...) invocados ante los tribunales de justicia” (p. 306). Al igual, están compelidos “(...) a adoptar todas las medidas legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos” (Ibíd.). Paralelamente, se torna imperativa la lectura de la norma 25

CADH, que a su letra prevé:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (Delineado se añade).

De manera que razonar otra cosa, es decir, cualquier alcalde puede ser destituido mediante consulta popular sin que pueda recurrir tal decisión, es conminarle a un meridiano estado de indefensión. Sin ninguna duda bajo esa tesitura se vacía de contenido el debido proceso sustantivo. Obsérvese como por ese camino fácilmente podría el Concejo Municipal tratar de aleccionar al titular de la alcaldía, por razones de orden político o cualquier otra extrajurídica; la verdad sea dicha, esto constituiría, en la especie, un rotundo abuso por exceso de poder (art. 49 C.Pol.). A ese respecto, quede claro, no obstante una determinada disposición sea aprobada, en un régimen democrático aún con el respaldo popular, ese solo hecho no le confiere legitimidad a lo actuado. Todo lo contrario, se mantendrá incólume la responsabilidad internacional del Estado transgresor. Es en esos términos que la Corte IDH, al conocer una impugnación de las Leyes de Amnistía respecto a delitos por lesa *humanidad*, aprobadas en un país suramericano <Caso Gelman Vrs. Uruguay, Sentencia del 24 de febrero de 2011>, sentenció:



El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél (Énfasis se suple) (párr. 238).

No quepa duda alguna, en el sentido de que la legalidad no debe adolecer por falta de justeza. De ahí que se comparta el criterio de algún autor quien ha afirmado: “(...) *uno de los presupuestos para la justicia formal es la neutralidad moral*” (Lorenzetti, 2006, p. 203). Definitivamente, las normas válidas y aplicables no siempre devienen justas, he ahí el inexcusable parangón con los Derechos Humanos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que va expuesto; en tesis de inicio, la destitución del Alcalde Municipal abreva no de la voluntad popular, según se anticipó, sino del Concejo Municipal, órgano, que en apariencia, parece erguirse en juez y parte. Ergo, por un lado promueve y vota el acuerdo de convocatoria al plebiscito y por otro, efectúa el conteo de votos para comunicar los resultados al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), en aras de que ese órgano electoral proceda a la sustitución de aquél a la brevedad, previa cancelación de sus credenciales como Alcalde (sa) Municipal.

Sin embargo, de rigor es mencionar que el instituto de revocación de mandato, fincado en la norma 19 C.M., padeció por falta de los presupuestos fácticos necesarios que sustentaran su inserción en nuestro ordenamiento jurídico,

dado que el expediente legislativo está ayuno de las consideraciones que consecuentemente lo motivaron. En todo caso, la revocación nace mal trecha, pues es un órgano administrativo el que promueve –según el Código de la materia- la eventual convocatoria al plebiscito, cuando el legislador debió haber previsto que el cuerpo electoral instase, ad initio, la consulta popular ante el senado local y no al contrario.

En síntesis parcial, no es solo que la conducta, prima facie, abreve de un órgano administrativo para justificar el control de legalidad por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo (arts. 15 al 17 de la LGAP), pues, incluso, el hecho de que por la vía “democrática” se pretenda enervar la situación jurídica de un funcionario es un escenario que constriñe los derechos humanos que al (la) alcalde (sa) le asisten por el solo hecho de ser persona. Por consiguiente, el acto final de destitución es sin lugar a dudas pasible tanto del control de legalidad cuanto del control difuso de convencionalidad *ex officio*, por parte del juez nacional.

Se enfatiza, por lo tanto, que el Plebiscito fue adoptado por el legislador costarricense, cuando debió haber sido adaptado en consonancia con el bloque de legalidad y al ordenamiento supra nacional. Empero, no es un asunto para nada novel que en el Derecho doméstico, infinidad de formas jurídicas se adoptan e inercalan atropelladamente, importadas de otras latitudes de manera ciega y antojadiza, tan solo para aplacar, temporalmente, el clamor mediático e intereses políticos subrepticios.

Así pues, clásicamente se ha sabido que el elector mediante la revocación de mandato de un funcionario de elección popular, remueve aquel funcionario quien desconoce los deberes y obligaciones atinentes al cargo. Claro está, en tanto dichas irregularidades estén debidamente compendiadas, a suerte de instrucción formal de

cargos y además, consideramos, que tenga aquél una especie de derecho de respuesta para ejercer de alguna u otra forma y de manera pública su defensa (Cfr. arts. 285, 317 de la LGAP), en resguardo de su honor y buen nombre.

Sin embargo, en Costa Rica el indebidamente denominado plebiscito revocatorio da cuenta de que ningún vecino del cantón podría convocarlo, cuando menos por las formas legales a las cuales acuden los ciudadanos en otros ordenamientos. En tal supuesto, es el Concejo Municipal el único órgano que puede promover esa consulta. Evidentemente, es este mismo el que insta la moción amén de la votación por mayoría calificada, quien ulteriormente lo aprueba. Sobre este punto cabe reflexionar el por qué no se estableció alguna salvedad en tanto pueda evitarse el conflicto de intereses. Esto es, quienes promuevan la moción de convocatoria al plebiscito sean los miembros titulares y quienes la voten sean los suplentes o cualquier otro miembro que no estuviere comprometido.

Por lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico administrativo abraza en el Libro II, Título II de la LGAP, la abstención y recusación, cuyo cardinal 230.2 ibíd., remite al 199 LOPJ, y esta a su vez al canon 49 y 53 del Código Procesal Civil (CPC) (Ley No. 7130 del 16 de agosto de 1989), en lo de interés. Así pues, cuando los motivos de impedimento o recusación alcanzan al miembro de un órgano colegiado, tal situación no se hará extensiva a los demás, salvo casos calificados en que estos lo hallen procedente (art. 230.3 de la LGAP). Al igual, el miembro en quien concurra el óbice deberá separarse del conocimiento del asunto, y por ende, deberá hacerlo constar ante el propio órgano al cual pertenece (art. 234.1 de la LGAP). Tal motivo debe ser resuelto por el resto de sus compañeros, en tanto hubiere mayoría para conformar el *quórum*. De otro modo, los autos deben ser elevados al superior, y en su defecto, al Presidente de la República (art. 234.2

de la LGAP). Empero la razón para aplicar el instituto de la abstención o de la recusación, de cara a la votación de una moción de convocatoria al plebiscito, reside, principalmente, en que el conocimiento de ello, lo sea por parte de otros. En ese sentido, la disposición es diáfana porque engarza: “*Si la abstención se declara con lugar, conocerá del asunto el mismo órgano colegiado, integrado con suplentes si los tuviere, o con suplentes designados ad hoc por el órgano de nombramiento*” (Itálica se suple) (art. 234.3 de la LGAP).

De igual forma, nótese que la norma es de carácter supletorio (art. 235.1 LGAP), aún cuando en asuntos como este, toda vez que no sólo es aplicable a la abstención <de oficio>, sino, más bien, a la recusación <a gestión de parte afectada>. La única variante en tal supuesto es que la gestión la formula quien potencialmente sea el perjudicado (a), y quien además, deberá aportar la prueba que sustancie su alegato [*onus probandi*, art. 317 CPC]. Consiguientemente, el superior en grado <en el caso concreto debe ser el Concejo conformado por miembros suplentes> debe resolver en el término de cinco días; caso en el cual el cómputo debe ser en días naturales (art. 256 de la LGAP). El órgano resolutor, está facultado para recabar otras pruebas (art. 236, en relación con el principio de libertad probatorio y el principio de oficialidad del procedimiento según arts. 221 y 222, todos de la LGAP).

Por lo anterior, nótese que la norma prevé la sanción de invalidez respecto a los actos adoptados por funcionarios sobre quienes recaen motivos de abstención, sumado a la responsabilidad en lo personal, y la consecuente nulidad absoluta de lo actuado (art. 237.1.2 de la LGAP). La norma establece una salvedad, la cual se expresa habida cuenta de la resolución emanada de una eventual recusación, ello, incluso, podría ser apreciada discrecionalmente por parte del órgano de alzada. Más aún en tanto se trate de una resolución por



motivos de abstención, tal criterio adolece por falta de recurso (art. 238 de la LGAP).

Corolario, en el evento de presentarse los motivos anotados, supra, e ignorarlos quienes promueven y votan la moción para convocatoria al plebiscito, esa sola omisión tiñe el acuerdo de nulidad absoluta e inejecutable. Porque si bien, tal no figuraría como un acto final, sí como un acto administrativo con efecto propio (art. 36 inc. c) CPCA), pasible de ser recurrido ante la sede judicial ordinaria, conjuntamente con el acto final, por evidente quebranto del principio de imparcialidad (Cfr. art. 163.2 de la LGAP). En otras palabras, no es de menester impetrar justicia ante la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo, lo que comúnmente se conoce como el agotamiento preceptivo de la vía administrativa (Voto Sala Constitucional n°. 3669-2006), sino, como infra se verá, la solución podría estar en acudir directamente a la sede ordinaria, al Tribunal Contencioso Administrativo, en la vía ordinaria. De igual forma, vale anotar que debe ser bastante cauto no sólo quien acciona en tales términos sino, además, frente a un proceso cautelar. Pues para que tal medida de cognición sumaria halle lugar, se requiere el concurso al menos de tres postulados o presupuestos legales, a saber, *apariencia de buen derecho*, *peligro en la demora* y *el de bilateralidad del peligro en la demora*. Muy sintéticamente, el primer elemento en términos negativos refiere a una gestión que no sea carente de seriedad o palmariamente improcedente. Toda vez que la carga de prueba para demeritar el dicho del interesado en la adopción de la medida, se revierte y recae sobre las espaldas de la contraparte. El segundo elemento, por su parte, da cuenta de una gestión cual rechazo implicaría daños no sólo actuales, sino, potencialmente lesivos de la esfera jurídica del petente. El tercero, finalmente alude a una relación dialéctica entre las garantías del particular y las prerrogativas de la Administración Pública. Así pues, la medida

se otorga en tanto el perjuicio, el cual por efecto reflejo pudiese dimanar de la medida otorgada no sea cualitativa y cuantitativamente mayor para terceros o para el propio interés general. Por consiguiente, colegimos, no es recomendable para el justiciable, en el caso de mérito, acudir anticipadamente a estrados judiciales a impetrar la justicia cautelar, sino, esperar hasta el acto final, es decir, las resultas del escrutaje de votos obtenidos en la consulta e incluso, respecto del acto de anulación de credenciales emanado del TSE, función eminentemente iusadministrativa, nunca política, menos aún electoral. En otras palabras, si lo que el (la) alcalde (sa) inculpada (a) pretende es interponer una medida cautelar negativa en aras de suspender el acto de convocatoria o bien del conocimiento por parte del Concejo Municipal de la moción en comentario, sí debe tener claro que tal gestión podría, eventualmente, depararle un resultado nada favorable, pues en ese sentido se echa de menos la urgencia, que a su vez figura como una condición *sine qua non* para adoptar una medida cautelar anticipada (Cfr. arts. 21 y 23 CPCA).

Así pues, el Concejo es el órgano que convoca el plebiscito. Por ende instará un acuerdo, el cual requiere a lo sumo una tercera parte del total de ese colegio para ser votado favorablemente. Más sin embargo, quienes deben conocer del asunto deberían ser los miembros suplentes de ese colegio. De otro modo, el acuerdo que por tal conducto exude la decisión de convocatoria, está indudablemente teñido de nulidad absoluta.

II. De la asesoría del Tribunal electoral de cara al procedimiento.

Por otra parte, sabido es que el TSE brinda asesoría a los gobiernos locales para el día de la consulta, con arreglo del Manual para la Realización de Consultas Populares a Escala Cantonal y Distrital, promulgado en el año 1998 -Decreto n°. 03-98, publicado en el Diario Oficial

La Gaceta, Alcance N° 204, del 21 de octubre de 1998-. Puntualmente, por imperativo de la antes citada disposición infranormativa, el TSE, deberá asignar, cuando menos, un servidor para asesorar a la Corporación local, en tratándose de la preparación y celebración del acto, quien velará por el cumplimiento de los requisitos formales instituidos en el reglamento que deberá elaborar una comisión ad hoc nombrada por el Concejo. Incluso, miembros pertenecientes al Cuerpo Nacional de Delegados para el propio día de la consulta.

Por regla de principio, la participación del órgano electoral se asimila en dos escenarios de cara a las consultas locales. El primero, asesorar al ente territorial por intermedio de sus colaboradores. El segundo, el día de la consulta, se efectúan labores de observación para garantizar la transparencia del proceso y el reflejo de la voluntad popular <Ver Decreto n.º 03-98 TSE, puntos “a” y “b”>.

Empero, no debemos dejar a un lado, que esta es una actividad cuya organización es de resorte exclusivo del Ayuntamiento, tal cual lo preceptúa el inciso j) del cardinal 13 C.M. Sobra agregar que el TSE funge como un mero asesor según sea el caso, sin competencia alguna para prejuzgar sobre la validez de la consulta. Es decir, sabido es que ese órgano no ostenta en lo absoluto la condición de contralor de legalidad.

a. Incompatibilidad del “juez electoral” respecto al procedimiento.

El Tribunal Supremo de Elecciones, en sesión ordinaria n.º. 089-2011 dispuso con fundamento en el cardinal 13 fracción k) y numeral 19, ambos del C.M., que la celebración de las consultas populares son de resorte exclusivo de los gobiernos locales, entes que deberán promulgar la correlativa norma reglamentaria a ese respecto. En otras palabras, el TSE aclara

-ambiguamente, como luego se verá- que no participa de la organización, mucho menos de la dirección de las predichas actividades. Consecuentemente, el Concejo Municipal nombrará una comisión organizadora para tal fin; sin perjuicio de la asesoría que pueda brindar el Registro Electoral de cara a la elaboración de la supra indicada disposición reglamentaria, así como el desarrollo del proceso plebiscitario por conducto del Cuerpo Nacional de Delegados. Empero, nótese que el órgano electoral agrega que su actuación se circunscribe a la de un “juez electoral”. En otras palabras, una especie de órgano cuasi-jurisdiccional que conoce acerca de las impugnaciones tramitadas bajo la veste de aquella creación pretoriana denominada el contencioso electoral, a tenor del Código de esa materia.

No obstante, aún y cuando el TSE asegure que la organización, dirección y vigilancia de todo lo relacionado a las consultas -en el caso concreto consultas plebiscitarias-, son competencia de los gobiernos locales, no así de ese órgano electoral, se advierte una suerte de incoherencia cuando contradictoriamente aduce que participaría como *árbitro electoral*. No obstante, valga revisar muy brevemente las atribuciones de la jurisdicción electoral para así colegir o no si compaginan con una consulta como la de estudio. En ese marco jurídico, véase el ordinal 219 del Código Electoral (CE) (Ley No. 8765 del 19 de agosto de 2009), en virtud del cual se preceptúa que el objeto de esa jurisdicción es garantizar la debida aplicación del ordenamiento jurídico electoral. Antes bien, el cuestionamiento que nos hacemos es ¿Cómo aplicar el ordenamiento jurídico electoral a un procedimiento que sustancialmente es de carácter administrativo? Al respecto, recordemos al maestro Eduardo Ortiz (q.d.d.g.), quien definió magistralmente el concepto del procedimiento administrativo, como:



Conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de los intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor las armonice con el fin público a satisfacer (Ortiz: 1981, p. 383).

Evidentemente, según se anticipó, no resultaría siquiera competente el TSE en la condición de juez electoral de cara al procedimiento plebiscitario, pues al estar desnaturalizada dicha figura en nuestro ordenamiento patrio, se insiste, esta consulta no abreva de una voluntad libre y popular. Deriva de la voluntad de una sola cabeza del gobierno local; órgano que insta y aprueba la moción. Órgano que podría mercadear la idea de la ineficiencia alcaldil, para solapar la ineficiencia en la toma de decisiones de sus propios integrantes.

Por supuesto, esa es una conducta administrativa formal orientada a la eventual destitución que no descansa en lo absoluto en ninguna jurisdicción electoral. De ahí se reprocha la inoportuna injerencia del TSE sobre las actuaciones administrativas que ejercitan los ente públicos territoriales, tal cual lo presupone el ordenamiento jurídico (art. 169 C.Pol.). Por ende recordemos que el Estado sólo puede incidir en la actuación de estos entes menores –dotados de autonomía política y de gobierno- bajo la égida de la coordinación, por disposición expresa de la Sala Constitucional a la luz del Voto N°. 5445-99. Contrario a esto, presenciamos una muy cuestionable invasión de las competencias locales.

Por lo pronto, véase que compendian la jurisdicción electoral, el recurso de amparo electoral, la acción de nulidad electoral, el recurso de apelación electoral, la demanda de nulidad relativa a resultados electorales, la cancelación

o anulación de credenciales, y finalmente, la denuncia por parcialidad o beligerancia política (art. 220 Código Electoral). En primer lugar, el amparo electoral está diseñado para tutelar los derechos y libertades de orden político electoral, es decir, es para combatir la acción u omisión, o cualquier actuación material que viole o amenace al ciudadano, acción de un órgano electoral inferior adscrito al TSE, puede ser una junta electoral, o bien, una asamblea de un determinado Partido Político. Sin embargo, la norma de cita resulta inaplicable para el caso de estudio; se insiste, el procedimiento que en la especie se pretende atacar por conducto de un amparo electoral, es en el caso de mérito dimanado de un órgano administrativo -Concejo Municipal-, ergo, se erige en una conducta sujeta al Derecho administrativo. Lógicamente, sólo puede ser controlada por el juez ordinario, según colegimos de la doctrina fincada en el cardinal 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que a su letra declara:

- 1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.
- 2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso, la desviación de poder.
- 3) Para los fines de esta Ley, se entenderá por Administración Pública:
 - a) La Administración central.
 - b) Los Poderes Legislativos, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.
 - c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público (Delineado se suple).

En segundo lugar, en cuanto al recurso de apelación electoral, este se interpone en contra de las disposiciones emanadas del Registro Electoral, Las juntas electorales, el servidor quien

autoriza la realización de actividades electorales en sitios públicos; en contra de lo dispuesto por las delegaciones cantonales de policía, o bien, respecto a cualquier otro servidor del TSE quien ostente potestades de decisión o respecto de quien colabore en el ejercicio de la función electoral (art. 240 C.E.). En ese predicado, se desprende que la norma no podría ser más genérica y ambigua, dado que incluye, también, dentro de ese rango a personas jurídicas y físicas, inclusive; tan sólo por el mero hecho de colaborar con la función electoral. *Excursus*, ante el último panorama lo correcto es hablar de funcionario de hecho de acuerdo a la doctrina depositada en el Título V, Capítulo II de la LGAP. Funcionario quien hace lo que el servidor público nato realiza comúnmente, no obstante carece de investidura o cuando menos, de una investidura formalmente hablando, incluso fuera de situaciones de urgencia o gobiernos de facto. Eso sí, siempre y cuando no se haya declarado la ausencia o irregularidad de la investidura en ninguna sede, administrativa o judicial, en tanto la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y apegada a derecho, se entiende válida y eficaz *juris tantum* (art. 115 de la LGAP). Es decir, dicha validez es tal, aún cuando perjudiquen a terceros y cuando éstos tengan conocimiento de tal vicisitud, por principio *favor acti* (arts. 168 y 116.1 de la LGAP). De ahí que la administración quede obligada o favorecida a ese tenor (art. 116.2 en relación con los numerales 201, 203, 190 y 199 LGAP). Sin embargo, será responsable ante la Administración y terceros por los daños que cauce (arts. 210, 203 y 198.2 LGAP). Por ende, el funcionario de hecho no es un servidor de la Administración, empero los actos que irradia son válidos para garantizar la continuidad de los servicios que dispensa el ente público para el cual sirve (art. 4, 225 y 269 LGAP) y así se favorece al colectivo social.

En consecuencia, si de función electoral se trata, la participación del TSE debe estar

circunscrita por principio de certeza y seguridad jurídica (arts. 39 y 34 del Código Político) a la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio dentro de las campañas nacionales. Ello, no es otra cosa mas que las elecciones presidenciales y legislativas, taxativamente. Motivo por el cual lo deseable -empero no dejando de ser una simple quimera- es que cada Ayuntamiento autónomamente convoque a elecciones locales cada cuatrienio o en la forma que mejor les parezca en tratándose de la tutela de sus intereses y servicios. De ahí se estima que a lo sumo en vista de alguna imputación por responsabilidad administrativa, resulte inaplicable el recurso de amparo electoral en contra del Alcalde, ni empleado por este para atacar la decisión que abreva de la predicha consulta, lo cual se torna sin ninguna duda improcedente.

En tercer lugar, tratándose de la demanda de nulidad relativa a resultados electorales, figura ligada a la inteligencia del canon 246 y siguientes del C.E., en efecto, también resulta improcedente desde uno u otro flanco. Si bien la destitución del (la) alcalde (sa) confluye por el cauce de una elección o consulta local alternativa acerca de si se destituye o no al funcionario (a), tanto el motivo -precedentes- de dicho acto ablatorio o de gravamen así como el contenido -efecto- y su fin -moralizante-, son eminentemente conductas sujetas al circunspecto y especializado criterio del juez ordinario, por mandato constitucional expreso, brocardo del numeral 49 C.Pol.

Simultáneamente, la cancelación o anulación de credenciales, instituto preceptuado en el Capítulo VII Sección I del C.E., es una institución que en nuestro criterio se devela inconvencional, a lo sumo, en cuanto a la imposibilidad para que el inculpado pueda recurrir tal decisión (Cfr. art. 103 C.Pol.). En ese marco, el TSE destituye al o a la servidora, formalmente, anulándole las credenciales, previa noticia emanada del



Concejo Municipal, acerca de la destitución de la persona del Alcalde, mediante la consulta de rito. Seguidamente, el órgano electoral le sustituirá por otra. Lógicamente, con tal proceder se quebranta el derecho de defensa y el debido proceso (art. 39 C.Pol.) e indudablemente, el de impetrar justicia por reserva constitucional de jurisdicción judicial (arts. 41 y 153 C.Pol., 25 CADH). Todo esto, aún y cuando la ley disponga que la jurisprudencia de ese órgano es vinculante erga omnes en la materia electoral (art. 221 C.E.).

b. Análisis de un caso concreto.

De previo, se advierte el vicio de desviación de poder ínsito en la moción enunciada páginas atrás. Desde esa óptica y para efectos ilustrativos, analicemos el caso de un plebiscito que nació fallido. Este fue promovido por el Concejo Municipal de la Municipalidad de Siquirres, cantón de la provincia de Limón. Esto se remonta a la sesión ordinaria n°. 084-2011, celebrada por ese órgano colegiado; acto en el cual se aprueba la moción presentada por el regidor Carlos Umaña Ellis. Véase a continuación el fundamento fáctico, si así se puede conceptualizar, empleado para sustanciar la moción de estilo.

CONSIDERANDO: // 1- Que en razón de los acontecimientos que se vienen presentando en los últimos meses en la Administración Municipal, concretamente en la persona de la señora Yeigi Lavinia Verley Knight: falta de liderazgo, comunicación ineficaz que no permite un buen entendimiento de las partes, deterioro en la Administración por su falta de capacidad en ejercer las funciones inherentes a su condición de Alcalde y coadministrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilante de la organización, gestión administrativa deficiente como ejemplo en la parte tributaria ausencia de un coordinador tributario, inoperancia del Departamento de recursos (sic) Humanos, descontrol de permisos de construcción, incumplimiento de los deberes que se someten a su autoridad, desprotección de los bienes como por ejemplo el polideportivo, antigua bodega Municipal, pérdida (sic) de activos, servicios e (sic) interés institucionales puestos

bajo su tutela como ejemplo incremento de la morosidad, el funcionamiento y la coordinación de todo el gobierno local, de conformidad con las atribuciones contenidas por la jurisprudencia municipal. // 2- Que ante estas circunstancias, los Siquirreños quienes presentaron ante este Concejo municipal sus preocupaciones en donde se demuestra que se encuentran expectantes con respecto al rumbo que ha venido tomando el cantón y por consiguiente el futuro es visualizado con incertidumbre, desgano y gran preocupación, siendo que en nuestra condición de órgano deliberante parte del gobierno local, nos compete realizar las gestiones necesarias a fin de corregir cualquier acción que esté en perjuicio de los intereses de la colectividad (Itálica suplida).

De lo anterior se desprenden varias apreciaciones de rigor. El primer cuestionamiento que salta a la vista es precisamente ¿cuándo, dónde y cómo se presentó el documento ahí argüido por el regidor? ¿Cómo fiarse de lo expuesto líneas arriba? Así pues, supóngase que estamos ante una mera moción que ulteriormente desencadena una conducta administrativa formal; ello, desde luego en el supuesto de descartar el aludido documento que sirve de detonante a la moción en autos o cuando menos, que tal gestión radicaba en otras circunstancias extrínsecas a las recién atribuidas tanto a la Alcaldesa como al Vicealcalde. En tal circunstancia, se estaría ante un motivo inexistente, según se adelantó. Sabido es que tal falencia daría pie a la nulidad de cualquier acto administrativo (art. 166 de la LGAP). Razón por la cual es imposible hallar en dicho acto la motivación <antecedentes> como elemento formal del motivo *per se* (art. 136 LGAP). En cuanto a lo primero, recordemos que el acto administrativo es válido en tanto se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico (art. 128 LGAP). Esto último implicaría que aún cuando un determinado acto no adolezca por falta de motivo o presupuesto fáctico, empero persiga una finalidad diversa a lo ahí trazado, se impone la nulidad absoluta y la consecuente inejecutoriedad del acto administrativo (art. 169 LGAP). Como ejemplo de lo expuesto se ilustra el

marco hipotético en tanto la moción de comentario hubiese sido concebida no para salvaguardar el derecho de participación ciudadana en la toma de decisiones locales, menos aún, para aleccionar a los funcionarios locales, sino, más bien, para destituirlos, a sabiendas de que su postulación podría haber emanado del seno de un Partido Político minoritario, verbigracia. Peor aún, hubieren cuestionado en diversas oportunidades algunas decisiones dimanadas del Concejo. Y es que los argumentos anteriormente descritos, sobre los cuales descansa la decisión el Concejo eran:

(...) falta de liderazgo, comunicación ineficaz que no permite un buen entendimiento de las partes, deterioro en la Administración por su falta de capacidad en ejercer las funciones inherentes a su condición de Alcalde y coadministrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilante de la organización, gestión administrativa deficiente (...).

Por supuesto, es una corredilla de imputaciones genéricas nada precisas, ni circunstanciadas, ni claras; echándose de menos la mínima comprobación al respecto. Todo lo cual, sencillamente erosiona el Principio constitucional de presunción de inocencia, afincado en el cardinal 39 de la Carta Fundamental. Cabe agregar, amén de la teoría objetiva del acto administrativo (arts. 130 y 131 literal 3) de la LGAP) que, el dolo vicia el acto sí y solo sí ha constituido desviación de poder, ya que el dolo por sí solo adolece por falta de entidad, en tanto quien dicta el acto hubiere procedido conforme a Derecho. De otro modo, tal acto será nulo si se persigue un fin diverso al preceptuado *ex lege*. Otro cuestionamiento que a esa sazón aflora es: ¿Acaso la administración estará sustituyendo un procedimiento administrativo sancionatorio con todas las garantías legales por la vía de un mero juicio político? Otro en donde el gobierno local trata de mercadear la concepción de que el único culpable de todas las tribulaciones que agobian a los vecinos es única y exclusivamente

causa de un mal proceder de la Alcaldesa o el Vicealcalde. Un juicio en donde se echan de menos los trámites sustantivos previstos por la ley (arts. 129 y 223 de la LGAP). Es así -por ese conducto legal- pareciera se busca enervar uno de los más trascendentales principios rectores de la actividad administrativa, esto es, el respeto de los derechos de los particulares. En otras palabras, el equilibrio que debe existir entre la potestad de imperio y los derechos de las y los administrados (as). Por esa razón la LGAP, establece las bases hermenéuticas para armonizar las actuaciones del administrador público frente a los derechos e intereses del administrado. En ese predicado, el cardinal 10 literal 1) *ibidem* dispone: “La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, **dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular**” (Negrita suplida). En ese sentido, la más calificada doctrina pregona: “*Por tanto, el respeto de los derechos de los administrados queda consagrado no sólo como principio frente a la intervención de las normas administrativas, sino como límite a la actividad administrativa*” (Brewer-Carías: 2012, p. 46). Comentario que hace eco, precisamente, del contenido jurídico previsto por el numeral 17 de la LGAP, dado que la discrecionalidad administrativa, incluso, se encuentra amojonada por los derechos del particular frente a ella, salvo norma de rango legal en contrario.

Como bien es sabido, todo acto administrativo posee uno o varios fines principales y otros secundarios, en todo caso, estos últimos deben estar supeditados a los primeros por imperativo legal (art. 131 literal 1). Así en el caso concreto, el fin principal del acto de convocatoria al plebiscito –el cual ya puntualizamos es administrativo, adjetivándolo ahora de trámite con efecto propio según la doctrina asentada en el cardinal 36 aparte “c” in fine-, debería ser la participación ciudadana en la toma de decisiones que afectan al fin público, un fin secundario sería



entonces aleccionar a la funcionaria, debido a que en algunas ocasiones los acuerdos del Concejo, se han visto entrabados en criterio de sus miembros, quienes los han considerado trascendentales para la localidad. Empero, se enfatiza, si lo que realmente se persigue con una consulta de esa veste es singularmente lo segundo con abstracción de lo primero, subyace cabalmente una evidente desviación de poder y, consecuentemente la nulidad absoluta.

En segundo lugar, tratándose de la motivación echada ahí de menos, valga mencionar al profesor Mag. Dr. Ernesto Jinesta, quien enfáticamente ha señalado:

La motivación se traduce en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y derecho que han llevado a la respectiva administración pública al dictado o emanación del acto administrativo. La motivación es la expresión formal del motivo y, normalmente, en cualquier resolución administrativa, está contenida en los denominados “considerandos” – parte considerativa-. La motivación, al consistir en una enunciación de los hechos y el fundamento jurídico que la administración pública tuvo en cuenta para emitir la decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de esta y una pauta indispensable para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo (Jinesta: 2006, p. 388).

Por lo anterior transcrito, se desprende que la motivación es un elemento formal del acto administrativo (art. 223 de la LGAP), más éste no debe confundirse con el motivo, pues este último se erige en un elemento material u objetivo de la referida conducta formal administrativa, mientras que la motivación de cita no es otra cosa más que el sustento fáctico que contribuye a la instrucción de un determinado procedimiento administrativo.

c. Plebiscito en el cantón de Pérez Zeledón.

En sesión ordinaria n°. 72-11, celebrada por el Concejo Municipal de Pérez Zeledón, se legalizó la convocatoria para realizar la Consulta de Plebiscito en esa localidad del sur. Consulta celebrada el día 5 de diciembre del año 2011. Entre tanto, fue mediante el acuerdo adoptado en el artículo sexto de la Sesión supra mencionada, celebrada por el Concejo del Ayuntamiento predicho, el día trece de setiembre de dos mil once; acto dentro del cual se aprueba la moción para la convocatoria al plebiscito de revocación de mandato. Ello es a propósito de la moción presentada por los regidores del Partido Movimiento Libertario, Acción Ciudadana, Unidad Socialcristiana y Liberación Nacional.

A tales efectos, la consulta al cuerpo electoral municipal, elaborada por el Concejo se expuso sugestivamente de la siguiente forma, “¿**DEBE DESTITUIRSE DE SU CARGO, COMO ALCALDE DEL CANTÓN DE PÉREZ ZELEDÓN, EL SEÑOR LUIS MEDIAETA ESCUDERO?**” (SÍ, NO). Más se echa de menos el motivo por el cual se le cuestionaba, al menos en forma imprecisa (art. 133 de la LGAP). Consiguientemente, no se contempla el contenido lícito, posible y claro que abarque las cuestiones de hecho y de derecho (art. 132 de la LGAP). En ese estadio, recordemos, puede ser que el motivo no esté regulado por ley, pues podría haber algún grado de libertad para el administrador público en cuanto a su determinación, de ahí que no se regule para respetar ese resquicio de libertad. No obstante, recuérdese que supone un valladar a tal conducta discrecional el derecho subjetivo del inculpaado (art. 17 LGAP). En el caso del Alcalde de Pérez Zeledón, éste, ostentaba un nombramiento por un lapso determinado, sumado esto al eventual daño moral subjetivo y psíquico que podría haber sufrido producto del desmedro en su honor, imagen, buen nombre y psíquis, inclusive.

Ahora bien, retomando el vicio por exceso de poder, como es de todos conocido, es ilegítimo emplear potestades públicas para fines que no están positivizados en el ordenamiento. Por ende, en el Derecho de la Constitución no sólo subyace un principio de subordinación al fin público (art. 129 C.Pol.), sino, con todo, el funcionario debe supeditarse al principio de tipicidad y de inocencia (art. 39 C.Pol.). De manera tal que no debía sustituirse el debido proceso administrativo, o cuando menos, una denuncia ante la Contraloría General de la República para que ese órgano instruyese el procedimiento de mérito en contra del Alcalde, con sustancia del precepto 72 de su Ley Orgánica (Ley No. 7428 del 07 de septiembre de 1994). Más se efectuó una consulta popular que además de onerosa, desbordó las potestades públicas en cabeza del Concejo y soslayó los más sagrados preceptos concebidos al amparo del Derecho Social y Democrático de Derecho.

En otros términos, la cancelación de credenciales respecto del ex Alcalde Mendieta, por parte del TSE, sin que aquél pudiese recurrir en sede administrativa tal decisión, configura un palmario quebranto de las garantías individuales del debido proceso y sus corolarios, acceso a la justicia y derecho de defensa. Dado que la figura del juez electoral está indisolublemente ligada al sufragio nacional, no así a las consultas plebiscitarias o locales, específicamente; tampoco, en la especie, podría prosperar ninguna suerte de analogía. En concordancia con lo que va expuesto, el Tribunal Constitucional ha enfatizado:

(...) quienes ejerzan potestades públicas no pueden por acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, violentar o amenazar los derechos fundamentales, toda vez que en un Estado democrático existe una constitución de la libertad, cuyo objeto es garantizarle al individuo el disfrute y goce pleno de los derechos humanos que se encuentran actualmente reconocidos en las Constituciones Políticas de la mayoría de los países y en los tratados

internacionales de derechos humanos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos) (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 1999-8408 de las 15:24 horas del 3 de noviembre de 1999 –reiterada íntegramente en la Sentencia N° 2000-5845 de las 17:03 horas del 11 de julio del 2000).

Por consiguiente, el sustituir un debido proceso por una consulta preconcebida, a más de fortalecer el régimen democrático municipal, lo debilita. Se olvida entonces que *“Las entidades locales son las raíces de la democracia administrativa., las grass roots. Constituyen el primer círculo de solidaridad y el último eslabón entre el poder central y el ciudadano”* (Institut International d’ Administration Publique: 2001, p. 5).

En ese tanto, como bien lo aprecian los expertos, *“La labor de fiscalización ciudadana debiera asentarse en un proceso educativo que permita controlar con objetividad la gestión municipal. No cabe, por lo tanto, una descalificación de la gestión municipal, parcial o totalmente, si, por ejemplo, no se parte de la (sic) limitaciones objetivas y externas a su voluntad o empeño y que dificultan sustantivamente su capacidad de gestión”* (DEMUCA: 1998, pp. 71-72). Puntualmente, muchas de las supuestas falencias atribuidas a los (las) Alcaldes (as), realmente son producto de la omisión o faltas del propio Concejo Municipal, bien por una gestión deplorable, bien por un inadecuado empleo de la cosa pública local.

Por ello, emerge platónica la doctrina del cardinal 18 de la Ley de Desarrollo Municipal y el 5 del Código Municipal, normas jurídicas que pretenden fomentar la participación de los municipios, en lo atiente a las decisiones en sus respectivas circunscripciones. Al igual, la norma 13 inciso k) *ibíd.*, estipula como competencia del Concejo Municipal:



(...) Acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos de conformidad con el reglamento que se elaborará con el asesoramiento del Tribunal Supremo de Elecciones, observando, en cuanto a la forma e implementación de estas consultas populares, lo preceptuado por la legislación electoral vigente. // En la celebración de los plebiscitos, referendos y cabildos que realicen las municipalidades, deberán estar presentes los delegados que designe el Tribunal Supremo de Elecciones, quienes darán fe de que se cumplieron los requisitos formales exigidos en el código y el reglamento supraindicado. Los delegados del Tribunal supervisarán el desarrollo correcto de los procesos citados.

En ese orden, tal cual se adelantó, líneas atrás, el Decreto No. 03-98 emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones, denominado **Manual para la Realización de Consultas Populares a Escala Cantonal y Distrital**, estipula en el acápite 2.1 *LINEAMIENTOS GENERALES / Definiciones*, que cada Concejo Municipal está obligado a diseñar un reglamento de previo a la realización de cualquier consulta local popular, a saber, plebiscitos, cabildos y referendos. Al amparo de ese aparte, el TSE se ha pronunciado:

(...) las consultas populares ahí previstas, cuya celebración corresponde acordar al respectivo concejo municipal, discurren bajo las condiciones y reglas particulares (**distintas a las que rigen para los procesos electorales de alcance nacional, ya sean de carácter electivo o consultivo**). En primer lugar, su fuente primaria de regulación lo es lo reglamentos que, en esta materia específica deben promulgar las distintas municipalidades. En segundo lugar, la organización y dirección de estas consultas no corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones sino a la propia municipalidad, cuyo concejo municipal podrá nombrar una comisión que se encargue de ello, en los términos que señale el reglamento respectivo. (...) El Tribunal Supremo de Elecciones, entendido como sus magistrados, asume únicamente el rol de juez electoral, es decir, el órgano jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones que se tramiten a través de los institutos propios del contencioso electoral, que se encuentra regulado por el Código Electoral (Ver Sesión Ordinaria del TSE, celebrada el 29 de setiembre de 2011) (Énfasis son suplidos).

Entonces, el discurso es el mismo, el TSE no sólo pone a disposición de las entidades locales su asesoría, pues pese a carecer de competencia respecto a lo que ahí se disponga *ultima ratio*, revisa tales actos - eminentemente administrativos- bajo el “contencioso electoral”, con demérito de la reserva constitucional de la jurisdicción (art. 154 de la Carta Magna), invadiendo, consecuentemente, competencias que el constituyente derivado otorgare *prima facie* a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 49 C.Pol), y en perjuicio de la autonomía local (art 169 C.Pol.).

En fin, el ex alcalde Manuel Mendieta fue destituido a propósito de la supra indicada consulta. Así las cosas, tenemos claro que aquél, por óbice legal contenido en el artículo 19 C.M., no pudo vetar el acuerdo que convocaba a la consulta que encauzó su destitución. Empero, tal acuerdo municipal, al no estar sujeto al agotamiento preceptivo de la vía administrativa debía ceder ante la presunción de inocencia según el cardinal 39 C.Pol, y el de tutela judicial efectiva según el 41 C.Pol. en armonía con la Protección judicial concebida en el precepto 25 CADH. Reiteramos, contundentemente, que ese acto, aún cuando aprobado por mayoría calificada del Concejo podía ser impugnado en la vía ordinaria ante el Tribunal Contencioso Administrativo, conjuntamente con el acto de destitución o cancelación de credenciales, emanado del TSE; ello con asidero del artículo 49 C.Pol., y 1, 36, 42 y 122 del CPCA. Esto último, dado que tan especial presupuesto sí sería susceptible de la justicia cautelar, amén de la inexorable destitución y consecuente cancelación o anulación de credenciales.

En efecto, aunado al resultado obtenido en la referida consulta se le amputó al servidor un derecho subjetivo, sea, el nombramiento en su calidad de Alcalde Municipal. Más sin embargo, de acuerdo al VSC N° 9928-2010, al haberse

declarado la inconstitucionalidad del cardinal 3 aparte “a” del CPCA, el asunto que aquí nos ocupa es sin duda contencioso administrativo, aún más, si la pretensión sustancial es la nulidad de esa conducta administrativa. En particular, si tomamos en consideración que el acuerdo de convocatoria podría estar viciado de nulidad, ese sólo hecho le podría haber abierto la puerta al perjudicado para ocurrir a la justicia y pedir la nulidad con efectos ex nunc o inaplicabilidad futura, incluso, hasta que cesen sus efectos de la nulidad un año después (art. 40 literal segundo). Entretanto, si persigue daños y perjuicios accesoriamente, debe tomarse en consideración que el petente contaba con un lapso de cuatro años (art. 175 LGAP), cómputo que inició a partir del día siguiente del acto de destitución. Proceso en el que podría haber accionado no sólo en contra del Ayuntamiento de Pérez Zeledón y de la Alcaldesa sustituta, sino, además, en contra del Estado pues la actuación del TSE, se considera devenida de él (arts. 12.3 y 71 CPCA, 3 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República). Nótese que quien fuera Alcalde podría haber sufrido no solo un daño material por concepto de salarios caídos, sino, incluso, moral subjetivo y psíquico dado que su honor, imagen, buen nombre y psiquis podrían haber sido minadas.

III. Consideraciones finales

Hemos detectado una inopia cognitiva por parte de los (las) Alcaldes (sas), en tratándose del abanico de posibilidades que abraza nuestro ordenamiento jurídico para impugnar el acto de destitución o anulación de credenciales vertido sobre su esfera jurídica, a propósito del plebiscito revocatorio de mandato.

Importa enfatizar, además, que el (la) alcalde (sa) ostenta la prerrogativa –sin perjuicio de que el Concejo haya comunicado las resultas de la consulta al TSE-, de interponer una medida

cautelar en aras de suspender los perjuicios potenciales derivados del cargo del cargo que días atrás ostentaba dentro de la Corporación Municipal (art. 21 CPCA). Ello, lógicamente, procedería, incluso, pese a que el TSE dicte el acto de cancelación de credenciales; por ser ésta, una función meridianamente *iusadministrativa*.

Se enfatiza, la disposición que abreva del Concejo por medio de la cual se convoca a la consulta popular así como la disposición infranormativa emanada de la Comisión organizadora del Plebiscito, pueden ser recurridas por los (las) Alcaldes (as), ante estrados judiciales, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conjuntamente con el acto final de destitución.

Todo lo anterior lleva por objeto cerrar definitivamente la brecha en lo que respecta a cualquier reducto exento del control plenario de legalidad y de convencionalidad.

FUENTES

- Brewer-Carías, A. 2012. “Los Principios Fundamentales del Derecho Público”. 1era ed. IJSA. San José, CR.
- Ferrer, E. & Pelayo, C. 2008. “Tutela Jurisdiccional de los Derechos”. Comunidad Autónoma de Euskadi: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Fundación para el Desarrollo Local y el Fortalecimiento Municipal e
- García-Trevijano, A. 2010. “Teoría Pura de la República”. Ed. El buey mudo. Madrid
- Institucional de Centroamérica y el Caribe –Fundación DEMUCA-. 1998. “Municipio, Democracia y Cooperación (Aportes para el debate)”. Ed. Codelca, S.A.



- Institut International d' Administration Publique. 2001. "Las entidades Locales Francesas (Collectivités locales en France)".

- Jinesta Lobo, E. 2006. "Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I (Parte General). Ed. Dike. Medellín.

- Lorenzetti, R. 2006. "Teoría de la Decisión Judicial / Fundamentos de Derecho". Santa Fe: Ed. Rubinzal – Culzoni.

- Ortiz, Eduardo. 1981. "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública", en Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo. Colegio de Abogados, San José, CR.

