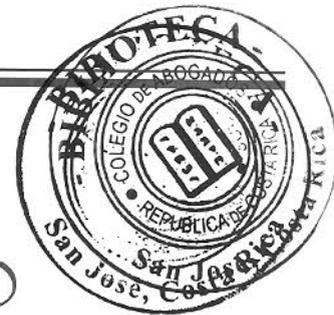


# EL FORO





# REVISTA EL FORO

Edición No. 13  
Revista del  
Colegio de Abogados  
San José, Costa Rica  
Octubre 2012



## DIRECTOR

Lic. Álvaro Sánchez González

## CONSEJO EDITORIAL

MSc. José Pablo Alvarado Cascante\*  
Dra. Érika 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, S.A.

Colegio de Abogados 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

7

## EL FORO (130 AÑOS DE EGREGIA HISTORIA)

Prof. Tomás Federico Arias Castro

9

## PRINCIPIO EDUCATIVO Y RÉGIMEN SANCIONATORIO EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL: ANÁLISIS DE LAS SANCIONES EDUCATIVAS Y PRIVATIVAS DE LIBERTAD IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS PENALES JUVENILES EN COSTA RICA EN EL PERÍODO 1997-2010

Lic. Frank Harbottle Quirós

19

## RENDICIÓN DE CUENTAS, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA

Dennia-M. Fernández - Vicente-I. Attard

35

## LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PENAL JUVENIL COSTARRICENSE

Dr. Álvaro Burgos

45

## EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y EFICACIA Y SU EVOLUCIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL PÚBLICA

MAP. Alejandro Calvo Castillo

53

## LA ADMINISTRACION DE CONDOMINIOS EN COSTA RICA

Dra. Roxana Sánchez Boza

69

## BANCOS DE MITIGACIÓN Y CONSERVACIÓN; UNA HERRAMIENTA MÁS PARA LA GOBERNANZA FORESTAL

María Fernanda Esquivel Rodríguez, LL.M

75

## COSTA RICA ES EL PRIMER PAÍS DEL CONTINENTE AMERICANO EN RATIFICAR TODOS LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Enrique Castillo



**77**      **LA AMENAZA A LA PRIVACIDAD Y  
A LOS DATOS PERSONALES QUE  
RESULTA DE LA IMPLEMENTACIÓN  
DE LAS CONVENCIONES, LAS LEYES Y  
LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS  
CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL  
LAVADO DE DINERO**

Dr. Juan Carlos Esquivel Favareto

**81**      **LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA  
(COROLARIOS DE LOS DERECHOS  
HUMANOS POR RAZÓN DE LA  
ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA  
IDENTIDAD DE GÉNERO)**

Msc. Luis Fernando Fernández Hidalgo

**89**      **¿QUÉ ESTADO NO VIOLA  
DERECHOS HUMANOS? EL CASO  
DE SOFISTICADAS VIOLACIONES  
(SISTEMÁTICAS) POR PARTE DE  
INSTITUCIONES DEL ESTADO**

Comisión de Derechos Humanos

Lic. Gunnar Nuñez Svanholm

Lic. Maikel Hinrichs Quirós

**93**      **LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL DE  
COSTA RICA, UNA VISIÓN SIEMPRE  
OPTIMISTA**

Dyalá Jiménez Figueres

**101**      **A DIIGNIDADE HUMANA NA ORDEM  
CONSTITUCIONAL**

Msc. Luis Fernando Fernández Hidalgo

# Mensaje Editorial

Transitar por el tiempo, nos remonta a 130 años atrás. Tres siglos se entrelazan, en el universo jurídico costarricense, un dictador decide dejar de serlo para dar espacio a decisiones más democráticas, a la abolición de la pena de muerte, un Colegio de Abogados con un año de existencia y listo para editar su primera revista: "**El Foro**".

Un siglo XX, marcado por decisiones trascendentales, en el espectro jurídico, un Código de Trabajo, que establece nuevas pautas en favor de los trabajadores, la abolición del ejército como institución permanente, el fortalecimiento del Tribunal Supremo de Elecciones y la creación de la Sala Constitucional, que hoy han formado el ser costarricense del siglo XXI, dónde los acontecimientos políticos, han servido como precedente para formar nuestra propia ciencia jurídica.

Es por tal razón, que los derechos humanos, están escritos en nuestras leyes, y se encuentran inmersos en nuestra mente. Y desde el anonimato, los abogados y abogadas, que ejercen como litigantes, con sus escritos o como magistrados y magistradas de la Sala Constitucional, con sus sentencias que marcan una ruta muy clara en defensa de los derechos humanos, sin duda, a través de estos agremiados y agremiadas el que hacer jurídico es un ingrediente determinante en la formación de la sociedad costarricense.

El ideal de la primera edición de la revista El Foro en el año de 1882, era el desarrollo de la ciencia jurídica, pero la evolución de ésta hoy se ubica ante escenarios inimaginables, luego de hechos que cambiaron radicalmente la historia de la humanidad, como la utilización de la electricidad y la energía nuclear, dos guerras mundiales, el viaje a la Luna, el ascenso y la caída del imperio soviético, el debilitamiento de otros imperios principalmente europeos, la filosofía y la ciencia, nos recuerdan que la lucha por más y mejores derechos en pro de las personas y de la humanidad tendrá como único límite el día que desaparezcamos como especie.

En ésta, realidad del siglo XXI y con deseos de poder trasladarnos en el tiempo y compartir con nuestros antecesores, los avances que hemos tenido durante 130 años, con la Edición No. 13, dirigida a las personas que conforman nuestra agrupación y que hoy puede ser accesada, desde la Biblioteca de la Rioja y de ahí, a todo el planeta.

El saber jurídico tiene y desarrolla, por todo el mundo instantáneamente el intercambio de ideas y pensamientos, que inciden en nuestras actividades y por tal razón, la adaptación a nuestro mundo debe y tiene, obligatoriamente la marca de los costarricenses.

Lo que hace 130 años, era una incipiente propuesta para desarrollar la ciencia jurídica, actualmente se fortalece y se consolida como una parte de la etapa de expansión, que será uno de los retos más importantes para las personas que continuarán en ésta labor.

En ésta edición especial, 13-130 Aniversario, encontramos temas como la Problemática de La Administración de Condominios y sus Repercusiones expuesto por la experta Roxana Sánchez. La Legitimación de Capitales es un mal que Carcome Nuestras Sociedades enfocado por Juan Carlos Esquivel, quien se ha convertido en una referente de ésta tema en la comunidad jurídica.

El análisis de los Derecho Humanos, nos lleva a razonar sobre la perspectiva constitucional y la fuerza que surge de los tratados internacionales, sobre dicha materia y en situaciones diferentes, Gunnar Nuñez y Maikel Hinrichs Luis F. Fernández, Hamilton Da Cunha; nos hacen reflexionar sobre el compromiso real, de incorporar los derechos humanos, no sólo el plano legislativo y jurisprudencial en sentido estricto, sino que también el Estado no se convierta en un agente de amenaza e intimidación para la ciudadanía, cuando se puede pensar que cualquier estado es un eventual agresor de los derechos humanos.

De hecho de manera irrefutable, el derecho penal se nutre de los derechos humanos y los incluye, de una manera muy sutil a nuestra legislación, como lo comenta Álvaro Burgos, al referirse a los principios del derecho penal juvenil y Frank Harbotle, expone sobre si para los jóvenes menores de edad que han cometido un delito, cual debe ser la opción del aparato judicial la pena privativa o la educativa.

La contratación pública, tiene un norte jurídico y que el Estado, logre satisfacer sus necesidades y los administrado logren recibir sus servicios de forma que se asegure su eficiencia y eficacia. Y de manera complementaria, la transparencia y la rendición de cuentas, no solo simplifican, agilizan y hasta reducen costos, tal como nos lo plantea Denia Hernández.

Los temas de derecho Internacional, nos recuerdan que no somos una isla y en ese sentido Dyalá Jiménez, muy atinadamente logra fusionar legal y jurisprudencialmente en relación con la realidad de la práctica, de como fusionar el arbitraje internacional. El derecho ambiental, también tiene su espacio y la correspondió a María F. Esquivel, plasmar de manera muy elocuente, que la protección a los ecosistemas, es un requerimiento jurídico, pues su afectación de tiene acontecimientos transfronterizos, como el cambio climático.

Sobre la historia del Foro y del Colegio de Abogados y Abogadas; Tomás Federico, en una visión retrospectiva nos lleva al punto de partida de la razón de ser de nuestra homenajead El Foro 13- 130.

En el sistema internacional, la ratificación de convenios determinados colocan a los Estados en una cúspide, sus pilares son su autoridad moral y la fuerza ejemplar sobre el resto de la comunidad internacional, es por ello que seleccionamos el discurso del señor Enrique Castillo, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, pues somos el primer país del continente americano, en ratificar todos los instrumentos jurídicos de Derecho Internacional Humanitario.

El **Foro 13 - 130 Aniversario**, cumple un año más, pero también sigue cumpliendo con la misión de quienes iniciaron este proyecto. Un agradecimiento, a todas las personas que han escrito para nuestra revista, a nuestros colegas y a las personas que nos honran leyendo los artículos de nuestros ejemplares.

**Lic. Álvaro Sánchez González**  
**Director**  
**Consejo Editorial**

## EL FORO (130 años de egregia historia)

Prof. Tomás Federico Arias Castro<sup>1</sup>**Resumen**

El presente artículo de investigación histórica, expone al lector, un detallado estudio, acerca de los principales hechos que dieron origen a la Revista *El Foro del Colegio de Abogados*. Considerada como una de las publicaciones más importantes y destacadas en la historia jurídica de Costa Rica, desde el siglo XIX.

**Abstract**

This article of historical research presents the reader with a detailed study of the essential facts that originated the magazine *El Foro de Colegio de Abogados*. Considered one of the most important and prominent publications in the legal history of Costa Rica since the nineteenth century.

**Palabras claves**

Historia – Derecho – Abogados – Revista – Publicaciones

**Key Words**

History - Law - Lawyers - Magazine - Publications

En el año 2012, los integrantes del gremio jurídico, estamos celebrando los 130 años de fundación de *El Foro*, el cual, desde su primer ejemplar, se caracterizó por la seriedad académica de sus artículos, la profundidad temática de sus escritos y la brillante gala profesional de sus directores, redactores y colaboradores.

Su eximio derrotero se encuentra asentado en una de las páginas más determinantes de nuestra historia jurídica nacional. Con la idea de modernizar nuestra anacrónica legislación en Derecho Civil (la cual databa de 1841), el Presidente de la República, Gral. Próspero Fernández Oreamuno (1882-1885)<sup>2</sup>, encargó a su Secretario de Justicia, Dr. Francisco Chávez Castro<sup>3</sup>,

la actualización de dicho acápite jurídico. Fue entonces cuando Chávez redactó y presentó un proyecto de ley ante el Congreso, con el fin de emitir un nuevo *Código Civil*.

La anterior petición fue aprobada en agosto de 1882 por medio del Decreto N.º IX<sup>4</sup>, en el cual se autorizó a la conformación de una *Comisión Codificadora* al respecto. Dicho órgano estuvo conformado por algunos de los juristas más afamados del recién creado Colegio de Abogados (fundado el 6 de agosto de 1881, por el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno<sup>5</sup>) y cuyos integrantes fueron: Dr. Francisco Chávez Castro (Presidente), Dr. Antonio Cruz Polanco, Lic. José J. Rodríguez Zeledón, Lic. Ascensión Esquivel Ibarra y Lic. Bernardo Soto Alfaro (miembros titulares), Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno, Lic. Cleto González Víquez, Lic. José Astúa Aguilar y Lic. Ricardo Pacheco Marchena (miembros suplentes) y un sobresaliente estudiante de Derecho como Secretario y corrector de estilo, en la persona del joven Alberto Brenes Córdoba.<sup>6</sup>

Por razones de salud, el Dr. Chávez Castro se vio obligado a renunciar a los puestos antes citados, siendo sucedido por el Dr. Cruz Polanco.<sup>7</sup> Pero un mes antes de dicha dimisión, había ideado la conformación de un escrito que sirviese para difundir y comentar todo lo concerniente a la elaboración del novel *Código Civil*. Por lo cual, el 2 de septiembre de 1882, se suscribió el Acuerdo Ejecutivo No. CXIX<sup>8</sup>, disponiéndose la creación de un periódico con el nombre de *El Foro* y bajo la tutela editorial del Colegio de Abogados.

Como podrá colegirse, el apelativo de esta novedosa obra, se fundamentaba en el antiguo vocablo latín *forum*<sup>9</sup>, el cual se utilizaba para re-

*Archivos Nacionales*, No. 7-8, 1946, pp. 380-381.

4 *Colección de Leyes y Decretos* (1882), 1883, pp. 199-200.

5 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno (*Su derrotero e impronta en la historia decimonónica costarricense*), San José: EUCR, 2011, pp. 74-80.

6 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Lic. Alberto Brenes Córdoba: Vida y obra del jurisconsulto por antonomasia en Costa Rica", *Revista El Foro*, edición especial, 2008, p. 6.

7 BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Historia del Derecho*, San José: Tipografía Lehmann, 1913, p. 318.

8 *Colección de Leyes y Decretos* (1882), 1883, pp. 209-210.

9 CALATAYUD PONCE DE LEON, Vicente, *Diccionario de latín jurídico*, San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 2005, p. 105.

1 *Abogado, Historiador, Politólogo. Coordinador Cátedra de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, U.C.R.*

2 BONILLA, Harold h., *Los Presidentes (tomo I)*, San José: UNED, 1979, p. 145.

3 OBREGÓN LORÍA, Rafael. "Dr. Francisco Chávez Castro" (Iniciador de la codificación de leyes en Costa Rica), *Revista de los*

ferirse a la famosa plaza pública romana<sup>10</sup> (ubicada al interior de la *Civitas*, entre el Capitolio y el monte Palatino) en donde se aplicaba, administraba y ejercía la *Iustitia* y el *Derectum*<sup>11</sup>, durante la época histórica de la República.

Así las cosas, el 31 de octubre de 1882, se publicó el primer ejemplar de dicho periódico con el nombre de: *El Foro: Boletín de Jurisprudencia (Órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora)*.<sup>12</sup> Su primer Director fue el distinguido abogado y periodista, Lic. Ángel Anselmo Castro Méndez<sup>13</sup> y se decidió que su tiraje fuese semanal, siendo elaborado en la Imprenta Nacional.

A partir de 1884 y de modo conjunto a su objetivo original, se incluyó en su redacción: una sección editorial, transcripciones de exámenes de grado y tesis de incorporación de los nuevos Licenciados en Derecho, narraciones de procesos judiciales famosos, reseñas de publicaciones jurídicas, biografías de abogados ilustres, monografías y escritos jurídicos, etc.

Para abril de 1885 la *Comisión Codificadora* feneció su labor de redacción del *Código Civil*, el cual entraría en vigencia el 1º de enero de 1888.<sup>14</sup> Seis meses antes y considerando que la función primigenia para la que le se fundó ya había terminado, se publicó el último ejemplar de *El Foro*, el 14 de junio de 1887<sup>15</sup>, después de haber publicado 96 ejemplares.

Para 1905, la Junta Directiva del Colegio de Abogados, bajo la presidencia del citado jurista Rodríguez Zeledón<sup>16</sup>, decidió volver a editarlo, pero en esta ocasión bajo un formato distinto, pues se publicó como *Revista Jurídica El Foro*<sup>17</sup>, bajo la dirección del ilustre jurista Luis Cruz Meza<sup>18</sup>, pasándose de un tiraje semanal a uno mensual e imprimiéndose en la otrora imprenta

ta de Avelino Alsina. Segunda ocasión esta, en la que se mantuvo sucesivamente hasta 1921, después de la emisión de 190 publicaciones.

Por tercera vez, el órgano directivo del referido ente colegial, presidido por el Lic. Antonio Picado Guerrero<sup>19</sup>, acordó su reapertura en 1945, cuando fue mensualmente publicada, bajo el formato de su inmediata antecesora, pero con el nombre de *Revista del Colegio de Abogados*.<sup>20</sup> Hasta fenecer nuevamente en 1972, con un tiraje de 184 ediciones. Ya que a partir de 1974, y como resultado de un convenio de cooperación suscrito entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados, se decidió publicar conjuntamente la *Revista de Ciencias Jurídicas*.<sup>21</sup>

Finalmente, en el mes de mayo de 2002 y bajo la presidencia del Dr. Manuel Amador Hernández, la Junta Directiva del Colegio de Abogados tomó la decisión de volver a editarla con el nombre de *El Foro: Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica*.<sup>22</sup> Pero en esta ocasión con un tiraje semestral y con la novedad de que, por primera vez en su historia, se designase a una abogada como su Directora, en la persona de la Licda. Alexandra López Soto. Manteniendo hasta el presente, diez años de publicaciones interrumpidas, con distintos Directores según las Juntas Directivas que se han venido sucediendo.

Por todo el ilustre derrotero señalado, la revista jurídica *El Foro*, con sus 130 años de existencia, se yergue al día de hoy, como la publicación de su clase más antigua de nuestra nación, ocupando el prestigioso sitio de honor como una de las revistas académicas más distinguidas de Costa Rica. Erigiéndose desde ese primigenio año de 1882, como la sempiterna vocera de todos aquellos que nos dedicamos a la noble y emblemática profesión forense.

10 SECCO ELAURI, Oscar y BARIDON, Pedro D., *Historia Universal (Roma)*, Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1972, p. 101.

11 MANAVELLA, Carlos, *Curso de Derecho Romano*, San José: Editorial ARS, 1981, pp. 26-29.

12 *El Foro: Boletín de Jurisprudencia (Órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora)*, N.º 1, 1882, p. 1

13 NÚÑEZ MONGE, Francisco, *Periódicos y Periodistas*, San José: ECR, 1980, pp. 59-60.

14 *Colección de Leyes y Decretos (1885)*, 1886, pp. 114-115 y (1887), 1888, p. 344.

15 ARIAS CASTRO, Tomás Federico, "Historia de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados", *Revista El Foro*, N.º 10, 2009, p. 9.

16 FUMERO VARGAS, Patricia, *Colegio de Abogados de Costa Rica: ciento veinte años de Historia (1881-2001)*, San José: Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas, 2001, p. 113.

17 *Revista Jurídica El Foro*, N.º 1, 1905, p. 1.

18 SÁENZ CARBONELL, Jorge F., *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*, Heredia: Ediciones Chico, 2008, p. 621.

19 Colegio de Abogados, *Catálogo de Abogados (1960)*, San José: 1960, p. 12.

20 *Revista del Colegio de Abogados*, N.º 1, 1945, p. 1.

21 ROMERO PÉREZ, Jorge E., "Presentación", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 123, 2010, p. 9.

22 *El Foro: Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica*, N.º 1, 2002, p. 1.

# PRINCIPIO EDUCATIVO Y RÉGIMEN SANCIONATORIO EN LA LEY DE JUSTICIA PENAL JUVENIL: ANÁLISIS DE LAS SANCIONES EDUCATIVAS Y PRIVATIVAS DE LIBERTAD IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS PENALES JUVENILES EN COSTA RICA EN EL PERÍODO 1997-2010

*Lic. Frank Harbottle Quirós<sup>1\*</sup>*

## Key Word:

Crime, internment in center specialized, juvenile criminal law, underage persons, penalty of imprisonment, educational principle, penalty.

## Resumen:

En Costa Rica, a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil en mayo de 1996, las personas menores de 18 años de edad y con más de 12 años son vistas como sujetos de derecho y no como objetos de protección. Dentro de este contexto, si cometen un delito, los jueces pueden imponerles una pena privativa de libertad o educativa. En los últimos años, en nuestro país, la tendencia de los Juzgados Penales Juveniles ha sido imponer penas privativas de libertad, principalmente el internamiento en centro especializado, lo cual genera preocupación, porque de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, la pena privativa de libertad es excepcional y debe utilizarse como última opción.

## Abstract:

In Costa Rica, since the entry into force of the Youth Criminal Justice Law in May 1996, the people who have less than 18 years old and more than 12 years old are seen as legal subjects and not as objects of protection. Within this context, if they commit a crime, the judges may impose a penalty of imprisonment or educational. In recent years, in our country, the tendency of the Juvenile Criminal Courts has been to impose penalty of imprisonment, mainly internment in center specialized, which generates concern, because in accordance with national and international regulations, the imprisonment is exceptional and should be used as a last option.

## Palabras clave:

Delito, internamiento en centro especializado, ley penal juvenil, menores de edad, pena privativa de libertad, principio educativo, sanción.

## Introducción

El presente artículo tiene como protagonista a la persona que posee entre doce y dieciocho años de edad al momento de cometer un hecho delictivo. Por ende, se enfoca en una población que reúne una serie de características biológicas, psicológicas y sociales muy diferentes a los adultos.

Este trabajo está dividido en tres apartados. El primero hace referencia al principio educativo como pilar del Derecho Penal Juvenil. En el segundo se explican los diferentes tipos de sanciones contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil y en la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles y su relación con este principio. Finalmente, se hace un análisis estadístico sobre la cantidad de sanciones educativas y privativas de libertad impuestas por los Juzgados Penales Juveniles en Costa Rica en el período 1997-2010 a efectos de determinar si existen tendencias de crecimiento de uno u otro tipo de sanción, partiendo de la tesis de que en la medida en que se dé un incremento de las sanciones privativas de libertad y específicamente el internamiento en centro especializado el principio educativo posee menos vigencia.

## I. El Principio Educativo en el Derecho Penal Juvenil

En nuestro país, con la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) en 1996, se abandonó la Doctrina de la Situación Irregular –mantenida con la Ley Tutelar de Menores– y se adoptó la Doctrina de la Protección Integral.

Este nuevo modelo o paradigma fue implementado "...a través de la convención de los Derechos del Niño de 1989 y los diversos instrumentos que la complementan y en el caso de

1 \*Funcionario Judicial. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia.

*Costa Rica con la ley de la Justicia Penal Juvenil de 1996 y la Ley de Ejecución Penal Juvenil del año 2005 y por supuesto del Código de la Niñez y la Adolescencia de 1998. Este cambio de paradigma tiene como característica principal el que se llegará a reconocer a los menores de edad los derechos que de acuerdo con los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos se había reconocido a todos los seres humanos en la Justicia Penal pero se les había desconocido a los menores de edad...<sup>2</sup>.*

Dentro de este contexto se tornan relevantes los principios de interés superior del niño y de protección integral.

El principio de interés superior significa que a los jóvenes en conflicto con la ley penal se les debe garantizar en todo momento el respeto de los derechos fundamentales, procurando lo que sea más favorable a su resocialización y reinserción con su familia y con la sociedad. En este sentido se ha señalado que: *"...El Interés del menor implica la individualización de éste, con una clara determinación de sus características y necesidades personales, de manera que, tanto los actos procesales (incluidos desde luego las medidas cautelares), como la pena aplicada en sentencia, sean ajustados a la medida del imputado...<sup>3</sup>.*

Por su parte, el principio de protección integral se traduce –entre otros aspectos– en la obligación que tiene el Estado de generar las condiciones necesarias para asegurar que se respeten los derechos de los menores de edad mediante un juzgamiento justo y respetuoso de sus garantías en los casos en que han incurrido en la comisión de un hecho delictivo.

El principio educativo –como consecuencia de los principios de interés superior del niño y de protección integral–, es básico en el Derecho Penal Juvenil.

De conformidad con el artículo 123 de la LJPJ, las sanciones deben tener una finalidad primordialmente educativa. Por ende, no podemos desligar este principio de la denominada "prevención especial positiva" o resocialización.

A continuación se exponen brevemente las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico costarricense en materia Penal Juvenil, así como su relación con el principio educativo.

## II. Sanciones Educativas y Privativas de Libertad en el Derecho Penal Juvenil y el Principio Educativo

En Costa Rica, la Ley de Justicia Penal Juvenil ha establecido una amplia gama de sanciones. Dicha normativa establece *"...como sanciones principales las sanciones educativas divididas en dos categorías, unas llamadas Sanciones Socio-educativas y las otras son llamadas Órdenes de Orientación y Supervisión. Dejando como última alternativa las sanciones privativas de libertad, que incluso se han dividido en tres formas, una primera categoría denominada internamiento domiciliario, la segunda internamiento durante el tiempo libre, éstas dos son de carácter ambulatorio al igual que las sanciones educativas, y sólo hemos dejado como último recurso y alternativa a todas las demás sanciones el internamiento en Centro especializado que tiene la connotación de una verdadera pena juvenil...<sup>4</sup>.*

El Derecho Penal Juvenil se caracteriza por la flexibilidad en la reacción sancionadora. De esta forma, se abandonan los marcos mínimos y máximos del Derecho Penal de Adultos, pues *"...se parte de que la sanción de internamiento debe ser la ultima ratio y de que se debe dar prioridad a las sanciones socioeducativas y a las órdenes de orientación y supervisión. De tal manera, se establece la sanción de internamiento solamente cuando la pena en el derecho penal de adultos sea mayor de seis años; incluso ello no se regula como obligatorio, de modo que en ese supuesto se puede aplicar una sanción diferente de la de internamiento. Por otro lado, se dispone que cuando se aplique una sanción de internamiento, su ejecución debe estar influida intensamente por el principio educativo; se debe tratar de compensar las carencias de carácter educativo y psicológico que afecten al niño y de contrarrestar el carácter criminógeno de la privación de libertad...<sup>5</sup>.*

2 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). **125 Aniversario Colegio de Abogados de Costa Rica. Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional. Diez Años de Justicia Penal Juvenil: Perspectiva hacia el futuro.** Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2006, p. 176.

3 DALL'ANESE RUIZ (Francisco). **El Proceso Penal Juvenil costarricense: Principios y Alternativas a la justicia. De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica.** UNICEF, San José, 2000, p. 267.

4 TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Derecho Penal Juvenil. Justicia Penal Juvenil: Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia de Costa Rica; Principio de Proporcionalidad y Sanción Penal Juvenil.** Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2002, p. 347.

5 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier); TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica:**

Si bien se ha dicho que *"...Todas las sanciones penales juveniles, responden al principio educativo, sin que quede excluida de esa proyección socio-educativa la de Internamiento en Centro Especializado..."*<sup>6</sup>, lo cierto es que esta última es la menos compatible con este principio, por lo que, en aras de no desnaturalizar el Derecho Penal Juvenil, resulta indispensable que –en la medida de lo posible– se acuda a la imposición de sanciones educativas en esta materia.

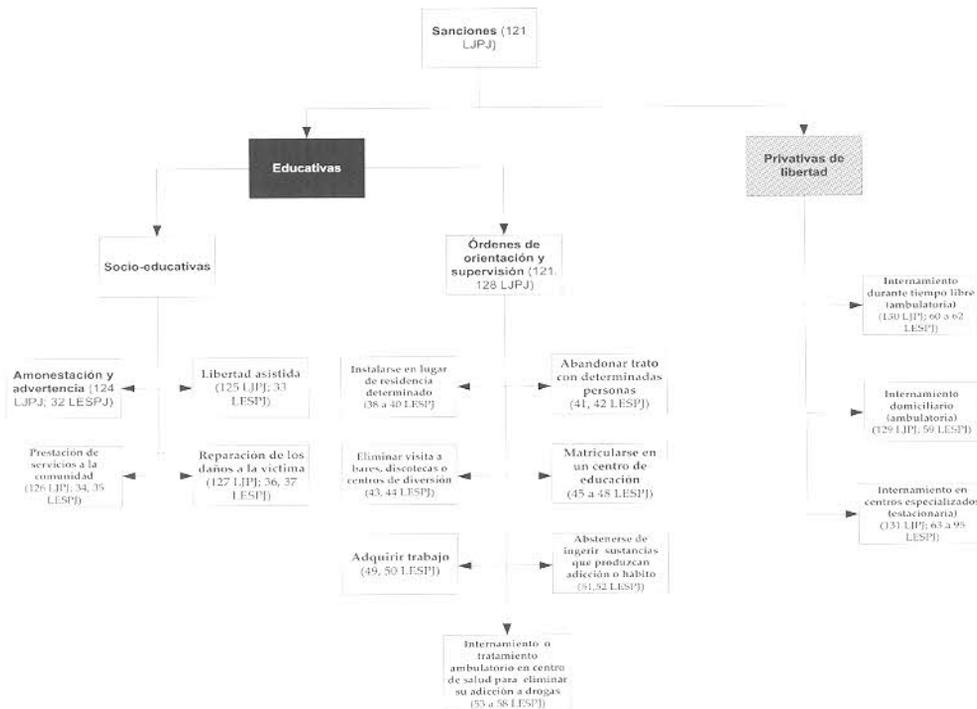
La normativa internacional es clara en cuanto a este punto.

De conformidad con el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *"...b)...La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda..."*.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establecen: *"...Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones..."* ( ) *"...El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible..."* (18.1 y 19.1).

Por su parte, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad indican: *"...El encarcelamiento deberá usarse como último recurso..."* ( ) *"...La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales..."* (1 y 2).

**con jurisprudencia nacional. Capítulo I: Interés Superior del Niño, Protección Integral y Garantismo (en particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal).** UNICEF-ILANUD, San José, 1999, pp. 18-19. 6 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2009-0442 de las dieciséis horas quince minutos del veintiocho de abril de dos mil nueve.



De lo anterior se desprende que la normativa nacional e internacional obligan al Estado costarricense a utilizar la pena de prisión –conocida en materia penal juvenil como internamiento en centro especializado– como *"ultima ratio"*, por lo que deben prevalecer las sanciones estrictamente educativas.

En el organigrama de arriba se visualiza de una mejor manera el catálogo sancionatorio regulado en la Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) y la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles (LESPJ).

Como se adelantó, las sanciones contempladas por la normativa nacional se han dividido en educativas (socio-educativas y órdenes de orientación y supervisión) y privativas de libertad. A continuación se describen brevemente cada una de ellas.

**a) Sanciones socioeducativas:**

1. Amonestación y advertencia. Consiste en una llamada de atención que el Juez Penal Juvenil dirige oralmente al menor de edad exhortándolo para que se acoja a las normas de trato familiar y convivencia social. En los casos que corresponda, se les debe advertir a los padres, tutores o responsables sobre la conducta seguida e indicarles que deben colaborar al respeto de las normas legales y sociales. Deben ser claras y

directas para que el menor de edad y los responsables de su conducta comprendan la ilicitud de los hechos cometidos (Art. 124 LJPJ, 32 LESPJ).

2. Libertad asistida. Se otorga la libertad al menor de edad, quien queda obligado a cumplir con programas educativos y recibir orientación y seguimiento del Juzgado, con la asistencia de especialistas del Programa de menores de edad de la Dirección General de Adaptación Social. Su duración máxima es de cinco años (Art. 125 LJPJ, 33 LESPJ).

3. Prestación de servicios a la comunidad. El menor realiza tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. Las tareas deberán asignarse según las aptitudes de los menores de edad, las cuales debe cumplirlas durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo. Estos servicios deberán prestarse durante un período máximo de seis meses (Art. 126 LJPJ, 34 a 35 LESPJ).

4. Reparación de daños. El menor de edad presta en forma directa el trabajo en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. En caso de que exista acuerdo entre la víctima y el menor, la pena puede ser sustituida por una suma de dinero fijada por el Juez, la cual no puede exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho (Art. 127 LJPJ, 36 a 37 LESPJ).

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

Son mandamientos o prohibiciones impuestas por el Juez para regular el modo de vida de los menores de edad, así como promover y asegurar su formación. El período máximo de duración es de dos años y su cumplimiento debe iniciarse a más tardar un mes después de ordenadas (Art. 121, 128 LJPJ). La legislación contempla las siguientes:

1. Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él. Consiste en prohibirle a la persona joven residir en un lugar determinado, cuando se compruebe, en sentencia, que el ambiente del lugar en el que la persona joven se desenvuelve resulta perjudicial para su sano desarrollo. Los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social deberán informar

al juez, por lo menos una vez cada tres meses, sobre el cumplimiento y la evaluación de esta sanción (Art. 38 a 40 LESPJ).

2. Abandonar el trato con determinadas personas. A la persona menor de edad se le ordena abstenerse de frecuentar a otras personas, mayores o menores de edad, quienes hayan contribuido a que ella lleve una forma de vida delictiva. Durante su cumplimiento, los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social encargados del seguimiento de la sanción, deberán programar las acciones o actividades tendientes a que la persona joven comprenda las inconveniencias y desventajas que implica, para su convivencia social y su sano desarrollo, relacionarse con las personas determinadas en la sentencia (Art. 41 a 42 LESPJ).

3. Eliminar la visita de determinados lugares. Consiste en ordenarle al menor de edad que no asista a lugares como bares y discotecas o centros de diversión o los indicados por el Juez Penal Juvenil, cuando resulten inconvenientes para su sano desarrollo. Los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social encargados del seguimiento de esta sanción, se informarán con el propietario del establecimiento, los familiares de la persona joven o cualquier otra persona que les merezca credibilidad bajo apercibimiento de ley, sobre el cumplimiento o incumplimiento de esta sanción (Art. 43 a 44 LESPJ).

4. Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio. Al imponer esta medida, el Juez debe indicar el centro educativo formal, vocacional o técnico al que la persona joven deberá ingresar o el tipo alternativo de programa educativo que debe seguir. Durante el transcurso de la sanción, los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social encargados de su seguimiento deben informar periódicamente, cada tres meses, al juez de ejecución de las sanciones sobre la evolución y el rendimiento académico de la persona joven (Art. 45 a 48 LESPJ).

5. Adquirir trabajo. El Juez le ordena, a la persona mayor de quince años, que se ubique y se mantenga en un empleo, con el objetivo de que desarrolle en él actitudes positivas de convivencia social y aumente tanto su productividad como su autoestima. La Dirección General de Adaptación Social, con la colaboración del Ministerio de Trabajo, debe contar con una lista de las empresas públicas o privadas interesadas en emplear a las personas jóvenes a las que se

les haya sometido a esta sanción (Art. 49 a 50 LESPJ).

6. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas no autorizadas. Consiste en la prohibición para la persona joven de consumir estas sustancias durante el tiempo de ejecución de esta sanción, en lugares tanto públicos como privados, así como en enviar al menor a seguir un tratamiento para subsanar su problema de alcoholismo o drogadicción. La Dirección General de Adaptación Social, con el asesoramiento y apoyo del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA) y el Instituto Costarricense sobre Drogas, deben contar con un plan para ejecutar esta sanción (Art. 51 a 52 LESPJ).

7. Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas. Al imponer la sanción de internamiento o tratamiento en un centro residencial o ambulatorio, el juez de sentencia debe indicar el lugar de internamiento de la persona joven o el tipo de tratamiento al que deberá someterse. Los funcionarios de la Dirección General de Adaptación Social deben informar al juez de ejecución, sobre el cumplimiento y la evolución del plan de esta sanción (Art. 53 a 58 LESPJ).

### c) Sanciones privativas de libertad:

1. Internamiento domiciliario. Es el arresto del menor de edad en su casa de habitación, con su familia. No debe afectar el cumplimiento del trabajo ni la asistencia a un centro educativo. Un trabajador social de la Dirección de Adaptación Social supervisará el cumplimiento de esta sanción cuya duración no será mayor de tres años (Art. 129 LJPJ, 59 LESPJ).

2. Internamiento en tiempo libre. Esta medida es la privación de libertad que debe cumplirse en un centro especializado, durante el tiempo libre de que disponga el menor de edad en el transcurso de la semana. Podrán ser públicos o privados, pero deberán ser especializados y contar con el personal, las áreas y las condiciones adecuadas para el cumplimiento efectivo de la sanción. El director o la persona encargada del establecimiento en el cual se encuentre cumpliendo la sanción, deben rendir al juez de ejecución de las sanciones un informe mensual. La

duración de este internamiento no podrá exceder de tres años (Art. 130 LJPJ, 60 a 62 LESPJ).

3. Internamiento en centro especializado. Es una privación de libertad de carácter excepcional. Puede ser aplicada en dos supuestos: cuando se trate de delitos dolosos sancionados para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años o ante el incumplimiento injustificado de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. Puede durar un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años (Art. 131 LJPJ).

Se han expuesto cada una de las sanciones reguladas en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora, resulta oportuno proceder con un análisis estadístico (cuantitativo) de las sanciones educativas y privativas de libertad impuestas por los Juzgados Penales Juveniles en Costa Rica en el período 1997-2010.

### III. **Sanciones Educativas y Privativas de Libertad Impuestas por los Juzgados Penales Juveniles en Costa Rica en el Período 1997-2010. Análisis Estadístico**

Para realizar este estudio, se recopilaron una serie de datos obtenidos de los Anuarios de Estadística del Poder Judicial durante el período 1997-2010.

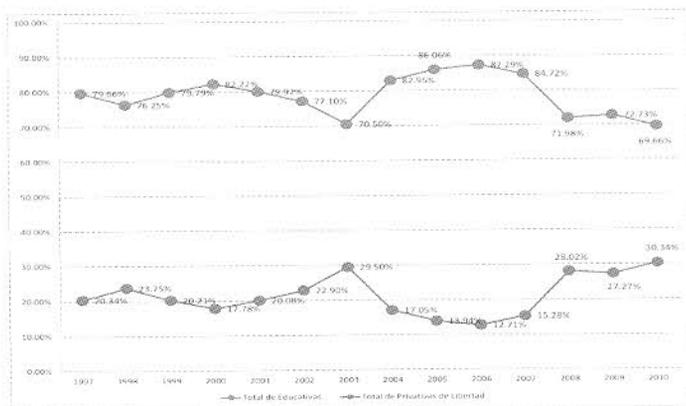
Posteriormente, se diseñaron diversos cuadros y gráficos partiendo de la clasificación apuntada líneas atrás: sanciones educativas y privativas de libertad. Recordemos que dentro de las educativas se encuentran las socio-educativas (amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños) y las órdenes de orientación y supervisión. Por su parte, las privativas de libertad son el internamiento domiciliario, el internamiento en tiempo libre y el internamiento en centro especializado.

De seguido se presenta un cuadro y un gráfico en el que se observa el porcentaje y el crecimiento respectivo de la totalidad de sanciones educativas y privativas de libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles en Costa Rica durante el período 1997-2010.

**Cuadro 1. Total de Sanciones Educativas y Privativas de Libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**

Año	Total de Educativas	Total de Privativas de Libertad	Total
1997	79.66%	20.34%	100.00%
1998	76.25%	23.75%	100.00%
1999	79.79%	20.21%	100.00%
2000	82.22%	17.78%	100.00%
2001	79.92%	20.08%	100.00%
2002	77.10%	22.90%	100.00%
2003	70.50%	29.50%	100.00%
2004	82.95%	17.05%	100.00%
2005	86.06%	13.94%	100.00%
2006	87.29%	12.71%	100.00%
2007	84.72%	15.28%	100.00%
2008	71.98%	28.02%	100.00%
2009	72.73%	27.27%	100.00%
2010	69.66%	30.34%	100.00%
Promedio	78.63%	21.37%	100.00%

**Gráfico 1. Comparación porcentual de crecimiento de las Sanciones Educativas y Privativas de Libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**



Los datos mostrados reflejan que en todos los años del período 1997-2010 se han impuesto más sanciones educativas que privativas de libertad. No obstante, vale la pena resaltar dos situaciones:

1. En el período 2000-2003 se dio una tendencia de crecimiento de las sanciones privativas de libertad. Del 2003 al 2006 la tendencia de este tipo de sanciones fue decreciente. **Sin embargo, en el período 2006-2010 (a excepción del año 2009), se dio una tendencia de crecimiento de las sanciones privativas de libertad y en consecuencia un decrecimiento en las sanciones educativas.**

2. En el período 1997-2010, el año 2010 fue en el que se dictaron más sanciones pri-

vativas de libertad (30.34%) y en consecuencia menos educativas (69.66%). Nótese que el porcentaje de sanciones privativas de libertad de este último año fue casi el doble que el año 2007 y muy superior al doble registrado en los años 2005 y 2006.

La circunstancia de que porcentualmente en todos los años se hayan impuesto más sanciones educativas que privativas de libertad, no debe llevarnos a concluir que el principio educativo tiene plena vigencia en la imposición de sanciones en Costa Rica. El análisis va más allá. Debe tomarse en consideración que la legislación nacional contempla cinco tipos de sanciones educativas (amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños y órdenes de orientación y supervisión), mientras que regula tres privativas de libertad (internamiento domiciliario, internamiento en tiempo libre e internamiento en centro especializado). A su vez, no podemos olvidar que el internamiento en centro especializado aplica únicamente en dos supuestos: en los casos de delitos dolosos sancionados para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años o ante el incumplimiento injustificado de las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

Este panorama nos obliga a realizar un análisis más detallado, tomando en cuenta cada una de las sanciones contempladas por nuestro ordenamiento jurídico. Para estos efectos se muestran los cuadros 2 y 3.

**Cuadro 2. Cantidad de Sanciones Educativas y Privativas de Libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**

Año	Sanciones Dictadas por el Juzgado Penal Juvenil									Total
	EDUCATIVAS						Privativas de Libertad			
	SOCIOEDUCATIVAS				Órdenes de Orientación y Supervisión		Privativas de Libertad			
Acronestación y Advertencia	Libertad Asistida	Prestación Servicios a Comunidad	Reparación Daños	Órdenes de Orientación y Supervisión		Intern. Domiciliario	Intern. Tiempo libre	Intern. Centro Especializado		
1997	35	91	5	3	42		8	3	48	256
1998	37	71	19	2	30		4	0	55	240
1999	39	139	23	3	28		1	1	56	287
2000	31	132	28	0	24		0	0	41	225
2001	36	126	27	0	14		3	0	46	234
2002	25	157	17	0	30		0	0	66	297
2003	19	119	17	3	38		3	5	74	275
2004	26	129	22	1	25		1	3	43	326
2005	28	146	8	1	25		0	1	34	251
2006	23	148	12	0	22		0	5	25	238
2007	43	133	5	1	12		1	1	33	223
2008	18	110	2	0	8		1	0	50	182
2009	25	119	0	0	8		0	0	54	192
2010	29	151	4	5	13		0	0	88	292

**Cuadro 3. Porcentaje de Sanciones Educativas y Privativas de Libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**

Sanciones Dictadas por el Juzgado Penal Juvenil									
Año	EDUCATIVAS				Privativas de Libertad				Total
	Amonestación y Advertencia	Libertad Asistida	Prestación Servicios a Comunidad	Reparación Daños	Ordenes de Observación y Supervisión	Intern. Domiciliario	Intern. Tiempo libre	Intern. Centro Especializado	
1997	32.20%	30.51%	1.89%	1.92%	14.24%	2.71%	1.02%	16.61%	100.00%
1998	25.42%	29.58%	7.52%	0.83%	12.53%	1.67%	0.00%	22.08%	100.00%
1999	13.59%	47.39%	8.91%	1.95%	9.76%	0.39%	0.35%	19.51%	100.00%
2000	13.78%	45.33%	12.44%	0.00%	10.67%	0.00%	0.00%	17.78%	100.00%
2001	14.17%	49.81%	19.83%	0.00%	5.51%	1.18%	0.00%	18.90%	100.00%
2002	8.42%	52.96%	5.72%	0.00%	10.10%	0.00%	0.00%	22.90%	100.00%
2003	6.83%	42.81%	6.12%	1.08%	13.63%	1.08%	1.60%	26.62%	100.00%
2004	8.52%	58.69%	7.21%	0.33%	8.20%	0.33%	0.98%	15.74%	100.00%
2005	10.39%	58.17%	3.19%	0.40%	13.94%	0.00%	0.49%	13.55%	100.00%
2006	9.75%	63.14%	5.08%	0.00%	9.35%	0.00%	2.12%	10.59%	100.00%
2007	16.78%	58.08%	2.18%	0.44%	5.24%	0.44%	0.44%	14.41%	100.00%
2008	9.89%	56.59%	1.10%	0.00%	4.40%	0.50%	0.00%	27.47%	100.00%
2009	13.53%	55.56%	0.00%	0.00%	4.04%	0.00%	0.00%	27.27%	100.00%
2010	10.00%	52.07%	1.36%	1.72%	4.48%	0.00%	0.00%	30.34%	100.00%
PROMEDIO	13.92%	50.03%	5.16%	0.49%	9.00%	0.59%	0.51%	20.27%	100.00%

Los anteriores cuadros nos permiten concluir lo siguiente:

1. Las sanciones que se impusieron en menor cantidad durante el período 1997-2010 fueron la reparación de daños, el internamiento en tiempo libre y el internamiento domiciliario, en su orden respectivo, las cuales en promedio no llegaron ni siquiera al 1%.

2. Durante el período 1997-2010, la libertad asistida (sanción educativa) fue la sanción que más se impuso.

3. Durante el período 1997-2010, la segunda sanción que más se impuso fue el internamiento en centro especializado (privativa de libertad). En consecuencia, esta sanción se aplicó por encima de la amonestación y advertencia, la prestación de servicios a la comunidad, la reparación de daños, las órdenes de orientación y supervisión, el internamiento domiciliario y el internamiento en tiempo libre.

4. En el año 2009 se impusieron 54 sanciones de internamiento en centro especializado, mientras que en el 2010 la cantidad fue de 88, es decir, 34 más, lo cual a nivel porcentual implica un incremento importante de un 63% entre un año y otro.

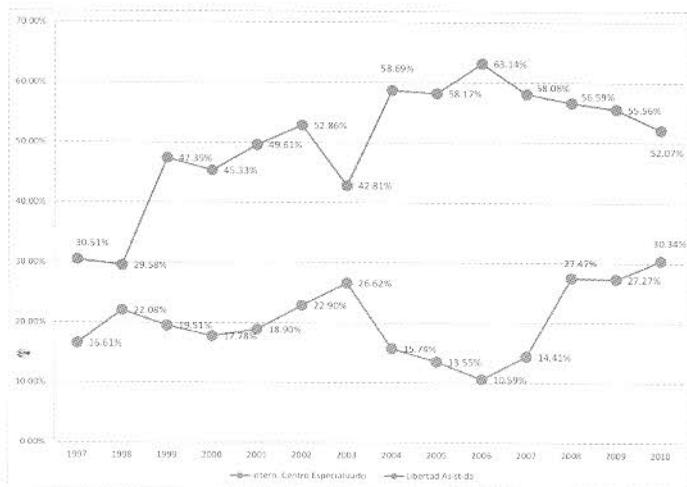
Las conclusiones 1, 2 y 3 podemos visualizarlas de una mejor manera en el cuadro que se muestra a continuación.

**Cuadro 4. Porcentaje Promedio de Sanciones Educativas y Privativas de Libertad dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**

#	Sanción	Porcentaje promedio	Tipo sanción
1	Libertad Asistida	50.03%	Socioeducativa
2	Intern. Centro Especializado	20.27%	Privativa de Libertad
3	Amonestación y Advertencia	13.92%	Socioeducativa
4	Órdenes de Orientación y Supervisión	9.00%	Socioeducativa
5	Prestación Servicios a Comunidad	5.19%	Socioeducativa
6	Intern. Domiciliario	0.59%	Privativa de Libertad
7	Intern. Tiempo libre	0.51%	Privativa de Libertad
8	Reparación Daños	0.49%	Socioeducativa

No podemos finalizar el análisis estadístico sin antes comparar porcentualmente el crecimiento seguido por la libertad asistida y el internamiento en centro especializado, por ser respectivamente las dos sanciones que más impusieron los Juzgados Penales Juveniles en todo el país durante el período 1997-2010). En el siguiente gráfico se observa la respectiva comparación.

**Gráfico 2. Comparación Porcentual de Crecimiento de las Sanciones de Libertad Asistida e Internamiento en Centro Especializado dictadas por los Juzgados Penales Juveniles de todo el país durante el período 1997-2010**



Según se desprende del gráfico, en el período 2006-2010 (a excepción del año 2009), porcentualmente se dio una tendencia de crecimiento de la sanción de internamiento en centro especializado, mientras que se dio una tendencia decreciente de la sanción de libertad asistida.

En otras palabras, se tiene que la libertad asistida (educativa) fue la sanción que más se impuso en el período 1997-2010, sin embargo, en el último lustro sostuvo una tendencia decre-

ciente. Por su parte, la segunda sanción que más se aplicó en dicho período fue el internamiento en centro especializado (privativa de libertad), pudiendo apreciarse que ha tenido un importante crecimiento en los últimos cinco años, alcanzando en el año 2010 el mayor porcentaje desde la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil, un 30.34%.

Las consecuencias de esta situación en el ámbito penitenciario son evidentes, dado que al darse un aumento en la población de menores de edad privados de libertad empeoran "...los problemas de hacinamiento, riesgo de violencia y daño psicoemocional de esas personas que demandan de programas efectivos de formación y reinserción social..."<sup>7</sup>.

Asimismo, se ha sostenido que: "...Cada vez que los jueces y el sistema utilizan más la prisión se evade la utilización de las sanciones alternativas o sanciones socioeducativas, que corresponden más a una visión de que el delito en la adolescencia se puede dar como un hecho episódico si la respuesta del Estado se centra en la función educativa de la sanción y no tanto en su carácter punitivo..."<sup>8</sup>.

Tal y como lo señaló el Dr. Gary Amador Baddilla: "...El endurecimiento del sistema penal y del sistema penal juvenil, muy de moda en estos tiempos, nunca será la solución del problema de la delincuencia juvenil, pues dicho sistema ataca su efecto, más no su causa. Es decir, podemos crear cárceles a granel y, seguramente, cada nueva cárcel rebasará su capacidad, necesitando otra más y otra más..." ( ) "...Basta decir que, cuando un adolescente transita por el sistema penal, último control social, otros controles sociales han fallado previamente (la familia, la escuela), siendo que el sistema penal recoge la cosecha de una semilla mal abonada. Si bien, la desaparición de la delincuencia es una utopía, lo cierto es que la inversión en educación, familia, recreación, para los niños, niñas y adolescentes, ayudará a que más jóvenes tengan mayores oportunidades de estudio, de trabajo, de una vida digna..."<sup>9</sup>.

Recordemos que conforme lo estipulan las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) los Estados deben reconocer la necesidad e importancia de aplicar "...una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás..." (Directriz 5).

En Costa Rica se requiere que en materia de niñez y adolescencia el Estado intervenga activamente antes de la comisión del delito (prevención). Al no poderse lograr su erradicación, se torna indispensable que en el momento de la imposición y ejecución de la sanción los Jueces tengan presente el principio educativo.

Como bien lo apuntó el Dr. Carlos Tiffer en una nota periodística: "...Si realmente se quiere dar una respuesta correcta y seria al problema en general de la violencia juvenil o del delito, se deben centrar los esfuerzos en el ámbito de la prevención y de la reinserción social. Estas respuestas preventivas y de integración social son las que están pendientes, ya que generalmente nuestros políticos, particularmente los legisladores, no observan el horizonte más allá de la simple represión. ¿Estaremos a tiempo para reaccionar de una manera más integral?..."<sup>10</sup>.

## Conclusiones

El Estado costarricense debe adoptar una Política Criminal en la que la prevención esté por encima de la represión. Ello en modo alguno debe interpretarse como "fomentar la irresponsabilidad o impunidad". Indudablemente, ante la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad, debe haber una respuesta penal.

La legislación nacional contempla dos categorías de sanciones en materia Penal Juvenil. Por un lado, las educativas, divididas en socioeducativas (amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños) y órdenes de orientación y supervisión, y, por otro, las privativas de libertad (internamiento domiciliario, internamiento en tiempo libre e internamiento en centro especializado).

7 SEMANARIO UNIVERSIDAD. Aumenta casi 20% población juvenil recluida en centros, 20 de julio de 2011.

8 Defensa de Niñas y Niños-Internacional. Boletín Centroamericano de Justicia Penal Juvenil. Retos y Desafíos de los Sistemas de Justicia Penal Juvenil en Centroamérica, Nº 1, 2011. Artículo "Violencia en las instituciones judiciales", escrito por Darío Gómez Gómez.

9 LA PRENSA LIBRE. El aumento de la pena de prisión no es la solución, 25 de febrero de 2010.

10 LA NACION. La Sanción penal Juvenil, 29 de julio de 2007.

Los Juzgadores –atendiendo a lo dispuesto por la normativa nacional e internacional– deben procurar imponer sanciones de naturaleza educativa y excepcionalmente optar por las privativas de libertad.

En aras de no desnaturalizar el Derecho Penal Juvenil, el internamiento en centro especializado debe ser la "*ultima ratio*", por tratarse de la sanción más gravosa y menos acorde con el principio educativo.

El estudio estadístico realizado sobre las sanciones educativas y privativas de libertad impuestas por los Juzgados Penales Juveniles en Costa Rica en el período 1997-2010 permite concluir que en el período 2006-2010 (a excepción del año 2009), se dio una tendencia de crecimiento de las sanciones privativas de libertad y en consecuencia un decrecimiento en las sanciones educativas. El año 2010 fue en el que se dictaron más sanciones privativas de libertad y en consecuencia menos educativas.

Por su parte, en el período 1997-2010 la libertad asistida (educativa) fue la sanción que más se impuso, ocupando el segundo lugar el internamiento en centro especializado (privativa de libertad). Sin embargo, en este último lustro la libertad asistida decreció, mientras que el internamiento en centro especializado tuvo un importante crecimiento, alcanzando en el año 2010 el mayor porcentaje desde la entrada en vigencia de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Los resultados mostrados deben llevarnos a reflexionar seriamente sobre la aplicación de las sanciones en materia Penal Juvenil en Costa Rica.

En el período 2006-2010 la tendencia de los Jueces fue acudir en mayor grado a la imposición de la sanción de internamiento en centro especializado, lo cual se traduce en un crecimiento importante en la población de menores de edad privados de libertad. La realidad es que en nuestro país muchas sanciones quedan en el papel e incluso no se aplican.

Es hora de que en la práctica las sanciones educativas tengan el protagonismo reconocido por la normativa nacional e internacional, así como que exista un eficiente control de las mismas en la fase de ejecución de la pena.

## Referencias Bibliográficas

### Libros

DALL'ANESE RUIZ (Francisco). **El Proceso Penal Juvenil costarricense: Principios y Alternativas a la justicia. De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica.** UNICEF, San José, 2000.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier). **125 Aniversario Colegio de Abogados de Costa Rica. Memoria del XVI Congreso Jurídico Nacional. Diez Años de Justicia Penal Juvenil: Perspectiva hacia el futuro.** Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 2006.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier); TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional. Capítulo I: Interés Superior del Niño, Protección Integral y Garantismo (en particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el Derecho Penal).** UNICEF-ILANUD, San José, 1999.

TIFFER SOTOMAYOR (Carlos). **Derecho Penal Juvenil. Justicia Penal Juvenil: Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas y la Experiencia de Costa Rica; Principio de Proporcionalidad y Sanción Penal Juvenil.** Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, 2002.

### Normativa

Constitución Política de Costa Rica.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Ley de Justicia Penal Juvenil Nº 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, N° 8460, del 20 de octubre de 2005.

Código Penal. Ley N° 4573, del 30 de abril de 1970.

### **Jurisprudencia**

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

Sentencia 2009-0442 de las dieciséis horas quince minutos del veintiocho de abril de dos mil nueve.

### **Periódicos o Boletines**

SEMANARIO UNIVERSIDAD. *Aumenta casi 20% población juvenil recluida en centros*, 20 de julio de 2011.

LA PRENSA LIBRE. *El aumento de la pena de prisión no es la solución*, 25 de febrero de 2010.

LA NACION. *La Sanción penal Juvenil*, 29 de julio de 2007.

Defensa de Niñas y Niños-Internacional. **Boletín Centroamericano de Justicia Penal Juvenil. Retos y Desafíos de los Sistemas de Justicia Penal Juvenil en Centroamérica**, N° 1, 2011. Artículo "Violencia en las instituciones judiciales", escrito por Darío Gómez Gómez.

### **Anuarios:**

Departamento de Planificación de la Sección de Estadística del Poder Judicial. Anuarios de Estadísticas Judiciales de los años 1997-2010.

## RENDICIÓN DE CUENTAS, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA

*Dennia-M. Fernández – Vicente-I. Attard<sup>1</sup>*

### RESUMEN

La óptima garantía del buen gobierno y del correcto funcionamiento de la administración e instituciones públicas en todo estado social y democrático de derecho es la rendición de cuentas y el libre acceso de la ciudadanía a la información pública, bajo el principio de transparencia administrativa.

### ABSTRACT

The best guarantee of good governance and proper functioning of the administration and public institutions in all social and democratic state of law is accountability and free public access to public information under the principle of administrative transparency.

### PALABRAS CLAVE

Rendición de cuentas; auditoría pública; derecho de acceso a la información pública; transparencia administrativa;

### KEY WORDS

Accountability; public audit; right of access to public information; administrative transparency;

### I).- RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

**A).- DOCTRINA:** La Rendición de Cuentas en el Ordenamiento Jurídico Costarricense es una figura o principio jurídico administrativo, cuyo fin es el eficaz y eficiente funcionamiento

<sup>1</sup> Vicente-Ignacio Attard Torró: Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia 1985, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica 2012, Abogado incorporado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 1985, Amplia experiencia en materia civil y administrativa, Conferencista.

Dennia María Fernández Morales: Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Centro América 1992, Programa de Derechos Fundamentales. Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid 1998, Abogada incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Directora del Centro de Justicia Alternativa del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Rectora a.i. Universidad Federada de Costa Rica.

de las instituciones públicas mediante el debido control de la Administración Pública, organismos de la Administración del Estado y entes autónomos y descentralizados y sobre las personas y entidades que mantengan relaciones contractuales con dichas administraciones, que permita determinar y cuantificar la responsabilidad del resultado del ejercicio de la función pública, ya sea satisfactorio o ya deficiente.

Es, por tanto, una figura jurídica que constituye una garantía del buen gobierno, para el debido funcionamiento de las instituciones de la República, de su eficacia y eficiencia, dentro de los parámetros de la ética y de la transparencia de la Administración del Estado. Permite determinar y conocer el grado de cumplimiento de los objetivos públicos en función de la representación que los gobernantes detentan por delegación de los administrados. Asimismo, posibilita la previsión, la prevención y la evitación de errores en la administración y coadyuva a la elaboración de los presupuestos de la Hacienda Pública de forma más eficaz y efectiva.

Y, si bien la rendición de cuentas es un instrumento de optimización de la Administración Pública y de buen gobierno, consideramos que dicho instrumento debe ir parejo siempre a las figuras jurídico-administrativas de libre acceso a la información y de la transparencia públicas. De tal forma que, tales figuras -consideradas desde el prisma de la Administración Pública- quedarían incompletas en cuanto a su aplicación la una sin las otras. En tal sentido y siquiera sea dicho a los meros efectos dialécticos o de método expositivo, podríamos comparar a la rendición de cuentas en la administración pública con una auditoría en las empresas o sociedades del ámbito privado, sometida a unos criterios contables o a un Plan General de Contabilidad general para todas. *Auditoría* que da fiel reflejo de las cuentas de la sociedad y de los flujos del capital social; es decir, caudales públicos o Erario en el caso de que aquí se trata.

La "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, en su numeral XV expresaba con claridad: "La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas

a todo agente público de su administración" (*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*).

Rodolfo **SABORÍO VALVERDE** define "La rendición de cuentas, a partir del enfoque sistémico que dispone la Constitución Política [de Costa Rica], consiste en la obligación a cargo de todo titular de competencias públicas de actuar apegado al ordenamiento jurídico, de ejercer en forma ética, económica, eficaz y eficiente sus competencias y de generar y proporcionar la información necesaria y suficiente para que su actividad sea evaluada. Este concepto implica paralelamente la obligación, a cargo de terceros, de evaluar los resultados de dicha gestión, tomando en cuenta tanto el respeto de las disposiciones normativas aplicables como el cumplimiento de los objetivos y metas previamente establecidos (preferiblemente en el instrumento en que se le asignan los recursos presupuestarios para cumplir con sus funciones) con la consecuente responsabilidad en caso de incumplimiento".

Cabe considerar igualmente la Rendición de Cuentas como un principio constitucional -una de las garantías consagradas expresamente en la Carta Magna-, consistente tanto en un derecho del administrado como en una obligación de los poderes públicos, consagrados en el **art. 11 de la Constitución Política de Costa Rica**. Se trata de un sistema de control de todas las conductas administrativas.

Desde la perspectiva de la *representación responsable*, Hugo Alfonso MUÑOZ define la rendición de cuentas como "un derecho del ciudadano de conocer y exigir explicaciones al funcionario y el deber correlativo de éste de explicar sobre su conducta".

En este sentido, la rendición de cuentas como **representación responsable** adquiere una dimensión especial. De origen profundamente democrático, el principio busca ratificar el derecho de los ciudadanos no solo de estar correctamente informados de la conducción política y exigir explicaciones a los funcionarios, sino también del deber de éstos, simples depositarios del *poder*, de dar cuentas sobre su gestión.

Se trata de ratificar un principio proclamado desde los albores del constitucionalismo y consagrado en la **Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano** de 1789, en cuyo numeral XV expresaba con claridad: "La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración" (*La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*). Esta norma tenía como contrapeso el deber de todos los ciudadanos de contribuir, equitativamente en razón de

sus posibilidades, a las cargas públicas (Art. XIII) y su derecho de comprobar, por sí mismos o mediante sus representantes, la necesidad de la contribución pública, consentirla libremente, saber cómo se emplea y determinar la cantidad, la base imponible, el cobro y su duración (Art. XIV).

En ello, está el fundamento de la rendición de cuentas, como una representación responsable del pueblo soberano o de la nación que contribuye con el Estado. Es entonces, el derecho de los ciudadanos a exigir cuentas es irrenunciable como la obligación de rendirlas de parte de los funcionarios públicos, cualquiera que sea su cargo.

La **representación responsable**, aunque puede aplicarse a las relaciones entre sujetos privados, se traduce en una responsabilidad política o administrativa. El principio de **rendición de cuentas** como representación responsable es esencialmente político. Se trata, en el derecho público, del control que ejercen determinadas organizaciones estatales sobre las actuaciones y decisiones de quienes les representan. Originalmente, la rendición de cuentas operó casi exclusivamente mediante el control político a cargo de las asambleas legislativas, las cuales, en el sistema parlamentario, lo desempeñaban mediante la censura para hacer caer al gobierno. Además, mediante el sistema de *elecciones* y reelecciones, obligaban a los representantes populares a exponer nuevamente su nombre, para ratificarlo o escoger otra opción. Se consideró, en los casos de *reelección* de diputados una forma de ejercer el control político y exigir cuentas a quien aspiraba a la *reelección*.

En los sistemas presidenciales el control se centró en las comisiones de investigación, que en los Estados Unidos tuvieron un amplio desarrollo institucional. En ese sistema opera la *reelección* como instrumento de control y rendición de cuentas. En los países donde no existe *reelección* sucesiva de diputados, ese control no se da. Sin embargo, opera para los *partidos políticos* que deben dar cuenta de su gobierno. Las *elecciones* constituyen entonces, un valioso instrumento de rendición de cuentas, aunque no el único y no siempre el más importante.

Por otra parte, desde la perspectiva de la ciudadanía, los ciudadanos también tienen el derecho de pedir cuentas, con el propósito de informarse. Así lo estableció la doctrina de la Sala Constitucional de Costa Rica, para la cual el

derecho de los ciudadanos de informarse tiene "como fundamento el interés de la comunidad de conocer la actividad del funcionario público, así como su buen o mal desempeño en el ejercicio del cargo y las informaciones que siendo de interés público se hallen en oficinas o departamentos administrativos" (v. 561-94). Esa jurisprudencia tiene como soporte la **Constitución Política** cuyo texto establece que: "El gobierno es representativo, alternativo y responsable" (Art.9).

El carácter representativo del gobierno se refleja también en normas como el **artículo 105** del mismo texto constitucional, que encarga la potestad de legislar en el pueblo, quien la delega, mediante el **sufragio**, en la Asamblea Legislativa. El carácter representativo del gobierno es inevitable, la *democracia* directa de modo absoluto resulta imposible; los instrumentos de participación democrática, cuando existen, institutos jurídicos como el **referéndum** o la iniciativa popular, tienen límites en su contenido, en su plazo y en cuanto a la legitimación (quiénes pueden proponer el *referéndum* o mediante cuántas firmas se ejerce la **iniciativa popular**), entre otros aspectos. Sin embargo, cuando determinadas personas actúan a nombre de intereses diversos, pero legítimos, como la defensa de la mujer, la lucha a favor del ambiente, del consumidor, etc., ostentan siempre la representación de esos sectores. De ahí que el carácter representativo del gobierno resulta una condición inevitable.

La cuestión principal radica en la elección del gobierno y de los instrumentos de control, de responsabilidad y de sanción para garantizar un buen desempeño de los funcionarios públicos y las herramientas jurídicas y políticas cuentan para pedir explicaciones, responsabilizarlos y sancionarlos.

El Poder Ejecutivo y la Administración en general deben dar cuenta de sus actos, independientemente del resultado. Cuando el Erario o el Tesoro público, es decir, los fondos públicos sufran un menoscabo serio o desaparezcan, el funcionario tiene que dar cuentas y la responsabilidad que se deriva es insoslayable, así como las sanciones, incluso penales, garantizándole a éste, el proceso debido. "El problema radica en la responsabilidad política, cuya sanción no está prevista o resulta diluida e imprecisa por la discusión política partidaria. No cabe duda que la responsabilidad política existe cuando la con-

ducta del funcionario no se ajusta a los parámetros de oportunidad y de conveniencia e incluso de **legalidad**. La responsabilidad administrativa y penal están jurídicamente mejor delimitadas, su determinación corresponde al juez y no como la *política* que implica una especie de justicia con sanción política, con las limitaciones en el proceder, en el contenido de la sanción y en sus consecuencias." (Hugo Alfonso MUÑOZ).

Con relación a lo anterior y a modo de paradigma, cabe referirse al Estado español, cuyo Gobierno, dada la actual coyuntura socio-económica de crisis y tras el reciente traspaso de poderes en su Ejecutivo, ha realizado dos auditorías de la situación bancaria española, encomendadas a dos empresas consultoras de ámbito internacional de notorios prestigio y solvencia (una estadounidense y otra alemana) y cuyos resultados han sido debidamente expuestos, en orden a rendir cuentas a la ciudadanía de la Unión Europea y ofrecer así la oportuna información pública administrativa tendente a garantizar la debida transparencia administrativa.

Otras definiciones de rendición de cuentas podemos encontrar en las siguientes transcripciones:

- La obligación de responder ante la responsabilidad que ha sido conferida (...) supone la existencia de al menos dos partes: una que confiere la responsabilidad y otra que acepta esa responsabilidad" Oficina del Auditor general de Canadá.
- *Más que denotar una técnica específica de domesticar el poder, la noción de rendición de cuentas política abarca tres diferentes formas de prevenir y corregir el abuso del poder político. También implica la sujeción del poder a la amenaza de sanciones, el obligarlo a ser ejercido de forma transparente, y el forzarlo a justificar sus actos.* Andreas SCHEDLER
- *El ámbito en el cual una persona debe responder ante una autoridad superior -sea esta legal u organizacional- por las acciones realizadas en la sociedad dentro de los límites de su posición organizacional.* Jay SHAFRITZ.

En orden a conceptualizar, preconizamos un conjunto de elementos caracterizadores de la rendición de cuentas y, en definitiva, del buen gobierno, cuales son: Ética, Eficiencia, Eficacia (o Efectividad), Economía, Equidad y Ecología.

En la actualidad, la defensa del medio ambiente ha adquirido tal importancia y necesidad que cualquier criterio de actuación administrativa debe ir acompañado del criterio o principio de la ecología; especialmente, en un ámbito de aplicación tan amplio como la Administración Pública. Y Costa Rica es un buen ejemplo de esto último, pues la ecología ocupa un lugar preferente en todos sus ámbitos, dada su posición.

Uno de los ámbitos que más requiere de la aplicación de tales principios de información, transparencia y de la rendición de cuentas la elaboración y publicidad del presupuesto ordinario de la República (arts. 176 a 182 de la Constitución Política de Costa Rica), pues comprende todos los ingresos –probables- y todos los gastos –autorizados- de la Administración Pública; igualmente aplicable a las Municipalidades y a las instituciones autónomas.

Como hemos indicado anteriormente, la rendición de cuentas es un sistema o mecanismo de control, que en palabras del Dr. SABORÍO puede ser horizontal o vertical. En el horizontal el control es ejercido entre pares o instancias no relacionadas jerárquicamente, como los mismos órganos de rango constitucional, sobre los que merece la pena ejemplificar, la función la Contraloría General de la República sobre cualquier órgano de la Administración Pública, Instituciones Autónomas o entidades y particulares que contraten con las diversas administraciones. En el segundo, concurre una relación de subordinación como por ejemplo, la relación de subordinación de los funcionarios electos respecto de los electores, o el caso de los controles jerárquicos.

## B).- LEGISLACIÓN EN COSTA RICA. Legislación básica aplicable a la rendición de cuentas.

**I.- LA CARTA MAGNA Y LEYES MÁS SIGNIFICATIVAS:** La regulación de la figura de la rendición de cuentas y de las cuestiones atinentes o relacionadas se encuentra y se puede relacionar en las siguientes normas:

- La **Constitución** Política de la República de Costa Rica (de 7 de noviembre de 1949), en su **artículo 11**, establece: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes.

La acción para exigirles la **responsabilidad** penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de **evaluación de resultados** y **rendición de cuentas**, con la consecuente **responsabilidad** personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La **ley** señalará los medios para que este control de resultados y **rendición de cuentas** opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas".

Asimismo, en función de las anteriores consideraciones, se pueden enumerar como directamente relacionados con la rendición de cuentas los siguientes preceptos constitucionales: los artículos 1, 2, 3, 4, 9, 11 (párrafo primero), 49, 105, 121 (incisos 11, 12, 13, 23, 24), 139 (inciso 4), 140 (incisos 8 y 18), 149 (incisos 3, 5 y 6), 150, 152, 153, 154, 169, 170, 183, 184, 188, 191, 192 y 193.

- **Ley Orgánica Nº 7428**, de 7 de septiembre de 1994, de la **Contraloría General de la República** (Reformada por Ley 8494, de 30 de marzo de 2006).

- Ley 8292, de 31 de julio de 2002, General de Control Interno.

- Ley 6227, de 2 de mayo de 1978, General de la Administración Pública.

- Ley 5525, de 1974, de Planificación Nacional.

- Ley 8131 de 2001 de Administración Financiera y Presupuestos Públicos.

- Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422 del 2004

- Ley 8220 del 2002 de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos

- Ley Orgánica 7428 de 1996 de la Contraloría General de la República

- Ley 8292 del 2002 General de Control Interno.

- Ley 7319 de 1992 de la Defensoría de los Habitantes.

- Ley 1581 de 1953 del Estatuto de Servicio Civil.

**a).- La Constitución política de Costa Rica de 1949** en su **artículo 11** establece que "la Administración Pública en sentido amplio estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y **rendición de cuentas**, como consecuente responsabilidad personal para los

funcionarios en el cumplimiento de sus deberes." (Ref. por Ley N° 8003 de 29 de mayo de 2000).

**b).-** Por su parte, la **Ley (6227) General de la Administración Pública** en sus **artículos 11 y 111** establece con relación a la **función pública** lo siguiente:

**"Art. 11** 1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa."

**"Art. 111** 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considéranse equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común."

**c).-** En cuanto a la **rendición de cuentas**, como instrumento de control y/o autocontrol de las finanzas públicas derivadas de los contratos, cabe destacar que los **artículos 183 y 184 de la Constitución** Política de la República de Costa Rica establecen o instauran a la **Contraloría General de la República** como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, y que el **artículo 12 de su Ley Orgánica N° 7428**, de 7 de setiembre de 1994, la designa como órgano rector del Sistema de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública que se establece en el **artículo 10** de esa misma Ley.

**d).-** El **artículo 4 de la Ley N° 8292 General de Control Interno**, establece la aplicabilidad de **principios y normas de control interno a sujetos de derecho privado**, que sean custodios y administradores de fondos públicos

por cualquier título y que, dadas las características de estos sujetos, es necesario distinguir las regulaciones que deberán observar los sujetos públicos, respecto de las prescritas para los sujetos privados.

Los **artículos 2, 7 y 10 de la citada Ley N° 8292**, el jerarca y los titulares subordinados de las instituciones son responsables de establecer, mantener, perfeccionar y evaluar los sistemas de control interno correspondientes, de manera que sean aplicables, completos, razonables, integrados y congruentes con las competencias y atribuciones institucionales, así como ajustados a la normativa que al efecto emita la Contraloría General de la República.

Y el **artículo 20** de la Ley N° 8292 prescribe la existencia de una auditoría interna en todos los entes y órganos sujetos a esa Ley (art. 4), salvo en aquellos en los cuales la Contraloría General de la República disponga, por vía reglamentaria o disposición singular, que su existencia no se justifica, en atención a criterios tales como presupuesto asignado, volumen de operaciones, nivel de riesgo institucional o tipo de actividad; en tal caso, la Contraloría General de la República ordenará a la institución establecer los métodos de control o de fiscalización que se definan.

**e)** El **artículo 16 de la Ley de Equilibrio Financiero, N° 6955, de 16 de febrero de 1984**, cuyo texto dirá: **"Artículo 16.-** Para propiciar la racionalización del empleo en el sector público, la Autoridad Presupuestaria fijará los lineamientos en materia de empleo público, los cuales podrán incluir límites al número de puestos por institución. El cumplimiento de tales lineamientos quedará bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la respectiva institución. Asimismo, las instituciones deberán remitir la información que se les solicite para verificar dicho cumplimiento."

**f)** El **artículo 9 de la Ley de Planificación Nacional, N° 5525, de 2 de mayo de 1974**, cuyo texto dirá: **"Artículo 9.-** Corresponde al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica velar porque los programas de inversión pública, incluidos los de las instituciones descentralizadas y demás organismos de Derecho Público, sean compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecido en el Plan Nacional de Desarrollo."

**g)** El **artículo 104 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3**

de noviembre de 1995, cuyo texto dirá: "**Artículo 104.- Cobro por servicios.** El Banco Central percibirá, por los servicios que preste al Gobierno y sus dependencias o a las municipalidades o instituciones autónomas en su caso, las tasas que convinieren, basadas en el cómputo del costo de operación que tenga el Banco por la ejecución de tales servicios. El Banco no permitirá, por ninguna circunstancia, sobregiros en las cuentas que mantengan las mencionadas entidades."

El Dr. SABORÍO VALVERDE, en su estudio citado, preconiza una sistematización de las normas mediante un "Sistema Nacional de Rendición de Cuentas, mediante el cual se armonicen criterios en orden a la obtención de mejores resultados en la función pública" y, por ende, en el buen gobierno, en los servicios públicos y, en definitiva, en el bienestar de la ciudadanía.

**II.- Otras leyes:** En el Ordenamiento Jurídico costarricense existen numerosas leyes que contienen fiel reflejo del principio de la rendición de cuentas, de las que cabe destacar las siguientes.

- Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 de 1995.
- Ley del Código Nacional de la Niñez y de la Adolescencia No. 7739 de 1998.
- Ley De Fomento a la Producción Agropecuaria FODEA No. 7064 de 1987.
- Ley FUNDAMENTAL DE EDUCACIÓN No. 2160 de 1957

## **B).- ALGO DE DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL.**

Con relación a la responsabilidad de la representación funcional o de los servidores públicos, los textos constitucionales de América Latina establecen y concretan los límites de la función pública, en el sentido de que los funcionarios "son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede" y de forma que la acción para exigirles responsabilidad "es pública" (art. 11 Constitución de **Costa Rica**); o como lo advierte la **Constitución Peruana**: "...el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y a las leyes; y la efectiva responsabilidad de quienes ejercen la función pública..." (Preámbulo).

Como complemento, se dispone: "...incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa,

según los casos...", los funcionarios que violen o menoscaben los derechos consagrados en la Constitución Política (art. 46 de la **Constitución de Venezuela**). Los Códigos Civiles, en general, obligan a quien cause a otro un daño por dolo, falta, negligencia e imprudencia y por ello está obligado a repararlo junto con los perjuicios. Básicamente la representación es responsable *política*, administrativa, civil y penalmente.

La **Constitución Española** de 6 de Diciembre de 1978, consagra y establece los principios y criterios de legalidad, igualdad y responsabilidad a los que quedan sujetos la Administración y los ciudadanos en los artículos 103 y 9 de la vigente de la siguiente forma:

"**Art. 9:** 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.";

"**Art. 103:** 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.";

Asimismo, con relación al gasto público, al sistema tributario y de recursos y los principios de eficiencia, eficacia y economía, igualdad, capacidad económica, se establece el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, señalando en su artículo 31 lo siguiente: 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad

económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de **igualdad** y **progresividad** que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley."

- La Contraloría General de Chile dictaminó en su día que "El Banco Mundial ha definido la Rendición de Cuentas a partir de dos componentes fundamentales, cuales son, la *obligación* que asiste a políticos y funcionarios quienes administran los recursos públicos considerados en su sentido más amplio, de informar y justificar sus actos ante quienes les han delegado dicha capacidad, esto es, la ciudadanía, y la *capacidad de sancionarlos* cuando ellos violen o incumplan sus obligaciones (enforcement)" (2005, p. 4).

- Y la Organización de los Estados Americanos (**OEA**) ha plasmado el consenso regional sobre la relevancia del acceso a la información pública, así como la necesidad de su protección por medio de diversos instrumentos, en su Resolución de 3 de junio de 2006, por la cual la Asamblea General de dicho organismo "instó a los Estados a que respeten y hagan respetar el **acceso a la información pública** a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva".

## II).- **ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA. TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA**

Como afirma el Dr. Jorge CORDOBA ORTEGA, "mientras el Estado posibilite el acceso a los despachos administrativos, garantiza en esta forma, el libre ejercicio de los derechos ciudadanos frente al poder público y la utilización de los mecanismos necesarios para su protección y conservación. De manera, que entre mayor sea la apertura del Estado con la sociedad, mayor será el ámbito de goce de los derechos fundamentales y el sometimiento de la Administración al principio de legalidad".

En Costa Rica se está realizando un esfuerzo por armonizar y actualizar el Ordenamiento Jurídico a la Declaración Universal de los Derechos

Humanos, en el ámbito del derecho de acceso a la información. En tal sentido, cabe referirse a los antecedentes legislativos y al Proyecto de Ley en trámite sobre la materia.

El instrumento o la figura jurídica por la que principalmente se instrumentaliza o materializa la Transparencia Administrativa, amén de la publicidad de actos y procedimientos, es el Derecho de Acceso a la Información Administrativa o Pública. Decimos 'pública' desde el punto de vista o consideración opuesta o contraria a la privada. El Derecho Administrativo es un derecho público y, como tal, regula el ámbito de las relaciones de la Administración en el ámbito público. Consiguientemente, la información referente a la esfera o ámbito administrativo es o debe ser pública.

En este sentido y a los presentes efectos, nos referimos -como exponente- a la Sentencia de la Sala Constitucional de la República de Costa Rica N° 2012-1799 de las 10:50h del 10 de febrero de 2012 en la que, en votación de mayoría, declaró con lugar el Recurso de Amparo presentado por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (bajo la presidencia y representación de la Dra. Érika HERNÁNDEZ SANDOVAL) y el Colegio de Ingenieros Topógrafos de Costa Rica (presidido por el Ing. Freddy GUTIÉRREZ CHAVARRÍA) contra el Acuerdo J303 de la Junta Administrativa del Registro Nacional que ordenó implementar un nuevo sitio web de consulta ([www.rnpdigital.go.cr](http://www.rnpdigital.go.cr)), en el cual se cobraría por los servicios de acceso a la información que ya venían dándose en el sitio [www.registronacional.go.cr](http://www.registronacional.go.cr). Y ello en base a que, en síntesis, se trata de un derecho gratuito y adquirido al acceso a la información.

**Norberto Bobbio** ya definió la democracia como "el Gobierno del Poder Público en Público" en su obra "La democracia y el poder invisible" y afirmó que "...un Estado tiene mayor o menor democracia según sea la extensión del poder visible respecto del invisible".

Sobre el particular, el **Dr. JINESTA LOBO**, define la Transparencia Administrativa como "un instrumento para la realización efectiva de otros principios y valores constitucionales y derechos al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la participación política y administrativa directa, real y efectiva en el manejo asuntos públicos, también fortalece la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica, la eficacia de la función ad-

ministrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva y a la formación de una opinión pública madura y crítica". Y así concreta su objeto como "...no sólo la información contenida en archivos, registros, expedientes y documentos, sino toda la relativa al entero desenvolvimiento de la actuación y gestión administrativas (función, competencias, procedimientos, esquemas organizacionales, recursos humanos, financieros y materiales)". Revista *Ivstitia*, nº 201-202,

Consideramos que la mayor transparencia se consigue y garantiza mediante la publicidad de los actos y procedimientos administrativos de consecuencias importantes para el interés general, el orden público y el bien común o servicio público de que se trate. En este sentido, cabe resaltar -como exponente de dicha transparencia- la publicidad de los artículos 6 de la **Ley 7494 de Contratación Administrativa**, de 2 de mayo de 1995 (en su redacción dada por la Ley 8511 de 6 de mayo de 2006), y 2.c y 7 de su Reglamento (33411-H), en los que se establece el principio de publicidad para los procedimientos de contratación administrativa y en los programas de adquisiciones, concediéndose incluso el trámite de audiencia a los interesados en el citado artículo 6.

#### A).- LEGISLACIÓN; NORMATIVA.

El artículo 30 de la **Constitución Política de Costa Rica** se consagra el derecho fundamental de acceso a la información pública de la siguiente forma "**Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información...**". Asimismo, los artículos 24, 27, 28, 29 y 41 de la Carta Magna desarrollan y proyectan la aplicación de dicho derecho fundamental. En la restante normativa, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense no existe por el momento ley específica que regule el derecho de acceso a la información pública. Si bien existe un Proyecto de Ley a tal efecto y alguna regulación dispersa que regula tal derecho, a la que nos vamos a referir.

- "**Proyecto de Ley de Acceso a la Información para la Transparencia en la Gestión Pública**" en el Diario Oficial La Gaceta, No. 16 de fecha 23 de enero de 2003 (Expediente. 15079).

- **Ley del Sistema Nacional de Archivos, Nº 7202**, de 24 de octubre de 1990, que en su artículo 10 establece: "Se garantiza el libre ac-

ceso a todos los documentos que produzcan o custodien las instituciones a las que se refiere el artículo 2o. de esta ley. Cuando se trate de documentos declarados secreto de Estado de acceso restringido, perderán esa condición después de treinta años de haber sido producidos, y podrán facilitarse para investigaciones de carácter científico-cultural, debidamente comprobadas, siempre que no se irrespeten otros derechos constitucionales.

- La **Ley 6227 General de la Administración Pública**, de 2 de mayo de 1978, regula en cierta medida muy limitada el acceso a determinada información en los arts. 272 y 273. Únicamente. Así, en su **art. 272** establece: **Artículo 272.-1.** Las partes y sus representantes, y cualquier abogado, tendrán derecho en cualquier fase del procedimiento a examinar, leer y copiar cualquier pieza del expediente, así como a pedir certificación de la misma, con las salvedades que indica el artículo siguiente...". Y en su **art. 273** establece: "1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente. 2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos". Y el **Artículo 274:** "La decisión que negare el conocimiento y acceso a una pieza deberá ser suficientemente motivada. Cabrán contra la misma los recursos ordinarios de esta ley."

- La **Ley de Contratación Administrativa 7494, de 2 de mayo de 1995** (reformada por Ley 8511), en su **artículo 6** establece la preceptiva aplicación del principio de publicidad a los procedimientos de contratación administrativa. Es de resaltar la introducción en dicho precepto de un trámite o traslado de audiencia a los administrados interesados por la reforma operada por Ley 8511, de 6 de mayo de 2006. Y su Reglamento (33411-H) de 27 de septiembre de 2006 establece en sus artículos 2.c) y 7, respectivamente el principio de publicidad del procedimiento y la preceptiva publicidad de los programas de adquisición.

- El proyecto de Ley de Derecho de Acceso a

Internet (Expediente Nº 14029). Esta iniciativa pretende "declarar de interés público el acceso al servicio de Internet, así como posibilitar que todas las personas y empresas, públicas o privadas, ofrezcan servicios de acceso a Internet". Por lo que la información pública se verá reforzada mediante dicho instrumento legal, toda vez que en Costa Rica existe un intenso desarrollo de la Sociedad de la Información (SI), de las Nuevas Tecnologías (NNTT) y de la Comunicación y el estado publica y publicita la actuación de su administración e instituciones públicas en diversos ámbitos, si bien es deseable y preconizamos un mayor desarrollo de transparencia administrativa y publicitación de diversos ámbitos administrativos como el de los seguros sociales, administración de justicia, elecciones y partidos políticos, transportes, etcétera.

- Hay otras leyes costarricenses en las que se hace referencia al acceso a cierta información pública, mediante la publicidad de las normas en beneficio de la ciudadanía, de las que cabe resaltar resumidamente las siguientes:

- Ley del Sistema Nacional de Archivos, 7202 de 24 de octubre de 1990.

- Ley General de Policía 7410 de 26 de mayo de 1994.

- Ley de General de la Administración Pública 6227 de 2 de mayo de 1978.

- Código Penal de Costa Rica, Ley 4573 de 15 de noviembre de 1970 (y sus reformas).

- Código Procesal Penal, Ley 7594 de 10 de diciembre de 1996 (y reformas).

- Ley de la Jurisdicción Constitucional 7135 de 11 de octubre de 1985.

- Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos, 8131 de 18.09.01.

- Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley 4755, de 3 de mayo de 1971.

- Ley de Protección al Ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, 8220, de 4 de marzo de 2002.

- Ley Orgánica del Banco Central, 7558 de 3 de noviembre de 1995.

- Código de la Niñez y la adolescencia, Ley 7739, de 3 de diciembre de 1997.

- Ley General de Control Interno, 8292 de 31 de julio de 2002.

- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 7428 de 26 de agosto de 1994.

- Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, nº 17, de 26.10.1943.

- Ley 7472, de 19.12.1994, de Promoción de

la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

- Ley 7839 de 15 de octubre de 1988, del Sistema de Estadística Nacional.

- REGLAMENTOS: existen ciertos Reglamentos que plasman la publicidad y el derecho de acceso a la información como el Reglamento 20023-C de la Ley del Sistema Nacional de Archivos; Reglamento 250338-H General de la Contratación Administrativa; Reglamento 25234-MEIC a la Ley 7274 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; Reglamento de Procedimiento Disciplinario del Banco Popular y de Desarrollo Comunal 29200 de 14 de diciembre de 1993; y Reglamento 32565, de 28 de abril de 2005 a la Ley 8220 de Protección al Ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos.

- Respecto a la **normativa Internacional** sobre el derecho de acceso a la información, cabe resaltar la \* Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 13<sup>º</sup>; asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la \* Declaración sobre la Libertad de Expresión del año 2000, cuyo Principio 4 establece que "El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas".

Asimismo, son destacables \* Tratado de Libre Comercio Costa Rica - México (Ley 7474 de 19 de diciembre de 1994); \* Protocolo Facultativo de la \* Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (Aprobado mediante Ley No. 8089 de 6 de marzo del 2001); \* Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y la \* Convención Interamericana contra la corrupción\* (Aprobada mediante Ley 7670 de 3 de abril de 1997).

## B).- DOCTRINA.

a).- CONCEPTO, NATURALEZA y LIMITES del Derecho de Acceso a la Información.

En el Ordenamiento Jurídico Costarricense no existe una ley marco que regule el acceso

a la información pública, si bien existen ciertas normas legales integradoras del principio y está en trámite el Proyecto antes mencionado para integrar armónica y definitivamente el derecho de acceso a la información pública en su Ordenamiento Jurídico.

En tal sentido, compartimos con **Sánchez Morón** que "sólo en la medida en que la Administración ha asumido un nuevo talante de apertura al medio social y de servicio al ciudadano, en vez de situarse al servicio exclusivo de un Estado separado de la sociedad, en la medida en que ha desarrollado una actividad prestacional y de intervención en la economía al lado del tradicional ejercicio de autoridad y en la medida en que el Derecho reconoce a los particulares su condición activa de ciudadanos en vez de la de meros súbditos o administrados, la regla general ha empezado a invertirse.

Al menos en el plano de la teoría jurídica y de las normas de cabecera del Ordenamiento, empezando por las internacionales y las constitucionales, se propugna hoy la difusión de la información y se establece lo que podríamos sintetizar como un principio de transparencia administrativa. La confidencialidad y el secreto, que en ciertos casos deben preservarse por razones prevalentes de interés público o para proteger derechos de terceros, constituyen la excepción" (Sánchez Morón, Miguel. El derecho de acceso a la información en materia de Medio Ambiente. Revista de Administración Pública. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, No.137, Mayo-Agosto, 1995. p.32).

Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, el derecho de acceso a la información ha sido considerado también como una modalidad del **derecho de petición**: "una modalidad del derecho de peticionar a las autoridades: aquélla por la cual se requiere del Estado la publicidad de los actos públicos (está implícito en la forma republicana de gobierno) y de la información que alcance el interés público".

Si bien consideramos que éste -el derecho de petición- es instrumental de aquél -el derecho... a la información-; pues éste regula la esencia o el contenido de la información a la que se tiene derecho y aquél la forma o el procedimiento principalmente. En tal sentido, cabe transcribir lo manifestado en el Voto No. 03074-2002, en el cual la **Sala Constitucional** desarrolla en forma importante el contenido del derecho a la información y la vinculación del mismo y a lo que

venimos planteando en el tratamiento de este concepto. Así pues, "**El derecho a la información** es uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado...es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones ...", dice la Sala.

Nos sumamos al criterio de **CÓRDOBA** en su obra citada, con relación a que lo más interesante de esta resolución es que analiza dos vertientes del concepto, una individualista y otra colectiva o colectivista -interés general-, aspecto éste que definitivamente lo caracteriza como una garantía fundamental del ciudadano, el cual, tendrá para el ejercicio del derecho a la información tres facultades muy claramente determinadas, la facultad de recibir, investigar y difundir información (J. CÓRDOBA ORTEGA).

Robert Dahl, *"ensaya que la posibilidad de democracia en las organizaciones estatales contemporáneas está íntimamente asociada a la posibilidad de que el demos ejerza el control último sobre el programa de acción que, por delegación, llevan a cabo sus élites [Y ello] supone una "masa crítica" de ciudadanos bien informados, bastante numerosa y activa [...] Ello fundamenta la procedencia de nuestro acercamiento al tema. Cuando el pueblo (o la ciudadanía) no tiene los elementos necesarios para cumplir con este rol que el sistema le exige, la democracia -dice Dahl- se desliza hacia el tutelaje"*.

Existen ciertas **limitaciones** lógicas al libre acceso a la información pública, tales como **la intimidad y la seguridad jurídica**, tanto la personal y civil como la del Estado. En ese sentido se encuentran los límites impuestos por el **secreto de Estado**, que requieren asimismo de una regulación que se vería afectada por la ley que se publique en su día respecto al Derecho de

Acceso a la Información Pública.

Los secretos de Estado "no son tantos como les gusta afirmar a los charlatanes y creer a los ignorantes: el secreto sólo es indispensable en determinadas circunstancias extraordinarias y pasajeras, para alguna expedición militar, por ejemplo, o para alguna alianza decisiva, en época de crisis. En los demás casos, la autoridad sólo quiere el secreto para actuar sin oposición" –como adujo **Benjamin Constant**- o lo que es lo mismo, para actuar sin control, que es, a su vez, equivalente a afirmar con posibilidad de hacerlo arbitraria e impunemente. Esto supondría, no sólo el fin de la opinión pública, sino sobre todo, el fin del Estado de Derecho.

"En todo aquello que no cae bajo la protección... del secreto –afirma en esta línea **Javier de Lucas**-, el poder debe estar desnudo, porque ése es el sentido del **Estado de Derecho**".

En el mismo orden de ideas, las excepciones nunca deben estar destinadas a proteger al gobierno de críticas, molestias o exposición de obrar erróneo o para encubrir información respecto del funcionamiento de sus instituciones públicas o para establecer una particular ideología o para suprimir desórdenes.

En suma, el Estado actúa en la información a través de todas sus potestades: legislativa, reglamentaria, judicial, de policía, sancionadora, pues cualquier acto administrativo puede originar una noticia, una respuesta social o una opinión. Tiene unas actuaciones que, participando de una o varias de las potestades anteriores, le convierten específicamente en informador.

Siguiendo al Dr. Ernesto JINESTA LOBO en su publicación citada, invocamos las palabras de **Gregorio ARENA y Paolo BRAILE**, respectivamente, en el sentido de que "no hay democracia sin transparencia y viceversa" y de que "los principios de transparencia administrativa y de publicidad están implícitos en el concepto o cláusula del Estado Democrático o de la democracia representativa". *Sensu contrario*, el secreto administrativo debe tener carácter excepcional y su aplicación debe ser restrictiva o de modo restringido a supuestos de ostensible protección y de suma gravedad. A todos se nos ocurren -*verbi gratia*- supuestos relativos a determinadas disputas transfronterizas y medidas o políticas nacionales que puedan adoptarse al respecto con el fin de evitar enfrentamientos o beligerancias inútiles y cuyos trámites procedimentales o de consecución deban ser protegidos bajo secreto.

Por ello basta con respetar la idea "La presencia de la democracia de un Estado se encuentra en la información que proporcionen los poderes públicos: en que esta información exista y sea fluida y suficiente y en que no esté tergiversada. Por eso hay que hacer, como se ha hecho muchas veces en la doctrina, una equiparación entre totalitarismo y desinformación".

En este marco, se estima pertinente esbozar esquemáticamente algunas implicaciones del **derecho de acceso a la información pública**, ya que este somero análisis da fe del efecto positivo y multiplicador que presenta su constante ejercicio:

- Concreción del derecho a buscar y recibir información. La correspondencia entre el deber de informar de la Administración y el derecho a la información de los ciudadanos.
- Reconocimiento y garantía de una institución política fundamental: la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, permite que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones, combatir civilizadamente las ideas contrapuestas e incluso hasta ponderarlas.
- Instrumento para materializar el Principio de Transparencia administrativa, de gestión y de los actos de gobierno. Instrumento para la realización de un control democrático sobre la actividad administrativa.
- Fomento y garantía de participación de modo más responsable en los asuntos públicos. Instrumento necesario para una correcta formación de la voluntad democrática.
- Afianzamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades.
- Derecho a la igualdad. Tratamiento común de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública (no como meros "administrados", sino como "ciudadanos" partes en el contrato democrático).
- Debilitamiento de la línea divisoria entre gobernantes y gobernados en una democracia participativa.
- Abstención por el Estado de interferir en el acceso a la información, así como a facilitarla con políticas activas.

En tal sentido, la **publicidad** de los actos de gobierno permite que el ciudadano pueda con-

trolar en forma efectiva dichos actos. En términos generales, todos los ámbitos de la Administración Pública son susceptibles de dicha publicidad, con ciertos límites.

La Dra. Magda-Inés ROJAS ha establecido con el resto de la Doctrina costarricense al respecto que: "1.- El derecho de acceso a la información tiene como **límites** la información de carácter privado [intimidad, honor, propia imagen], el orden y moral públicos, los derechos de terceros, así como la existencia de secretos de Estado. 2- La regulación del acceso a la información y de los límites al ejercicio de este derecho fundamental está reservada a la ley. 3- Por consiguiente, para determinar que una información es confidencial o en su caso, que configura un secreto de Estado, así como las restricciones fundadas en el orden público se requiere una ley que regule el punto. 4- La competencia del Poder Ejecutivo debe limitarse a determinar si en un caso concreto, dados los supuestos legalmente establecidos, se está en presencia de un secreto de Estado o si la restricción a la información tiene asidero en los derechos de un tercero o en el orden público, según lo dispuesto por el legislador. 5- De lo anterior se concluye que en ausencia de una norma legal que regula el derecho de acceso a la información relativa al narcotráfico y a la drogadicción o en su caso, califique de secreto de Estado esa información, el Poder Ejecutivo no podría negarse a suministrar información en la cual esté presente un interés público, entendido como interés de la colectividad. 6- No obstante lo anterior, el CICAD debe negarse a suministrar al público información relativa a la investigación concreta de hechos delictivos que puedan poner en entredicho el honor y la reputación de determinadas personas, que impidan continuar la investigación, así como que sean susceptibles de ocasionar un daño a la sociedad, a la propia Administración o al Estado, tal como se deriva de los principios establecidos por la Sala Constitucional en su resolución No. 1026-94 de las 10:54 hrs. de 18 de febrero de 1994 y del artículo 273.1 de la Ley General de la Administración Pública."

Los límites al citado derecho informativo se pueden resumir en: \*el interés general; el secreto de Estado cuya regulación se halla dispersa (Ley 7410 General de Policía; Ley 5150 General de Aviación Civil, etc.) en cuanto afecte a la seguridad nacional, su soberanía o independencia, relaciones exteriores, etcétera; \*la indagación o

investigación de un delito (arts. 284, 337 CP); \*la moral y el orden público (art. 28 de la Constitución Política); \*los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, en los que la dignidad y/o la privacidad de la persona se pueda ver afectada si trascendieran determinados datos, informaciones o imágenes al ámbito público; y \*el secreto de las comunicaciones (art. 24 de la Constitución Política).

Dichos límites quedan igualmente sometidos o vinculados a la salvedad basada en motivos de interés general o superior bien común, como pudiera ser la indagación de un hecho delictivo. La reciente **Ley 8968 de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales**, de 7 de julio de 2011 -promulgada el 9 de septiembre siguiente- constituye igualmente un exponente de regulación de las limitaciones aquí comentadas.

A este respecto, hacemos nuestra la aseveración de FERNÁNDEZ RAMOS relativa a que, "... para que un sistema de acceso a los documentos administrativos sea efectivo son indispensables ciertas condiciones: en primer lugar, una regulación clara que defina los confines entre la publicidad y el secreto y disciplina adecuada al procedimiento de acceso, pues debe ser comprensible por el ciudadano medio al que está destinada, y, además, es evidente que una regulación vaga genera ambigüedad y en la ambigüedad es más fácil para la Administración eludir la publicidad de sus actos; en segundo lugar, es preciso adecuar las estructuras administrativas a las exigencias prácticas derivadas del reconocimiento de este derecho, y por último, es preciso sensibilizar al personal al servicio de la Administración para la aplicación de un derecho que representa una innovación radical en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos." (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. El Derecho de acceso a los documentos administrativos. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, p.26.).

#### **b).- PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA**

- **Legalidad:** viene desarrollado en el art. 11 de la Constitución Política antes transcrito y en los arts. 11 y 13 de la Ley 6227 General de la Administración Pública y sus normas reglamentarias y de desarrollo.
- **Transparencia administrativa:** establecido en los arts. 11.<sup>II</sup>, -ya citado-, 27 y 30 de la

Constitución, relativos éstos al acceso a los departamentos administrativos y al derecho de petición.

- **Igualdad:** viene establecido principalmente en el art. 33 de la Constitución Política de Costa Rica: 'Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana'.
- **Publicidad:** plasmado en los arts. 124, 126 y 129 de la Constitución y, en gran medida, en el Reglamento de la Asamblea Legislativa en cuanto a la publicidad de las leyes.
- **Principio democrático:** El derecho de acceso a la información pública debe prevalecer en todo Estado Social y Democrático de Derecho. Concretamente los arts. 1 y 9 de la Constitución costarricense plasman dicho principio al consagrar la condición democrática de la República de Costa Rica y que "El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial...".
- Existen ulteriores principios aplicables al derecho de acceso informativo, cuales son el principio de **eficiencia**; el principio de **razonabilidad y proporcionalidad**; el principio de **especialidad**; entre otros, que concurren en su ámbito y contribuyen a su ejercicio y aplicación públicas.

En **conclusión**, podemos afirmar con el **Dr. Jorge CÓRDOBA ORTEGA** que, mientras el Estado posibilite el acceso a los despachos administrativos, se garantiza el libre ejercicio de los derechos ciudadanos frente al poder público y la utilización de los mecanismos necesarios para su protección y conservación. De tal manera que, cuanto mayor sea la apertura del Estado con la sociedad, mayor será el ámbito de goce de los derechos fundamentales y el sometimiento de la Administración al principio de legalidad.

Y en la línea de las conclusiones del Dr. JI- NIESTA LOBO en la citada publicación, argüir la necesidad de implementar o desarrollar, mediante instrumentos legales y administrativos, la OBLIGACION de la Administración de ofrecer transparencia en su actuación y de garantizar el debido acceso a la información pública por medio de una acción coordinada con todos los poderes públicos, que convierta y considere al administrado como la otra parte contratante del binomio

entre la representación política y la participación ciudadana.

### C).- ALGO DE DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

- En **México** está instaurado el Instituto Federal de Acceso a la Información y a la Protección de Datos, así como un portal de Internet relativo a las obligaciones de transparencia administrativa.
- **Guatemala** incorporó en el 2008 a su Ordenamiento Jurídico una Ley de Acceso a la Información Pública.
- En la **Unión Europea** existen Reglamentos y Directivas respecto al derecho de acceso a la información. Ello implica que todos sus Estados miembros deben incorporar dicho derecho a su Ordenamiento Jurídico Interno. En el Derecho aplicable a la Unión Europea, se ha desarrollado con mayor auge esta garantía, afirmando el jurista español, Luis Norberto González Alonso que: "La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, posteriormente, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales y la adopción del Reglamento 1049/2001 han venido a clarificar en gran medida este confuso panorama. En efecto, la incorporación de una disposición específica al Tratado CE sobre el acceso del público a los documentos de las instituciones comunitarias supuso el reconocimiento formal de este derecho por parte de los Estados miembros, y ha permitido además la elaboración de una norma de alcance general que regula su ejercicio en términos muy amplios." Lo anterior implica además de su aplicación a nivel interno, la obligación de estos países de garantizar su ejercicio. Esto permitirá entonces su desarrollo a través de la promulgación y aprobación de normativa interna que regulen todos los aspectos de su contenido esencial.
- El **art. 103.3 de la Constitución Española** (CE) establece el principio de legalidad que debe regir el derecho de acceso a la información: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Y el **art. 105.b) de la Constitución**

**Española** establece el derecho al acceso a la información, pautando la producción legislativa al respecto, de forma que "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas."

- En el seno de la **Organización de Estados Americanos (OEA)** se adoptó en 1996 la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), en cuyo texto se establecieron una serie de compromisos contra la corrupción y en favor de la transparencia de los actos de gobierno, tales como por ejemplo, la reglamentación de las declaraciones juradas de las personas que ejercen la función pública, restringir las normas del secreto bancario, clarificar el régimen de compras y de contratación administrativas del Estado y los Entes Públicos menores o la tipificación delictual de determinadas conductas de ocultación.

### **TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA.**

Como hemos indicado anteriormente la transparencia administrativa está íntima y directamente ligada al libre acceso a la información pública; éste es el instrumento para la consecución de aquélla. De tal forma que viene establecida como segundo principio conformador de la naturaleza jurídica de aquel derecho de acceso a la información. Por tanto, desde este punto de vista, cabe aplicar a la transparencia todos los condicionantes y argumentos relativos al Derecho de Acceso a la Información Pública indicados con anterioridad.

Igualmente la rendición de cuentas debe estar sometida siempre al principio de transparencia administrativa en la gestión del gobierno y de los demás poderes e instituciones públicas de la República.

Siguiendo a **ÁLVAREZ RICO**, al referirse a este principio, preconizamos "...iniciar una nueva vía de profundización sobre una cuestión en torno a la cual se juega en gran medida el nuevo rostro de las Administraciones Públicas del Siglo XXI, en que el documento de papel no será el alimento único del monstruo burocrático que es la Administración Pública, sino que dará paso a una -burocracia de papel- que esperamos sea más transparente, sencilla y cercana al ciudadano. Tales objetivos dependerán en gran medida

de la facilidad de acceso a los ciudadanos a la Administración, de la amplitud de información y de su eficacia y transparencia. La - nueva cultura administrativa- tendrá en este campo su test de prueba y no sólo en el cambio de las palabras y la supresión de las ventanillas." (Alvarez Rico, Manuel y otro. *Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*).

Asimismo en el art. 9 de la Constitución, al establecer el carácter "participativo" del Gobierno refuerza las tendencias hacia una mayor transparencia y ampliando la intensidad de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Igualmente, la **transparencia administrativa** viene plasmada en otros preceptos constitucionales, pues, como quiera que se basa en el **principio de publicidad** en todos los órdenes administrativos del Estado, éste viene establecido en los artículos 124, 126 y 129 de la **Constitución Política de Costa Rica** al establecer la correspondiente publicidad para la tramitación de los proyectos de ley y de los procesos específicos de contratación administrativa según la ley especial en la materia.

Damos aquí por reproducido lo indicado con anterioridad respecto al derecho de acceso a la información y los compromisos adquiridos en la lucha contra la corrupción y en *pro* de la transparencia en los actos administrativos y los actos de gobierno, en el ámbito de la **Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)** de 1996 de la **Organización de Estados Americanos (OEA)**.

Desde el punto de vista de la concurrencia de las figuras de la rendición de cuentas, el derecho de acceso a la información pública y la transparencia administrativa, cabe resaltar lo establecido por la Relatoría para la Libertad de Expresión en el ámbito de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** en su Informe del año 2002: "*En un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información. La publicidad de la información permite que el ciudadano pueda controlar (la gestión pública), no sólo por medio de una constatación de los mismos con la ley, que los gobernantes han jurado cumplir, sino también ejerciendo el derecho de petición*

y de obtener una **transparente rendición de cuentas**. El **acceso a la información**, a la vez de conformarse como un aspecto importante de la libertad de expresión, se conforma como un derecho que fomenta la autonomía de las personas y que les permite la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión”.

## **CONCLUSIONES**

- Urge la puesta en funcionamiento de una rendición de cuentas moderna y adecuada a la naturaleza y características de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, con arreglo a los principios rectores establecidos en el artículo 11 de la Constitución Política (responsabilidad personal; evaluación de resultados y rendición de cuentas).
- Junto con alguno de los autores citados, preconizamos -de lege desiderata- una armonización sistémica y sistematización legal dentro del Ordenamiento Jurídico costarricense que fomente la correcta aplicación del principio de rendición de cuentas en el ámbito de la Administración Pública y concrete la responsabilidad personal funcional en orden a prevenir la inaplicación o la aplicación incorrecta, mediante un Sistema Nacional de Rendición de Cuentas, como forma de concientización tanto del servidor público como del ciudadano.
- Un instrumento válido e idóneo tendente a la mejora en la evaluación y el control de los resultados de la Administración Pública y la rendición de cuentas -todo ello en un marco de transparencia- sería la redefinición de las relaciones entre los poderes de la República.
- Tanto el derecho de Acceso a la Información Pública, como la Transparencia Administrativa que conforma, posibilita y determina aquél, están evolucionando paulatina y progresivamente en Costa Rica -y en el resto de países de la Región- hacia una mayor apertura de la administración pública al ciudadano y a la mayor participación de éste en los asuntos públicos, mediante la producción normativa en la Constitución Política y en las demás leyes y normas de desarrollo de la República.
- Es preciso definir, delimitar, ponderar y establecer -de lege ferenda- nítidamente los límites o límites entre la transparencia, la discreción y el secreto administrativo o de estado, en aras -por un lado- a respetar al máximo el

derecho a la información y a la opinión pública de la ciudadanía y -por otro- a preservar la intimidad personal y familiar, el honor y la propia imagen de los administrados, de la ciudadanía.

- Consideramos que el ámbito de la contratación administrativa o pública es el sector prioritario, idóneo y crucial para centrar -inicialmente, como punto de partida- la atención e implementar los esfuerzos analizados en las conclusiones anteriores relativas a rendición de cuentas, acceso a la información y transparencia administrativas, tanto para las Administraciones contratantes como para los particulares que presten los servicios o proporcionen los bienes, por tratarse de un ámbito esencialmente económico y de servicios que se proyecta a la sociedad y a la ciudadanía.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- **ALVAREZ RICO, Manuel**. "Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común".
- **BOLAÑOS GONZÁLEZ, Jimmy** "Bases conceptuales de la rendición de cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior" (Revista Nacional de Administración, enero-junio 2010, p. 110-138).
- **CORDOBA ORTEGA, Jorge**. "La legislación costarricense y el derecho de acceso a la información pública. Un estudio actual". UCR.
- **FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano**. *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.
- **GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto**. *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*. Salamanca, Editorial COLEX, 2002.
- **JINESTA LOBO, Ernesto**. "Transparencia Administrativa y Derecho de Acceso a la Información Administrativa". *Rev. Ivstitia*, nº 17, 2003.
- **MEOÑO SEGURA, Johnny**. "Exigencia y rendición de cuentas sobre ingresos y gasto público: un análisis de lo que jurídica, institucional

*y políticamente puede hacerse en la materia".*  
UCR. 2005;

- **MORENO ORTIZ, Luis Javier.** "El principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información pública" y "Modelos País de Largo Plazo: Los derechos constitucionales de los habitantes...".

- **MUÑOZ Hugo Alfonso.** "Responsabilidad y Rendición de Cuentas"

- **ORTIZ ORTIZ, Eduardo.** "Expropiación y responsabilidad pública". Imp. LIL,S.A. San José. 1996.

- **SABORÍO VALVERDE, Rodolfo.** "Rendición de Cuentas en Costa Rica. Diagnóstico y propuesta de sistematización" Ed. Juricentro. 2004

- **SANCHEZ MORÓN, Miguel.** El derecho de acceso a la información en materia de Medio Ambiente. Revista de Administración Pública. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, No.137, Mayo-Agosto, 1995

## LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PENAL JUVENIL COSTARRICENSE

*Dr. Álvaro Burgos<sup>1</sup>*

### Resumen:

Los Principios en el Derecho Penal Juvenil son el norte de aplicación del derecho positivo en dicha materia, por lo que deben ser respetados y el utilizados de forma efectiva en Costa Rica.

### Abstract

The Principles of the Juvenile Criminal Law art the North of application of the positive law in such matter. Because of that they should be respected en used in an effective way in Costa Rica.

### Palabras Clave

Principios, Derecho Penal Juvenil.

### Key words

Principles, Juvenile Criminal Law.

### INTRODUCCIÓN

No cabe duda que ha representado un gran salto cuantitativo de profundas repercusiones el cambio de paradigma que se ha producido, representado por el abandono de la concepción tutelar de derecho de menores que se fundamentaba en la llamada doctrina de la situación irregular. De acuerdo a esta doctrina se trataba al menor partiendo de una visión paternalista, considerándolo como un ser incompleto e inadaptado, y de acuerdo a la cual en muchos casos por encontrarse abandonado se le etiquetaba como delincuente.

Se produjo una transición a la doctrina de la protección integral, circunstancia ésta que es-

tuvo precedida y alimentada por un importante desarrollo a nivel mundial de los derechos del niño, que estuvo propiciado por la aprobación de instrumentos jurídicos de carácter internacional que paulatinamente fueron permeando las legislaciones de todos los países. Esta doctrina que tiene como base una concepción garantista-punitiva, por cuanto reafirma y respalda la posición de reconocerle al menor de edad todas las garantías constitucionales, penales y procesales, pero que también empieza a tratarlo como sujeto pleno de derechos y le impone asimismo obligaciones y deberes. Uno de los aspectos principales de esta nueva doctrina es que hace prevalecer garantías penales y procesales que eran de indiscutible y común reconocimiento para los adultos, pero que se violentaban en relación con los menores de edad cuando se les recluía inclusive en recintos carcelarios por la sola condición de abandono y "riesgo social" en que se encontraban, sin haber cometido un delito. Se le reconoce el derecho al menor de edad de no ser perseguido si no ha cometido delito alguno, de no ser detenido si no es por flagrante delito o por orden escrita de la autoridad competente. Se les reconocen además otras garantías adicionales por su condición de menores de edad.

Nuestro país no fue la excepción dentro de ese desarrollo que se venía gestando a nivel mundial y fue así como en el año 1996 se aprobó la Ley de Justicia Penal Juvenil, la cual recoge en su redacción los más importantes postulados que ya habían sido establecidos en todos esos instrumentos jurídicos internacionales de derechos de los menores de edad que habían sido aprobados en el mundo. Es así que en el Capítulo II de esa Ley se establecen y desarrollan Los Derechos Y Garantías Fundamentales, los cuales representan el objeto de la presente investigación.

Algunos autores han desarrollado de manera importante el tema de los Principios del Derecho Penal Juvenil, como el Dr. Carlos Tiffer, a quien se le atribuye la creación de la Ley, así como el Dr. Alvaro Burgos. El presente trabajo de investigación no pretende ser exhaustivo, sino más bien descriptivo, esquemático y enunciativo de los principales aspectos. Me he permitido hacer

<sup>1</sup> Dr. Derecho Penal y Criminología de la U. de Málaga y la U. Escuela Libre de Derecho; Máster en Psicología Forense del John Jay of Criminal Justice de la City University of New York, USA; Especialista y Máster en Ciencias Penales del SEP, UCR; Máster en Criminología de la UCI; Máster en Sociología Jurídico Penal de la U. de Barcelona, 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 y Apelaciones del II Circuito Judicial de San José.

una clasificación de los principios del derecho penal juvenil en los siguientes: **Principios rectores**, los cuales se desarrollan en la primera sección; **Principios sustantivos del derecho penal juvenil**, en esta segunda sección se desarrollan los principios de igualdad, legalidad y lesividad; **Principios del derecho penal juvenil relativos al debido proceso y al derecho de defensa**, en la sección tercera; **Principios particulares de la justicia penal juvenil**, en esta cuarta sección se desarrollan aquellos principios que por su especialidad son particulares de la justicia de los menores de edad; **Principios del derecho penal juvenil relativos a la aplicación de la ley y la sanción**, en esta sección se revisan aquellas particularidades relativas a la aplicación de la ley y la sanción establecidas en la LJPJ a nivel de principios.

## **Principios del Derecho Penal Juvenil**

### **I. Principios rectores**

Estos principios son establecidos como rectores precisamente en el artículo 7 de la LJPJ, y son denominados de esa manera según TIFFER SOTOMAYOR por cuanto deben prevalecer y servir de orientación a los operadores jurídicos a la hora de aplicar la ley. En ese artículo se señala que serán principios rectores de la presente ley:

1. **La protección integral del menor de edad**: Se reafirma con este principio el carácter de sujeto de derecho que tiene el menor de edad, con lo cual se le aseguran las garantías penales y procesales a las que tiene derecho cualquier persona que haya sido acusada de un delito, "... además las que les corresponden por su condición especial.", según se señala en el artículo 10 de la LJPJ;
2. **Su interés superior**: En el Artículo 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia se hace una definición de este interés superior del menor de edad: "*Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el **respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura de su pleno desarrollo personal.***

*La determinación del interés superior deberá considerar:*

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

### **3. El respeto a sus derechos;**

**4. Su formación integral:** El desarrollo integral se entiende como el derecho que tiene toda persona menor de edad de recibir una formación que abarque todos los ámbitos de su desarrollo, sea en los aspectos sociales, culturales, familiares, psíquicos, y jurídicos.

### **5. La reinserción en su familia y la sociedad.**

A los dos primeros principios se les atribuye una mayor relevancia, fundamentalmente por lo ya expresado en relación con la reafirmación del carácter de sujetos de derecho de los menores de edad y el consecuente respeto a éstos de "...las garantías fundamentales establecidas en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales ratificados por Costa Rica, en la legislación penal y procesal penal, de la misma forma que a los mayores de edad, pero con atención esa minoría de edad, que fundamenta el interés superior en su trato especial."<sup>2</sup>

## **II. Principios sustantivos del derecho penal juvenil**

- A. **DERECHO A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADOS**: Se encuentra contemplado en el Artículo 33 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la LJPJ; en los instrumentos jurídicos internacionales en la Convención sobre los Derechos del Niño artículo 2 y en la regla 2.1 de Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1985 (Reglas de Beijing).

En relación con este principio la Sala Constitucional en su Voto 7182-94 ha interpretado: "*todos los hombres deben ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a*

<sup>2</sup> **AMADOR BADILLA**, Gary, La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil. Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2006, pág. 62.

*lo que es esencialmente igual a todos ellos, esto es, en los derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos".<sup>3</sup>*

Los menores de edad deben ser tratados en igualdad de condiciones entre ellos, pero de manera desigual frente a los adultos, esta diferencia debe manifestarse en mejores condiciones, tratos y decisiones, debido a que los menores de edad se encuentran en una etapa de formación y desarrollo de su personalidad. El derecho de igualdad, con respecto a los menores, debe ser entendido desde dos perspectivas:

- a) Primera, que los menores como seres humanos tendrán los mismos derechos que cualquier persona;
- b) Segunda, como una categoría especial de personas, les asistirá un trato especializado, sin que este trato implique una discriminación respecto a las demás personas adultas.

**B. PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** En nuestra Constitución Política lo encontramos en el Artículo 39, y en la LJPJ en el artículo 13. En la normativa internacional dicho principio se encuentra contenido en los artículos 40.2.a de la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 2.2.b) de la Reglas de Beijing y en el 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Indica AMADOR BADILLA<sup>4</sup> que el principio de legalidad establece cuatro subprincipios a favor de los menores de edad, que son:

- a) **Garantía criminal o principio de legalidad criminal.** Significa que no es posible castigar como delito una conducta si no ha sido declarada como tal previamente por una ley (**nullum crimen sine previa lege**).
- b) **Garantía penal o principio de legalidad penal.** Implica que no es posible imponer una consecuencia jurídica del delito (pena) si esta no se haya prevista previa y expresa-

mente por una ley (**nulla poena sine previa lege**).

c) **Garantía jurisdiccional o principio de legalidad procesal.** Esta afirma que no se puede imponer una pena en el tanto sea consecuencia jurídica del delito o falta, sino en virtud de una sentencia firme dictada en proceso penal desarrollado conforme a la ley procesal ante órgano jurisdiccional competente (**nemo damnetur nisi per legale iudicio**).

d) **Garantía en la ejecución o principio de legalidad de la ejecución,** que significa que no puede precederse a la ejecución de una pena o medida sino de acuerdo con las formalidades exigidas por la ley (**nulla poena sine executione**).

**C. PRINCIPIO DE LESIVIDAD:** Se encuentra contenido en el artículo 28 de nuestra Constitución Política y en el artículo 14 de la LJPJ.

Este principio indica que una persona menor de edad sólo deberá ser sancionada, si con su acción pone en peligro o afecta un bien jurídico tutelado, por lo tanto, excluye las conductas de peligro abstracto. Es un principio que condiciona la intervención penal, a que la conducta de la persona menor de edad, produzca daño social y que el daño este estrictamente relacionado con la afectación a un bien jurídico protegido por el derecho penal, si la conducta no afecta un bien jurídico tutelado, tal conducta no podría ser sancionada.

<sup>3</sup> Sala Constitucional, Voto 7182-94

<sup>4</sup> AMADOR BADILLA, Gary, **La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil. op. cit.**, pág. 80 y 81

**III. Principios del derecho penal juvenil relativos al debido proceso y al derecho de defensa**

<b>PRINCIPIOS</b>	<b>En los instrumentos jurídicos internacionales</b>	<b>En la Constitución Política</b>	<b>Votos Sala Constitucional y otros</b>	<b>En La Ley de Justicia Penal Juvenil</b>
<b>Garantías Básicas Especiales</b>				<b>10</b>
<b>Derecho al Debido Proceso</b>				<b>16</b>
<b>Derecho de Defensa</b>	Artículos 37.d. de la Convención de los Derechos del Niño; 7.1 y 15.1 de las Reglas de Beijing.			
<b>Principio de Inviolabilidad de la defensa</b>			<b>1739-92</b>	
<b>Presunción de inocencia</b>	a) Los artículos 40.2.b.i. de la Convención de los Derechos del Niño; b) 7.1 de las Reglas de Beijing; c) 11.1 de la Declaración de Derechos Humanos; y d) 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.	<b>39</b>	<b>1739-92</b>	<b>15</b>
<b>Derecho de abstenerse de declarar</b>	Artículo 40.2.b.iv de la Convención de los Derechos del Niño.	<b>36</b>		<b>17</b>
<b>Principio de "non bis in idem"</b>	Artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.	<b>42</b>		<b>18</b>
<b>Principio del contradictorio</b>			<b>TCP 407-98</b>	<b>24</b>

**A. GARANTÍAS BÁSICAS Y ESPECIALES:** Se encuentra contemplado en el artículo 10 de la LJPJ.

Este artículo extiende la aplicación de las garantías procesales básicas, que les corresponden a los adultos, a las personas menores de edad, desde la fase de investigación y durante todo el proceso judicial. Además, reconoce otras garantías especiales por su condición de menores de edad y por tanto sujetos a una justicia especializada:

- a. La privacidad y confidencialidad del juicio oral donde se juzga al menor de edad;
- b. La duración del proceso y toda medida restrictiva de libertad debe ser por el menor tiempo posible;
- c. Se debe respetar en todo momento el interés superior del niño;
- d. Toda intervención debe tomar en cuenta sus especificidades, como personas en desarrollo o crecimiento, pero sobre todo que cualquier sanción se fundamente en principios educativos.

**B. DERECHO AL DEBIDO PROCESO:** Se encuentra contemplado en el artículo 16 de la LJPJ. Dentro de este principio podemos encontrar todas las garantías procesales que nuestro ordenamiento reconoce a los adultos como serían:

- a. El derecho a la justicia.
- b. El derecho general a la legalidad.
- c. El derecho a Juez regular.
- d. El derecho de audiencia y defensa.
- e. El principio de inocencia.
- f. El principio "in dubio pro reo".
- g. El derecho a una sentencia justa.
- h. El derecho a doble instancia.

**C. DERECHO DE DEFENSA:** Lo podemos encontrar en el artículo 39 de nuestra Constitución Política y el artículo 23 de la LJPJ. En la normativa internacional se encuentra recogido en los artículos 37.d. de la Convención de los Derechos del Niño; 7.1 y 15.1 de las Reglas de Beijing, entre otras.

En torno al tema del derecho de defensa nuestra Sala Constitucional en su Voto 1739-92 ha señalado: "el derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmen-

te, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura alguna por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defiende, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyen".<sup>5</sup>

**D. PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA:** Este principio ha sido recogido por nuestra Sala Constitucional en el Voto 1739-92 en el cual señala: "...el derecho del reo a ser asistido por un traductor o intérprete de su selección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma..."<sup>6</sup>

A este respecto TIFFER SOTOMAYOR indica que la función del defensor no puede ser sustituida por sus padres, ni por otros técnicos como, psicólogos o trabajadores sociales; ya que el proceso es legal y la defensa que se necesita es estrictamente jurídica.

**E. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:** Se encuentra contenido en el artículo 39 de nuestra Constitución Política, en el artículo 9 del Código Procesal Penal y en el artículo 15 de la LJPJ. En la normativa internacional la presunción de inocencia es reconocida por:

- a) Los artículos 40.2.b.i. de la Convención de los Derechos del Niño;
- b) 7.1 de las Reglas de Beijing;
- c) 11.1 de la Declaración de Derechos Humanos y
- d) 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Este principio también encuentra manifestación en el Voto 1739-92 de nuestra Sala Constitucional, en el cual se señala: "... en virtud del estado de inocencia del reo, no es

él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación, con efectos complementarios como la imposibilidad, durante el proceso, de coaccionarlo y, con mayor razón aun, de someterlo a torturas o tratamientos crueles o degradantes -expresamente proscritos por el artículo 40 de la Constitución-, así como el de que su libertad sólo puede restringirse de manera cautelar y extraordinaria para garantizar los fines del proceso, ...".<sup>7</sup>

**F. DERECHO DE ABSTENERSE DE DECLARAR:** Lo encontramos en el artículo 36 de nuestra Constitución Política, en el artículo 17 de la LJPJ y en el artículo 40.2.b.iv de la Convención de los Derechos del Niño.

Este derecho debe ser claramente explicado al menor de edad de previo a tomársele cualquier declaración que pudiera perjudicarlo a él o a cualquiera de los parientes cubiertos por la normativa. El menor de edad, por su posición especial puede sentirse obligado a declarar ante las distintas figuras de autoridad que encuentra en el proceso, siendo de esta manera aún más relevante que comprenda su derecho a no hacerlo. Si el Juez o el Defensor constatan que el menor de edad ha comprendido bien este derecho y es su deseo declarar, le deben respetar su opinión, advirtiéndole la consecuencia legal que puede traer su decisión.

**G. PRINCIPIO DE "NON BIS IN IDEM":** Se encuentra contenido en el artículo 42 de nuestra Constitución Política y en el artículo 18 de la LJPJ, así como en el Artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Se refiere a que las sentencias, una vez firmes, y salvo las excepciones que prevea la misma ley, a través de los recursos de revisión, son inalterables, por lo que una vez absuelto, el menor de edad puede tener certeza de que no se le juzgará de nuevo por el mismo hecho.

**H. PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO:** Lo encontramos en el artículo 24 de la LJPJ. En relación con este principio el Tribunal de Casación Penal, mediante resolución número 407 de las quince horas veinte minutos del once de junio de mil novecientos noventa y ocho, indicó que el principio de contradictorio establece los derechos de ser oído, de apor-

5 Sala Constitucional, Voto 1739-92

6 Sala Constitucional, Voto 1739-92

7 Sala Constitucional, Voto 1739-92

tar las pruebas e interrogar personalmente a los testigos, así como a refutar los argumentos contrarios que se establezcan, y de esta manera se respeten como parte de sus derechos fundamentales.

#### IV: Principios particulares de la justicia penal juvenil

**A. PRINCIPIO DE PRIVACIDAD:** Lo encontramos en el artículo 20 de la LJPJ y se refiere al derecho que tiene todo menor de edad a que se le respete la esfera de su vida privada y la de su familia, y que se respete su privacidad, la cual involucra su nombre, su imagen, su domicilio, su lugar de estudio o trabajo.

**B. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD:** Esta contenido en el artículo 21 de la LJPJ y se refiere a que: "Serán confidenciales los datos sobre los hechos cometidos por menores sometidos a esta ley. En todo momento, deberá respetarse la identidad y la imagen del menor de edad." Esa confidencialidad de los datos debe ser guardada por aquellos funcionarios y oficinas en donde se generaron; es entonces que serán confidenciales los informes de la policía judicial, los partes policiales de la policía administrativa, los informes psicosociales, y demás datos que se hayan requerido para gestionar la tramitación de la investigación y relacionen al menor con ésta.

**C. PRINCIPIO DE JUSTICIA ESPECIALIZADA:** Este principio se encuentra contemplado en el artículo 12 de la LJPJ en el cual se señala: "La aplicación de esta ley, tanto en el proceso como en la ejecución, estará a cargo de órganos especializados en materia de menores." En la normativa internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge el principio de justicia especializada en su artículo 40.3. Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores consagra dicho principio en los artículos 1.6., 2.3. y 22.

Al respecto BURGOS MATA señala<sup>8</sup>: *La LJPJ, según el principio de justicia especializada, crea diferentes órganos jurisdiccionales que son los encargados, durante el pro-*

*ceso y la fase de ejecución, de aplicar la ley.*

- A) *Se crean los juzgados penales juveniles (al menos uno en cada provincia);*
- B) *Se crea el Tribunal Superior Penal Juvenil, con competencia en todo el país;*
- C) *En cuanto a la competencia para conocer de los recursos extraordinarios, como la casación y la revisión, la Ley designa al Tribunal Superior de Casación Penal, con jurisdicción en todo el país;*
- D) *La ejecución de las sanciones penales juveniles está a cargo de órganos especializados en materia juvenil;*
- E) *Se le garantiza al menor de edad la posibilidad de la defensa pública especializada;*
- F) *Se establece en la Ley la participación esencial del Ministerio Público especializado. Este órgano realiza los actos con el auxilio de la Policía Judicial Juvenil.*

**D. PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y LA NORMA MÁS FAVORABLE:** Lo encontramos en el artículo 19 de la LJPJ y en él se señala: "Cuando a un menor de edad puedan aplicársele dos leyes o normas diferentes, siempre se optará por la que resulte más favorable para sus derechos fundamentales."

El Tribunal Superior Penal Juvenil ha aplicado el presente principio en casos donde los hechos que se le acusan al menor infractor fueron cometidos bajo la aplicación y vigencia de la Ley Tutelar. Según el voto número 174-97 de las once horas con cuarenta y cinco minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, el Tribunal, en aplicación de la norma más benigna, modifica la sanción impuesta con la Ley Tutelar al menor infractor por una menos gravosa.

**E. INTERNAMIENTO EN CENTROS ESPECIALIZADOS:** Se encuentra contemplado en el artículo 27 de la LJPJ, en el cual se señala: "En caso de ser privados de libertad, de manera provisional o definitiva, los menores de edad tendrán derecho a ser ubicados en un centro exclusivo para menores de edad; no en uno para personas sometidas a la legislación penal de adultos. De ser detenidos por la policía administrativa o judicial, esta destinará áreas exclusivas para los menores y deberá remitirlos cuanto antes a los centros especializados."

<sup>8</sup> BURGOS MATA, Alvaro, **La sanción alternativa en la jurisdicción penal juvenil en Costa Rica**, en <http://www.uaca.ac.cr/Acta/2005/Acta37/docs/10-Diag.%20Burgos.html>

V. **Principios del derecho penal juvenil relativos a la aplicación de la ley y la sanción**

A. **PRINCIPIO DE RACIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD**:

Se encuentra contenido en el artículo 25 de la LJPJ en el cual se señala: "Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido." Asimismo en la normativa internacional de derechos humanos lo encontramos en el artículo 5.1 de las Reglas de Beijing.

AMADOR BADILLA manifiesta que la proporcionalidad será el balance o equilibrio que deberá existir entre la gravedad de la acción delictiva cometida por el menor, y la medida cautelar o sanción –dentro de varias posibles que se pueda llegar a imponer, de acuerdo a la valoración motivada realizada por el operador jurídico para unir ambos extremos.

En relación con la importancia de la causa y la pena deben tomarse en cuenta la **idoneidad y necesidad** –como subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad-.

**El principio de necesidad** indica que, de acuerdo con la finalidad perseguida, entre las posibles medidas a imponer, deberá optarse por aquella que menos perjudique los derechos fundamentales del menor, siendo que la detención del menor de edad deberá ser considerada la última ratio.

**El principio de idoneidad** hace referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir, en su funcionamiento los fines que persiguen, es decir, la idoneidad de un acto será considerada en la medida en que se adecue a los fines propuestos, por lo que el fin vendría a justificar la medida.

El Tribunal Superior Penal Juvenil, ha destacado este principio en sus sentencias, en las cuales ha establecido los límites que se desprenden del principio de proporcionalidad, como es la **prohibición de exceso**, en donde la sanción debe ser proporcional a la importancia de la causa y a la pena esperada.

B. **PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES**:

Se encuentra contemplado en el artículo 26 de la LJPJ y en él se señala:

"No podrán imponerse, por ningún tipo de

circunstancia, sanciones indeterminadas. Lo anterior no excluye la posibilidad de que el menor de edad sea puesto en libertad antes de tiempo." En la normativa internacional se encuentra incorporado en el artículo 40.2.b.v de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este principio hace una referencia directa al derecho a la seguridad jurídica, que le asiste a toda persona, de conocer exactamente, cual es el tipo y extensión de la sanción que se le aplica. Excluyendo la posibilidad de que el juez pueda imponer sanciones en las que no se determine su duración o no se indique el tipo de sanción.

## CONCLUSIONES

Al concluir el presente estudio, podemos concluir que se ha nutrido la Ley de Justicia Penal Juvenil de los más importantes avances en el tema de los derechos de los menores de edad a nivel de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos y la doctrina. Evidencia además ésta una rigurosidad, integralidad y profesionalismo por parte de sus creadores, pues se siente que fueron cuidados casi todos los aspectos importantes en aras de procurar un muy buen instrumento normativo, que pudiera garantizar, por lo menos desde el punto de vista formal, los derechos y deberes de ese sector tan importante de la población, desarrollándose además un enfoque que considero acertado y adecuado de punición. Ahora bien, no podemos ser ilusos y pensar que ese solo instrumento indica e implica que la problemática de la justicia penal juvenil con ello está resuelta, pues alrededor del tema gravitan una serie de aspectos que tienen que ver con política criminal, pero que aún, hilando más delgado, tienen que ver con política económica y social del estado y de sus instituciones.

Los principios del derecho penal juvenil, reflejan los más auténticos baluartes que profesa la doctrina de la protección integral del menor de edad, mediante la cual se ha pretendido reafirmar la visión de la persona menor de edad en su condición de sujeto pleno de derechos, convirtiéndolo así en un ser responsable de sus actos, al cual le corresponden también obligaciones además de solamente ser destinatarios de únicamente derechos.

Se privilegia a través de estos principios el tratamiento que se le da al imputado menor de edad en términos de justicia penal por esa condición especial, ello en atención de lo potencialmente episódico y temporal de actuaciones, probablemente típicas de un menor grado de desarrollo y madurez, brindándole la sociedad en todo momento una oportunidad para que pueda enmendar su vida y optar por un futuro en provecho suyo personal, de su familia y de la sociedad también.

Es claro hoy día, el tratamiento que se trata al acusado menor de edad como un individuo completo, de ninguna manera considerándolo inadaptado, inútil o irreflexivo; sin embargo se le protege por su condición especial, pero también se le sanciona si incurre en conductas consideradas reprochables por el ordenamiento.

Todos esos principios estudiados y enunciados previamente, se encuentran en la base de la relación del poder punitivo del Estado con el menor de edad en conflicto con la ley penal, y pretenden establecer las pautas y los límites necesarios, de manera que ese modelo de justicia penal juvenil por el que se ha optado pueda prevalecer, todo ello teniendo como norte principal el interés superior de la persona menor de edad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

**AMADOR BADILLA, Gary**  
**La Detención Provisional en la Ley de Justicia Penal Juvenil.**

Editorial Jurídica Continental, Primera Edición, San José, Costa Rica, 2006

BURGOS MATA, Alvaro, Coordinador  
15 años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica: Lecciones Aprendidas  
2011

**TIFFER SOTOMAYOR, Carlos**  
**Ley de Justicia Penal Juvenil comentada y concordada con exposición de motivos del proyecto de ley**

Editorial Jurídica Continental, Tercera edición

### **ARTÍCULOS Y OTROS**

BURGOS MATA, Alvaro  
Los Derechos y Garantías Fundamentales Consagrados en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica  
Ivstitia. Año 20 Nº 238-239 octubre-noviembre  
2006

**BURGOS MATA, Alvaro**  
**Quince años de vigencia de la legislación penal juvenil en Costa Rica**  
**En el libro 15 años de Justicia Penal Juvenil en Costa Rica: Lecciones Aprendidas**  
**2011**

**BURGOS MATA, Alvaro**  
**La sanción alternativa en la jurisdicción penal juvenil en Costa Rica**, en <http://www.uaca.ac.cr/Acta/2005/Acta37/docs/10-Diag.%20Burgos.html>

**LLOBET RODRÍGUEZ, Javier**  
**Derechos humanos en la justicia penal juvenil**

Revista Espiga, Vol. 3, no. 5, p. 35-61

**LLOBET RODRÍGUEZ, Javier**  
**La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**  
**Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM**

**TIFFER SOTOMAYOR, Carlos**  
**De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal**  
**Mínimo/Garantista: Nueva Ley de Justicia**  
**Penal Juvenil**

**Justicia Juvenil Instrumentos Internacio-**  
**nales de Naciones Unidas y la Experiencia**  
**de Costa Rica**

**Elaborado por: Prof. Dr. Carlos Tiffer.** Con-  
sultor UNICEF

UNICEF- México

Octubre del 2000

Sumario para los Talleres en México

**TIFFER SOTOMAYOR, Carlos**  
**15 años de vigencia de la Ley de Justicia**  
**Penal Juvenil**

En el libro 15 años de Justicia Penal Juvenil en  
Costa Rica: Lecciones Aprendidas  
2011

#### **TESIS DE GRADO**

**RUIZ GARCÍA, Marina**  
**El principio de confidencialidad en el dere-**  
**cho penal juvenil frente al derecho de in-**  
**formación**

Tesis (licenciatura en derecho)--Universidad de  
Costa Rica. Sistema de Estudios de Posgrado,  
2001

#### **LEYES**

**Constitución Política de Costa Rica**

**Código Procesal Penal**

**Ley de Justicia Penal Juvenil**

**Código de la Niñez y la Adolescencia**

#### **INSTRUMENTOS JURÍDICOS** **INTERNACIONALES**

**Convención Americana de Derechos Huma-**  
**nos**

**Convención de los Derechos del Niño**

**Declaración Universal de Derechos Huma-**  
**nos**

**Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para**  
**la Administración de la Justicia de Menores**  
**de 1985, Reglas de Beijing.**

#### **JURISPRUDENCIA**

**Sala Constitucional, Voto 7182-94**

**Sala Constitucional en el Voto 1739-92**

**Tribunal de Casación Penal, Resolución nú-**  
**mero 407 de las quince horas veinte minu-**  
**tos del once de junio de mil novecientos no-**  
**venta y ocho**

**Tribunal Superior Penal Juvenil, Voto nú-**  
**mero 174-97, de las once horas con cua-**  
**renta y cinco minutos del diecisiete de no-**  
**viembre de mil novecientos noventa y siete**

#### **INTERNET**

[www.dnicostarica.org](http://www.dnicostarica.org), consultada el 8/09/2011

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), consultada el  
8/09/2011

## EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y EFICACIA Y SU EVOLUCIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL PÚBLICA

**MAP. Alejandro Calvo Castillo<sup>1</sup>**  
Especialista en Contratos Públicos

### Resumen

La materia contractual pública se nutre de una serie de principios que permiten dar cuerpo a la estructura que emana del ordenamiento jurídico de forma tal que el operador pueda aplicar la norma más allá de su literalidad, buscando siempre la satisfacción del interés público. La evolución que ha tenido el principio de eficiencia y eficacia, como rector en la materia, permite comprender el dimensionamiento del mismo y la importancia de su correcta aplicación en los distintos procedimientos concursales.

### Summary

Public contractual matters is fed by a series of principles for fleshing out the structure that emanates from the legal system so that the operator can apply the rule beyond its literal, always seeking the satisfaction of the public interest. The evolution that has taken the principle of efficiency and effectiveness, as rector in the art to understand the sizing of it and the importance of their correct application in various purchases proceedings.

### Palabras clave

Principio de Eficiencia y Eficacia, contratación administrativa, interés público, interpretación.

### Key words

Principle of efficiency and effectiveness, public contract, public interest, interpretation

### I. Introducción

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define al término «principio» como el "primer instante de ser de algo" o como el

<sup>1</sup> Alejandro Calvo Castillo, Abogado especialista en Contratación Administrativa. Magister en Administración Pública con énfasis en contratos públicos de la Universidad de Costa Rica. Profesor del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica en contratos públicos. Coordinador de la Comisión de Contratación Administrativa del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

"Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa".

En Derecho es el criterio de partida acerca de la conducta esperada de todas las personas en determinada situación con el fin de mantener la convivencia social y revisten tal importancia que en nuestro ordenamiento jurídico se incorporan al Derecho Administrativo como una fuente no escrita

En materia contractual pública tiene una especial relevancia por cuanto se convierte en principio orientador para poder valorar las actuaciones de las partes con la finalidad de que en todo procedimiento se tenga la mayor cantidad de ofertas posibles para seleccionar la que mejor convenga al interés público.

De ahí la importancia de conocer el espíritu de la norma ya que aún quedan muchos resabios del procedimiento formalista que regía antes de la promulgación de la LCA provocando que en algunas resoluciones administrativas no se aplique en forma correcta el norte buscado por el legislador con la consecuente violación al principio dicho.

### II. Antecedentes de interés a la Ley de Contratación Administrativa (LCA) relacionados con el Principio de Eficiencia y Eficacia.

Anterior a la promulgación de la ley número 7494 del 02 de mayo de 1995 denominada "Ley de Contratación Administrativa" el Sector Público utilizaba el procedimiento estipulado en la Ley de Administración Financiera de la República<sup>2</sup>. Norma que después de cuatro décadas se hacía poco operativa para el contexto de la realidad nacional y obligó al legislador a revisar y remozar con una nueva ley.

Lo anterior se evidencia al leer la exposición de motivos del Dictamen Unánime Afirmativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa en relación al Proyecto de la "Ley de Contratación Administrativa" que se estudiaba en ese momento al señalar que:

<sup>2</sup> Ley número 1279 del 02 de mayo de 1951.

"El presente Proyecto parte de la necesidad de elaborar un instrumento normativo marco que brinde soluciones a los múltiples problemas que aquejan la actividad de contratación administrativa. **Estos problemas, que se han intensificado en los últimos años, consisten en la vigencia de un modelo de contratación excesivamente rígido y formalista que ha conducido a un entramamiento significativo de los procedimientos de adquisiciones, lo cual no solo ha redundado en la incapacidad de la Administración de dar respuesta en una forma eficiente a las múltiples necesidades que debe satisfacer, sino a que en múltiples ocasiones no se realice la escogencia más favorable para el interés público, es decir, no siempre se adquiere el mejor producto al mejor precio, lo cual resulta inaceptable dentro de un contexto de manejo de recursos limitados.**

La propuesta sustituye entonces el vigente modelo recogido en la Ley de la Administración Financiera, y pretende regular en forma integral la actividad administrativa de contratación, a la luz de criterios de racionalización y eficiencia.

(...)

se destaca, como una reacción a la tendencia actual, el principio de eficiencia como objetivo de los procedimientos de contratación. Esto significará que la Administración desplegará toda su actividad orientada a buscar la mejor alternativa para el interés público, **dejando en un segundo plano el cumplimiento de requisitos formales.**" (El resaltado no es del original)

El proyecto propone, así las cosas, una norma menos formalista y más flexible, donde si bien se debe procurar un marco de legalidad ello no debe ser óbice o constituirse en un inconveniente para la debida satisfacción del interés público, razón que da sustento al nacimiento del mismo Estado. Los procedimientos se constituyen en meros medios para alcanzar los fines públicos de manera oportuna y no debe el operador jurídico ampararse en la forma por la forma misma. No significa lo anterior que debe dejar de existir una relación dialéctica del fondo y de la forma pero

no debe perderse de vista que los cometidos del Estado no pueden vaciarse de contenido.

Al poco tiempo de su promulgación se presenta una acción de inconstitucionalidad que se resuelve tres años más tarde, dictando la Sala Constitucional una resolución que marca un hito en la materia de compras públicas por cuanto unifica resoluciones anteriores e interpreta que los principios que regulan la materia son de rango constitucional señalando que con: "*fundamento en las anteriores consideraciones resulta evidente, a juicio de esta Sala, que los principios derivados del artículo 182 de la Constitución Política, y como tales, de rango constitucional, han sido amplia y repetidamente confirmados por su propia jurisprudencia.*"<sup>3</sup>

A partir de ese momento, debe el operador jurídico comprender el dimensionamiento sobre los principios que no sólo el constituyente dispuso sino que la Sala Constitucional consideró de importanciareiterar de manera expresa con tal de asegurar la prosecución de la satisfacción del interés general.

La LCA contuvo desde su promulgación como uno de sus principios al de Eficiencia al señalar que:

*"Principio de eficiencia. Los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.*

*En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Los defectos subsanables o insustanciales no descalificarán la oferta que los contenga.*

*Las regulaciones procedimentales deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores."*<sup>4</sup>

3 Sala Constitucional. Voto 998-1998 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

4 Ley Nº 7494. Ley de Contratación Administrativa del 02 de mayo de 1995. Artículo 4.

Si bien ya esa redacción constituyó un adelanto el artículo sufrió una reforma a partir del 2007 en consonancia con lo resuelto por la Sala Constitucional a finales del 2004 donde le recuerda, en este caso, a la Contraloría General de la República, el fin que persigue la ley de marras de forma que los procedimientos que contempla el instrumento legal no se pueden convertir en un fin en sí mismo.

Allí la Sala, hizo un llamado de atención al órgano contralor que se extendió a todo el Sector Público por cuanto les recordó que son organizaciones colectivas de carácter y vocación servicial cuya finalidad es atender de modo eficiente y eficaz las necesidades y requerimientos de la comunidad, con el fin de alcanzar el bienestar general.

Es así como la Sala señala que:

*"todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad."*<sup>5</sup>

Sobre la base de esta resolución es que el legislador se basa para reformar la redacción del artículo 4 de la LCA ampliando ese concepto y agregando un nuevo elemento: La eficacia.

Lo anterior se comprueba con la lectura del expediente base de la reforma efectuada a la ley de cita mediante ley número 8511 del 16 de mayo del 2006 en donde se expresa que:

*"En términos generales, tanto la legislación como la jurisprudencia han abordado el tema de los procedimientos de concurso desde una óptica especialmente*

*orientada a la tutela de los derechos de los potenciales oferentes, sin una consideración especial a la obligación que tiene la Administración de satisfacer de manera eficiente y eficaz las necesidades de la comunidad. Los procedimientos se convierten en fines en sí mismos y se pierde de vista que la actividad contractual es un medio para permitir satisfacer las necesidades públicas.*  
(...)

*Se reforma el artículo 4 para diferenciar los principios de eficacia y eficiencia, al tiempo que se establecen la satisfacción del interés público, a partir de la maximización de los recursos disponibles, como parámetros para la interpretación de las disposiciones contenidas en la Ley."*<sup>6</sup> (El resaltado no es del original)

Se une entonces a la redacción original del artículo cuatro otro elemento, la eficacia, ya que no solo basta con alcanzar el cumplimiento del fin sino que debe de hacerse de la forma más eficiente posible, es decir, optimizando los escasos recursos públicos con que se cuenta.

### III. Normas relacionadas a la satisfacción del interés público aplicando el Principio de Eficiencia y Eficacia.

Una correcta interpretación jurídica exige de su operador considerar el ordenamiento jurídico existente al momento de realizar un ejercicio de hermenéutica jurídica o integrador de las normas.

\* En Contratación Administrativa, bajo la inteligencia aquí desarrollada, cabe destacar que nuestra Constitución Política es el pilar fundamental y allí se encuentran contempladas normas que hacen una expresa alusión a los deberes estatales.

"A nuestro juicio, los principios de eficacia y eficiencia se encuentran contenidos explícitamente en nuestra Constitución Política cuando el constituyente se refiere a conceptos claves como el de "buena marca del gobierno" (artículo

<sup>5</sup> Sala Constitucional. Voto Nº 14421 las once horas del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro.

<sup>6</sup> Expediente Nº 15583. Reforma a la Ley de Contratación Administrativa. Asamblea Legislativa.

lo 139, inciso 4). "buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas" (artículo 140, inciso 8) e, incluso expresamente "eficiencia de la administración" (artículo 191)..."<sup>7</sup>

Por su parte la Ley General de la Administración Pública en sus artículos 4,6, 7, 10 y 16 desarrollan los principios fundamentales del servicio público, la jerarquía de normas y su uso a la hora de la interpretación e integración atendiendo el interés público y la prohibición de dictar actos contrarios a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

La Ley General de Control Interno, bajo el mismo contexto en su ordinal 8 refiere el deber de garantizar eficiencia y eficacia en las operaciones y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico.

Es ese el mismo sentido la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece en el Artículo 3 el deber de probidad del funcionario público que debe orientar su gestión a la satisfacción del interés público.

Es la misma suerte que siguen la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos cuando en su Artículo 5 establece que la administración de los recursos financieros del sector público y su orientación debe dirigirse a la satisfacción de los intereses generales atendiendo a los principios de economía, eficiencia y eficacia.

Por último, la LCA desarrolla en su artículo 4 el principio de eficiencia y eficacia ordenando al operador la interpretación orientada a la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Agregando que en todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma y que los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga para finalmente indicar que en caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

#### IV. Ejemplos prácticos de aplicación

Hay un sin número de ejemplos prácticos que se pueden señalar de como se aplica este principio a la materia contractual pública, sin embargo por la importancia del tema me referiré a dos en concreto.

El artículo 82 del Reglamento a la LCA señala que si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente por parte del oferente, la Administración, procederá a su descalificación. El plazo de atención se fija en el artículo 80 del mismo reglamento y el máximo es de 5 días. No obstante lo anterior, por situaciones particulares de cada concurso podía suceder que un oferente no cumpliera en tiempo el plazo y debía excluirse la oferta que se vislumbraba como la más conveniente para la satisfacción del interés público. Ante tal situación la Contraloría General de La República interpreta el artículo de cita y señala que:

*"que si bien es cierto el oferente debe cumplir y sujetarse al tiempo que se le concede para subsanar, lo cierto es que si la información se presenta en destiempo pero de forma oportuna, entendido "oportuna" como antes de haberse realizado estudios esenciales para determinar la recomendación y posterior adjudicación, puede entonces -según se valore para cada caso en particular-, que la remisión se considere oportuna y que por ende no se amerita la respectiva descalificación de la oferta."*<sup>8</sup>

Una de modalidades contractuales que se incorporan al RLCA es la entrega según demanda desarrollándose en el artículo 154 b), sin embargo dicha modalidad al tratarse de una contratación de cuantía inestimable debe hacerse por disposición reglamentaria bajo el procedimiento de Licitación Pública.

La modalidad contractual conlleva una serie de beneficios a la Administraciones que la utilizan como ahorro de espacio en bodegas, productos con garantías funcionales mayores al momento de su utilización, recibo del producto o servicio en el momento oportuno entre otros más. Sin embargo las Administraciones que de-

<sup>7</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas. Constitución y Justicia Constitucional. Poder Judicial. 2009.133-144 pp.

<sup>8</sup> Contraloría General de la República. R-DCA-075-2008 del 29 de febrero del 2008.

seaban realizar esta modalidad en procedimientos menos rigurosos como la Licitación Abreviada no podían hacerlo por cuanto no había norma que lo habilitará.

Es así como nuevamente el órgano contralor en aplicación al principio rector señala que:

*"Bajo esta línea de ideas, es importante considerar que en el marco de la contratación administrativa, **la satisfacción del interés público es el norte que toda Administración Pública debe tener, respetando el principio de legalidad pero haciendo una aplicación armónica del ordenamiento jurídico.** De allí que a pesar de que la forma es importante, también debe dársele el peso necesario al fin que se pretende.*

*Véase, que mediante el procedimiento de licitación abreviada, en una contratación bajo la modalidad de entrega según demanda, se está garantizando la libre participación e igualdad, principios básico de contratación administrativa. Pero sobre todo, se hace énfasis, en que el fin o la necesidad de la Administración también se verá satisfecho."*<sup>9</sup>

## V. Certificación del estar al día con la Seguridad Social

Sobre el tema en particular se había realizado una errónea interpretación del momento de estar al día con la Seguridad Social, sea con la Caja Costarricense de Seguro Social o con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares.

Lo anterior obedece a que el RLCA establece en su artículo 65 que:

*"Toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel. (...) c) Certificación de que el oferente se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro*

*Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por ésta, vigente al momento de la apertura de las ofertas."*

Ese momento procedimental, pareciera surge de la resolución de un Recurso de Apelación donde la Contraloría General de la República en el 2006 resuelve el tema expresando que:

*"En este sentido, la norma legal es clara en indicar que el requisito debe cumplirse para efectos de participar y esto debe cumplirse no en cualquier etapa del procedimiento sino en un momento cierto, como es la apertura de ofertas. Es en ese momento en el que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas, jurídicas o económicas; de tal suerte que no pueden ser susceptibles de modificación, por lo que el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento también debe tenerlo el oferente al momento de someter su plica a conocimiento de la Administración. Un requisito sustancial como este, no puede dejarse librado a la voluntad del contratista, para que con posterioridad y en "algún momento" de la contratación decida cumplirlo; pues bien podría llegarse al absurdo de que la Administración llegara a adjudicar a una oferta y que no se encuentra al día con las cuotas, con el consecuente incumplimiento del deber constitucional, aunque se trate de una oferta de excesivas bondades técnicas y económicas."*<sup>10</sup>

Sin embargo, en reciente resolución la Contraloría General de la República reconsidera la posición que había venido sosteniendo fundamentando su accionar en uno de los principios rectores de la materia contractual pública señalando que:

*"...para este órgano contralor la lectura y aplicación de las normas vinculadas tangencialmente con la contratación administrativa, debe efectuarse desde la óptica de los principios informantes de la*

<sup>9</sup> Contraloría General de la República. Oficio Nº 2381 del 11 de marzo del 2010 (R-DCA-0947-2010)

<sup>10</sup> Contraloría General de la República. R-DCA-425-2006 del 22 de agosto del 2006.

materia, de modo que un requisito solicitado por el legislador no se convierta en un escollo formal que dé al traste con los procesos de compra y en última instancia afecte la debida satisfacción del interés público. Esa lectura de las normas tiene como norte el principio de eficiencia, conforme al cual se debe estar al contenido sobre la forma y al cumplimiento del fin último de la norma (...)

Ahora bien, el proceso de estudio y selección debe estar permeado del principio de eficiencia, con base en el cual podría darse un supuesto en el que efectivamente se verifique que una empresa tiene una deuda con cualesquiera de esos regímenes, de la CCSS o de Fodesaf, de manera que para habilitar el mayor elenco de ofertas elegibles, por cumplimiento de los aspectos sustantivos de la contratación, debe permitirse ya sea que la propia empresa la que concurra a "auto-subsanar" la situación de morosidad y aporte documentación donde compruebe que se encuentra al día en el pago de obligaciones con la CCSS o con FODESAF, o bien, sea la propia entidad la que gire una prevención, para que aporte la correspondiente prueba de que se encuentra al día con esos regímenes. Dicha prevención sería tramitada al amparo de la normativa ordinaria que regula el giro de prevenciones, con las consecuencias que su no atención oportuna provoca. Así, desde la óptica de los principios de contratación el verbo infinito "participar" en cualquier procedimiento de contratación administrativa que contiene tanto el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS como el artículo 22, de la Ley 8783, debe entenderse en relación con quién aspira a ser contratista de la entidad, de forma que ante una condición de morosidad, el interesado bien podrá subsanar su situación, conforme a lo previsto en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el pago de sus obligaciones y de esa forma, las empresas podrán mantenerse como potenciales oferentes de bienes y servicios."<sup>11</sup>

El tema se había tergiversado y la defensa de uno de los mayores logros de la sociedad costarricense se había mal entendido como la exclusión de las ofertas que se encontraban morosas con la seguridad social sin importar si estas eran las ofertas más convenientes desde el punto de vista técnico y económico, aspectos que precisamente son los que señala el artículo 4 de la Ley de contratación administrativa se debe buscar en la oferta seleccionada.

Si bien es cierto se trata de la única resolución que existe al día de hoy, es importante hacer notar que la misma se encuentra en consonancia con la línea de pensamiento con que el legislador promulgó y realizó modificaciones en distintos momentos a la Ley de Contratación Administrativa, es decir una interpretación "a fin de alcanzar de manera directa la realización de los cometidos estatales, de los fines y necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran"<sup>12</sup>

No se discute aquí la obligación de estar al día con la seguridad social por cuanto es claro para la Sala Constitucional, la Contraloría General de la República y demás sectores que la seguridad social es un logro que debe mantenerse, cuidarse y prolongarse a lo largo del tiempo como un triunfo del costarricense y parte de nuestra herencia a las futuras generaciones y para efectos de todo acto de adjudicación se debe estar al día con la seguridad social permitiendo la subsanación antes del dictado del acto final sin que eso signifique retardar el dictado del mismo en espera de que el potencial adjudicatario cumpla con su obligación.

Se evidencia aquí la evolución y buen tino que ha tenido el órgano fiscalizador al cambiar un criterio que venía contrariando el principio rector en la materia y guarda armonía con el ordenamiento jurídico como tal, es decir, integrando las norma escritas, no escritas y del orden jerárquico de las mismas y es que "Interpretar el Derecho, en cualquiera de sus acepciones posibles, sin acudir a sus principios generales, sería como rebajar las normas jurídicas al más simple nivel del lenguaje, tiranizándolas antes que liberalizándolas..."<sup>13</sup>

11 Contraloría General de la República. R-DCA-393-2012 del 30 de julio del 2012.

12 Mora Espinoza, Álvaro Enrique. El Deber de Hacer de la Administración: supuestos de inactividad material y su tratamiento jurisdiccional, 1ª ed. San José, CR. IJSA.2009.

13 Piza Escalante, Rodolfo E. Principios constitucionales. 1ª ed. San José, CR. IJSA. 2008.

## VI. Conclusión

La materia contractual pública ha tenido una evolución positiva que se refleja en las reformas que ha sufrido la LCA y su reglamento teniendo como base lo señalado por la Sala Constitucional en sus votos 998-1998 y 14421-2004.

Es así, como la eficiencia y eficacia, se convierte en principio rector de la materia y adquiere mayor fuerza e importancia en momentos donde los recursos públicos son escasos, de ahí que, la correcta interpretación que se haga de las distintas actuaciones de las partes durante los procedimientos concursales, resulta de vital importancia para poder adquirir los bienes, servicios y obras que requiere el Estado para atender las necesidades públicas.

Llevar el tema de la aplicación de una idea abstracta a la materialización de actos administrativos conlleva aspectos de interpretación, integración del ordenamiento jurídico, aplicación de la jerarquía de norma y la eventual desaplicación de normas de inferior rango en aras de poder aplicar el instituto de la subsanación de ofertas en una correcta aplicación del Principio de Eficiencia y Eficacia.

Lo anterior conlleva una enseñanza que se debe dirigir a todos los actores involucrados en la compras públicas, sean Auditorías, Asesores legales, Proveedores, analistas, administradores y contratistas, tarea que ha aceptado la Comisión de Contratación Administrativa del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica para mejorar la gestión de compras públicas.

## LA ADMINISTRACION DE CONDOMINIOS EN COSTA RICA

**Dra. Roxana Sánchez Boza<sup>1</sup>**

### Resumen

En este ensayo se transmite la problemática de la administración de condominios, a partir de la consideración de la especialidad del tipo de propiedad, con límites y limitaciones particulares dados por la ley promulgada al efecto. Con la unión del conocimiento de la legislación y la experiencia adquirida en el estudio y asesoría cotidiana se ofrecen diferentes soluciones a la vida práctica de los condominios. Hay pocos fallos relacionados con el tema que no llega a formar jurisprudencia, salvo los votos de las Salas de Casación y la Sala Constitucional, pues la mora de los tribunales impide la búsqueda de soluciones judiciales.

### Abstract

This essay conveys the issue of management of condominiums, from consideration of the speciality of the type of property, with specific limits and constraints given by the law enacted for that purpose. With the union of legislative knowledge and experience gained in the study and daily advice offered different solutions to the practical life of the condos. There are few faults with the item does not become law unless the votes of the Cassation and the Constitutional Court, because the delay prevents the courts seeking judicial remedies.

### Palabras clave

Propiedad en condominio, tipología, órganos de administración, poderes y deberes de la administración, procesos de impugnación.

### Key Words

Condominium property type, administrative, powers, duties of administration, dispute processes.

### 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y UBICACIÓN DE LA PROPIEDAD EN CONDOMINIO:

En Costa Rica siempre hemos tenido la propiedad dividida en derechos, o sea varias personas tienen una parte en una finca, conocida como COPROPIEDAD, donde todos tienen iguales derechos de disfrute, no así en la venta o hipoteca de toda la propiedad, porque los copropietarios deben solicitar autorización a los otros condueños.

Ese tipo de propiedad es importante conocerla porque en el momento que surge la PROPIEDAD HORIZONTAL o PROPIEDAD POR PISOS, inicialmente en los países europeos.

Un grupo importante de bienes integrados a ese tipo de propiedad, denominados COSAS COMUNES, tienen un régimen jurídico asignado de acuerdo con los derechos y deberes que surgen de la copropiedad.

Es así, que en la propiedad horizontal, conocida actualmente en nuestro país como propiedad en condominio, encontramos tanto derechos de propiedad individuales, que son aquellos denominados como **fincas filiales o propiedad privativa** y otros en copropiedad conocidos como **bienes comunes**. En cada uno de estos derechos, los propietarios de las fincas filiales que participan en un condominio tienen derechos de propiedad diferentes. Eso sí, ningún propietario de una finca filial puede disponer: vender o hipotecar, sin la proporción correspondiente a los bienes comunes, pues estos están adheridos permanentemente a las fincas filiales.

### 2. LA LEY REGULADORA DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COSTARRICENSE.

Para entender el comportamiento de la propiedad en condominio es necesario conocer a fondo la ley N. 7933 y su reglamento, a esto debemos unir una gran cantidad de leyes y decretos existentes en el conjunto normativo costarricense. Veamos algunos ejemplos:

<sup>1</sup> Catedrática de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Latina de Costa Rica. Abogada y Notaria Pública, profesora universitaria en cursos de Propiedad, Contratación privada, en Maestrías y Especialidades de Derecho Notarial y Registral, especialista en Derecho Cooperativo, Condominios y Género, Master en Sociología. Notaria distinguida 2011. COMENTARIOS a metanoia500@yahoo.es

**a-DERECHO CIVIL:** este derecho se encuentra básicamente en el Código Civil, dentro del cual está el derecho de propiedad que comprende otros derechos conocidos como **derechos reales en cosa ajena**, entre ellos, las servidumbres, usufructos, hipotecas, prendas. También dentro del Código Civil, está todo lo relacionado con contratos y las obligaciones que derivan de su existencia; es la fuente de interpretación de las obligaciones y responsabilidad del administrador de un condominio tanto respecto de éste como de terceras personas relacionadas con el conjunto habitacional, turístico o comercial, entre otros tantos destinos que puede tener un condominio.

**b-DERECHO MUNICIPAL Y AFINES:** desde el nacimiento o afectación de una propiedad al régimen condominial, el desarrollador debe tomar en cuenta la gran cantidad de leyes relacionadas con el uso del suelo, también de acuerdo con el lugar y tipo de de condominio a desarrollar. Básicamente es de importancia la Ley de planificación urbana, los planes reguladores, la Ley de construcciones y la lista de normas especiales de tipo ambiental y relacionado con los límites que se imponen al tipo de condominio y las construcciones que se levantarán es interminable y se debe tener en cuenta su existencia para cada caso concreto.

**c-DERECHO LABORAL:** si bien el contrato con el administrador está ubicado en el Derecho Civil como un contrato de mandato, la contratación de los subalternos del mismo y de todos aquellos terceros que entran en relación con el condominio, sean personas físicas o empresas, tienen relación con el derecho laboral. En el caso de contratación con empresas un aspecto importante es el desplazamiento de la responsabilidad laboral a éstas, en el tanto que son las contratantes directas con sus trabajadores.

**d- DERECHO COMERCIAL:** en los condominios dedicados al comercio, encontramos que rige el Código de Comercio y leyes afines, como aspectos tan interesantes relacionados con la competencia en cuanto al tipo de locales y su destino en un conjunto condominial dedicado al comercio. O bien, aspectos especiales relacionados con un especial tipo de legislación, como es en el caso de condohoteles o bien, en condominios en zonas francas.

**e-DERECHO PENAL:** si hablamos de Derecho de Propiedad, indudablemente que se pueden dar una serie de conductas que afectan

la misma. Tales comportamientos pueden provenir desde el interior del condominio, como los casos en que algún condominio se apropia de parte de una finca filial por extensión de uno de sus linderos; o bien, de un tercero. Las propiedades también pueden sufrir daños y los bienes muebles pueden ser robados, como el caso de equipo de seguridad bajo la custodia de los guardas del condominio, de jardinería, de atención al **área** de recreo, en caso de piscinas o canchas de juegos, por mencionar algunas posibilidades.

Sin dejar de lado que la relación entre condóminos pueden dar lugar a ofensas al honor de las personas físicas, sobre todo en el desarrollo de las asambleas de propietarios, o en la vida cotidiana si existen personas propietarias de fincas filiales o habitantes que han llegado al condominio, por razones de alquiler o posesión de algún tipo, que no compaginan con el resto de miembros del condominio y agreden guardas, personal doméstico, visitantes y a los mismos habitantes o dueños de la propiedad privativa del condominio.

### 3. LA AMPLIACION DEL OBJETO DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO.

La LEY REGULADORA DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO y en forma especial en su reglamento, nos ofrece una amplia gama de posibles bienes donde puede recaer este tipo especial de propiedad. Cuando nos referimos a bienes estamos poniendo nuestra atención en los objetos en los cuales recaerá la propiedad en condominio. Nos interesa llamar la atención a algunos objetos novedosos, que pasamos a enunciar sin agotar su número, en el tanto que nuestro sistema jurídico permite la creación de nuevos tipos de condominios, más allá de lo que establezca la legislación vigente:

- **CONDOMINIOS DE GARAGE**
- **CONDOMINIOS EN ZONA MARÍTIMO TERRESTRE**
- **CONDOMINIOS DE FINCAS FILIALES: SUBCONDOMINIOS**
- **COMPLEJOS HABITACIONALES denominado CONJUNTO**
- **CONDOHOTEL.**
- **CONDOMINIO COMBINADO**
- **CONDOMINIOS EN LOTES**
- **CONJUNTOS**

#### 4. ALCANCES DE ALGUNOS TIPOS DE CONDOMINIO.

Según la definición del artículo primero del Reglamento mencionado, se encuentran nueve tipos de condominio, además de los comunes o sea el vertical-originario en nuestro país-, el horizontal y el mixto.

El tipo básico de condominio es el inmueble susceptible de aprovechamiento independiente por parte de distintos propietarios, con elementos comunes de carácter indivisible.

Mientras que el CONDOMINIO COMBINADO, es un proyecto donde se combinan diferentes **USOS Y TIPOS DE EDIFICACIONES**<sup>2</sup>, deben ser compatibles entre sí y deben ajustarse a la normativa que regula la zona donde se localicen.

En el caso CONDOMINIO DE CONDOMINIOS encontramos que las fincas filiales conforman, a partir de la subdivisión de una finca filial, una finca submatriz. Cuando se da esa subdivisión nos encontramos ante un SUBCONDOMINIO.

Cabe llamar la atención en cuanto la funcionalidad y economía que ofrece el denominado **conjunto**, el cual es un desarrollo inmobiliario conformado por varios edificios levantados sobre uno o varios lotes, que comparten áreas y servicios de uso y utilidad general, como las vías internas, los estacionamientos, las zonas verdes, los muros de cerramiento, y otras áreas. Puede conformarse también por varias edificaciones de vivienda, comercio o industria, estructuralmente independientes

La nueva normativa ha introducido los condominios en zona marítimo terrestre, cuyo objeto es el mismo contrato de concesión, el cual debe estar inscrito en el **REGISTRO DE CONCESIONES DEL REGISTRO NACIONAL** y está limitado a las cláusulas especiales plasmadas en el contrato, una de las cuales es de suma importancia y se refiere al plazo de la concesión, lo cual limita el tiempo por el cual se puede mantener el derecho de condominio en zona marítimo terrestre.

CONDOMINIOS EN LOTES: tales condominios corresponden a aquellos donde las fincas filiales son predios horizontales, y pueden ser destinados a uso agrícola, industrial, pecuario, turístico, comercial, habitacional, de recreo y/o cualquier otro propósito lícito. La prestación de servicios o

para construir edificaciones también es un destino permitido en este tipo de condominios. En los condominios horizontales de lotes cada finca filial será denominada finca filial primaria individualizada (FFPI). -Art. 1 del Reglamento-

Terminamos la enunciación descriptiva de los nuevos objetos sobre los que recae la afectación a condominio, con el CONDOHOTEL cuyofines esencialmente la explotación hotelera, garantizada mediante un contrato de administración con una empresa operadora hotelera que asume las funciones correspondientes a los administradores según la Ley y las que se derivan del carácter hotelero de la operación.

#### 5. LIMITES DEL DESARROLLO DE LOS CONDOMINIOS SEGÚN LA LEGISLACION URBANA.

Podemos hacer algunas referencias a la gran cantidad de normas que enmarcan el desarrollo de la propiedad en condominio en zonas urbanas. Desde un punto de vista constitucional partimos del artículo 169 de la Constitución Política, relacionado con el artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana, donde se establece la competencia de las municipalidades de planificar y controlar el desarrollo urbano dentro de los límites de sus jurisdicciones. Para llevar a cabo tal objetivo pueden dictar planes reguladores en los que podrán **planificar el uso de la tierra**.

El Plan Regulador de cada municipio y el Reglamento de Zonificación, son actos administrativos de carácter general, que para ser eficaces deben ser publicados íntegramente. Así lo ha reconocido la Sala Constitucional en su abundante jurisprudencia, al considerar que las limitaciones a la propiedad contenidas por estos actos normativos no pueden afectar los derechos de los administrados si no se ha cumplido el requisito de publicidad. Sugerimos la consulta del voto de la Sala Constitucional N° 2000-06653.

El artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana reconoce la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional, y el artículo 13 inciso g) del Código Municipal señala que son atribuciones del Concejo dictar las medidas de ordenamiento urbano.

<sup>2</sup> El aspecto del USO en la propiedad nos refiere a uno de sus atributos que es el USO Y DISFRUTE, aquí no se vende o hipoteca, únicamente se disfruta.

## 6. RELACIONES DE VECINDAD DENTRO DEL CONDOMINIO.

En el tema de la propiedad urbana encontramos una serie de normas cuya tendencia es mantener el orden y la armonía de la convivencia social. Normas de vieja data, pues en todas los sistemas jurídicos se promulgado leyes dirigidas a fijar los alcances y límites del ejercicio del Derecho de Propiedad.

Dentro de las relaciones de vecindad se pueden ubicar diferentes conductas que violan o perturban el ejercicio del derecho de propiedad del vecino. Por esa razón, existen diferentes leyes, a partir del Código Civil se establecen y continuamos con la letra de la Ley de Planificación Urbana, la cual se complementa con la Ley de construcciones, Reglamentos de zonificación, de construcciones, de rótulos, de propaganda y así se extiende una amplia gama de disposiciones legales con las cuales se busca mantener la armonía y paz social.

En la propiedad urbana, por razón del poco espacio o a veces por comodidad del vecino, se encuentran construcciones realizadas en contra de la Ley como CONSTRUCCIONES CONTRA LEGEM-, como es el caso en las paredes medianeras o divisorias, en las cuales es prohibida la apertura de huecos, ventanas, puertas en muros o paredes, o bien el uso abusivo de pegas o clavos destructores

O bien, en contra de lo establecido en la escritura de afectación de la propiedad en condominio, se dan casos de modificación del destino de las fincas filiales, sin seguir los procedimientos establecidos en la Ley especial, artículo 27- Se dan casos de extensión del jardín a través de la apropiación privada e indebida de zonas de jardín que corresponden a zonas comunes, o bien si en el reglamento se ha establecido un procedimientos para variar la fachada de las fincas filiales, que no se cumpla con éste.

Otros aspectos en que pueden surgir conflictos entre vecinos se refieren a la posibilidad de sobreelevación o excavación en una finca filial, lo cual se rige por el artículo 27 inciso b de la ley de marras. Al respecto es importante tomar en cuenta, que tal hipótesis se puede dar únicamente en el caso de condóminos verticales, en los cuales hay construido un edificio, y que podría dar como resultado la variación de la proporcionalidad de las fincas filiales y por lo tanto de la distribución de espacio en el resto de filia-

les construidas hacia arriba.

De cuidado es cuando se sobre eleva, en el tanto que podría implicar una mayor exigencia en los muros, y acelerar su envejecimiento. Por ello, se recomienda que el acuerdo de sobre elevar o excavar contenga un texto preciso sobre el beneficio individual de cada finca filial o el beneficio común al condominio, considerando aspectos como superficie, tipo de materiales a usar, duración del contrato de construcción y aspectos legales.

Las normas de convivencia y armonía también tienen que cumplirse con personas ajenas al condominio-llamados terceros civiles en el tanto que no participaron en el contrato de adquisición de la finca filial, en ese sentido el condominio responde en forma unitaria, como un todo, de posibles daños sufridos por algún vecino o transeúnte que haya recibido algún daño por razón de la actividad desarrollada en el condominio.

Tanto en cuanto a la violación de normas de convivencia o de los daños ocasionados por el condominio o los condóminos, existe una responsabilidad civil que debe ser indemnizada de acuerdo con la sentencia dictada al respecto.

Los terceros civiles como el caso de inquilinos o personas que han suscrito un contrato de comodato-préstamo gratuito- podrían dañar algún bien del condominio o de finca filial y tendría que pagar la indemnización correspondiente.

## 7. DEL REGLAMENTO DEL CONDOMINIO.

El reglamento del condominio debe acompañar a la escritura de afectación de propiedad en condominio. Tiene la función de normar erga omnes, o sea contra se puede ejercer contra cualquier persona que viole la normativa del mismo. Es un contrato de adhesión que toma mayor fuerza cuando debe ser transferida una filial y es necesario que el adquirente acepte el conocimiento del Reglamento del condominio, pues si lo rechaza no podrá convivir o ejercer su actividad comercial en el condominio correspondiente. Sus normas son irrenunciables por parte de los condóminos y algunos prevén por parte de cualquier habitante del mismo.

El reglamento se caracteriza por ser una normativa creada para regular las relaciones de los condóminos, quienes generalmente no participaron de proceso de redacción del mismo, pero que tienen que aceptarlo. La mayoría de las ve-

ces y una vez terminado el proyecto de condominio, es el desarrollador del proyecto, quien crea esa normativa para regir en el futuro.

La fuente del valor y fuerza del Reglamento proviene de la ley especial, sus efectos son a favor o contra todos los propietarios del condominio y de aquellas personas que ingresen al conjunto condominial, como es el caso de inquilinos, trabajadores o bien, personas amigas o parientes del algún propietario.

Es importante apuntar que la Ley reguladora de propiedad en condominio no establece discriminaciones en cuanto a la forma de su cumplimiento. Esta ley contiene normas que regulan el reglamento del condominio, las cuales no son a favor o en contra de un grupo de propietarios, sino que se aplican a todos(as). En Costa Rica se puede modificar solamente por unanimidad, según artículo 27 inciso a de ley de marras.

La falta o violación del contenido puede ser denunciado y de exigido cumplimiento por cualquiera de los propietarios(as). En la ley existe un procedimiento en el artículo 23 donde se dan los pasos a seguir para sancionar a los propietarios que no cumplan con las normas de convivencia, de respeto a la propiedad privada y el régimen especial de interacción establecido en este tipo particular de propiedad.

Cabe indicar que son varios pasos para llegar a la sanción, y el primero es que la ASAMBLEA DE PROPIETARIOS (AS) debe conocer y decidir, aplicando el debido proceso- que implica comunicación oportuna y defensa del supuesto infractor de la normativa condominial- y luego tomar el acuerdo según indica el artículo 27 inciso c) de la Ley, por mayoría simple según definición de la misma en el Reglamento, sea la mitad más uno de los votos correspondiente al valor del condominio.-artículo 1 inciso 27-

## 8. VALOR Y EFECTOS LEGALES DEL REGLAMENTO DE CONDOMINIO.

Según sea el caso, nos podemos encontrar frente reglamentos cerrados o abiertos, esto se refiere a la posibilidad de no regular todo, como sería en un reglamento cerrado. En el caso de apertura, se dejaría en manos de la Asamblea de propietarios todas aquellas decisiones que la ley no exija que queden definidas exacta y precisamente en el Reglamento, con lo cual se ahorra los problemas que presenta la modificación del

Reglamento, que es casi una utopía porque se exige la unanimidad de todos los propietarios.<sup>3</sup> Por supuesto, que los reglamentos machoterros o basados en modelos, sin mucho análisis del notario, son los que calzan entre los clasificados como cerrados.

Frente a una normativa abierta, reglamentos abiertos, consideramos importante establecer límites para garantizar: el respeto a los derechos de las personas físicas y de los objetos que están dentro del conjunto condominial, respeto a las leyes en general, orden público y las buenas costumbres.

## 9. ORGANOS DEL CONDOMINIO.

En todo condominio debe funcionar una asamblea que siempre estará integrada por los propietarios y propietarias, en el tanto que son los únicos titulares del derecho de propiedad, relación nacida por la afectación a régimen de condominio. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley reguladora de propiedad en condominio, existen diferentes situaciones que exigen la toma de acuerdos, unos por unanimidad, otros con la mayoría simple, y otros que exigen las dos terceras partes, el artículo está dividido en tres incisos y éstos a la vez en sub incisos, los cuales deben ser analizados cuidadosamente, en todo momento de tomar un acuerdo, para evitar su futura nulidad.

La ley reguladora de propiedad en condominio contempla únicamente dos órganos, uno de voluntad superior denominado Asamblea de propietarios(as) y un órgano de administración. Sus funciones son excluyentes por razón de competencia.

Así lo expresa el artículo 24 en el CAPÍTULO IV denominado "Asamblea de condóminos y administración del condominio" y que en su primera parte reza:

<sup>3</sup> Podría haber representaciones de propietarios, cumpliendo la letra del artículo 1256 del Código Civil que establece la obligación de determinar claramente la persona y el objeto del poder. En este caso podría ser una carta poder, con indicación de la fecha y hora de la Asamblea y los puntos en que deberá dar el voto positivo o negativo, o bien abstenerse. En la convocatoria se debería establecer los requisitos para comprobar la autenticidad de las firmas, como la autenticación por notario publico y pago de timbre de abogado, o bien, con la firma de dos testigos. De importancia es apuntar que si no lo indica el Reglamento del condominio o se establece en la convocatoria, cualquiera de los dos medios para comprobar la veracidad de la firma son validos en nuestro ordenamiento jurídico.

ARTÍCULO 24.- Serán de competencia de la Asamblea de Condóminos las resoluciones sobre asuntos de interés común, no comprendidas dentro de las facultades y obligaciones del administrador..”

Mientras que en el artículo 29 de la misma ley, se establecen, en forma general, las competencias del administrador de un condominio, que transcribimos literalmente y en lo desglosaremos de acuerdo con las diferentes situaciones jurídicas que debe enfrentar en su actividad la persona física o jurídica que realice tal actividad, así como la multiplicidad de relaciones jurídicas que surgen de su función y de acuerdo con el tipo de condominio donde ejerce su función.

El artículo reza literalmente:

“ARTÍCULO 29.- La administración de los condominios sujetos al régimen creado en esta ley, estará a cargo de un administrador que puede ser una persona física o jurídica. Será designado conforme al reglamento de condominio y administración, por la Asamblea de Condóminos, la cual deberá aprobar la remuneración correspondiente por estos servicios. Salvo que este reglamento disponga otra medida, el administrador tendrá la facultad de apoderado general, con respecto al condominio y los bienes comunes.”

### **9.1. PERSONAS EN LA ADMINISTRACION. NOMBRAMIENTO, FACULTADES Y LIMITES, REVOCACION, EXTINCION DEL CARGO.**

Como lo indica el artículo 29 antes transcrito, la administración de un condominio puede estar en manos de una persona física o una persona jurídica- sin que se establezca un tipo limitado a sociedades mercantiles, como es lo usual- y también es usual la figura del administrador nombrado dentro de un fideicomiso, sobre todo cuando está en desarrollo el proyecto de venta de fincas filiales y su correspondiente construcción, de tal modo que existe un fiduciario administrador.

El administrador persona física o jurídica es nombrado por la Asamblea de propietarios (as), la sustitución o revocatoria del nombramiento, según artículo 33 inciso a), en conexión con el reglamento de organización y funcionamiento de cada condominio se hace por la Asamblea y re-

quiere de un voto de mayoría simple, de acuerdo con el artículo 27 inciso c) de la LRPC.

Las facultades y límites de la administración del condominio son generalmente especificadas en el reglamento propio del mismo. Sin embargo, es aconsejable el contrato de servicios de administración que muchas veces son ofrecidos en un paquete de servicios que incluyen la seguridad, labores de conservación y mantenimiento de cosas y espacios comunes así como la contabilidad necesaria para la elaboración de los informes sobre el presupuesto y ejecución anual, pues según artículo 26 de la ley de marras, la asamblea de propietarios debe conocer ese informe y aprobar el presupuesto para el siguiente año, datos que deberá presentar la administración cada año.

En general, el administrador como persona física o jurídica tiene facultades de apoderado general, sin embargo, en el reglamento de organización y funcionamiento se puede otorgar un poder generalísimo sin límite de suma, según artículo 29 de la LRPC. Si es un poder general según lo establece la ley, este poder corresponde a la figura de la representación orgánica y no tiene límites en cuanto a los poderes o facultades del administrador para ejercer actos y defensa de los bienes comunes, pues su función es cumplir con la conservación y mantenimiento de esos bienes dentro de lo cual se incluye la defensa tanto material como en el ámbito judicial.

En caso de un nombramiento del administrador con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, indudablemente que el artículo 1253 del Código Civil es el fundamento, la naturaleza jurídica de su nombramiento varía porque su fuente ya no es la ley sino esta junto con el contrato de mandato, en cuyo caso los límites y alcances establecidos en el contrato serán la base del ejercicio de su mandato.

Como hemos visto, en general la administración de un condominio ostenta facultades de apoderado general, en cuyo caso el artículo 1253 del Código Civil ofrece el contenido básico de sus derechos y obligaciones, lo cual se complementa con las normas de ley y las establecidas en el contrato particular que llegare a firmar, en el mejor de los casos. Menciono la posibilidad de inexistencia de un contrato de servicios de administración, porque muchas veces el administrador o la compañía administradora es elegida en asamblea de propietarios (as) y a partir de ese momento inicia labores. La asamblea de elección

o revocatoria de nombramiento de administrador únicamente requiere el voto afirmativo de la mitad mas uno del total del valor del condominio, con lo cual inicia labores inmediatamente.

El poder se ejerce respecto del cuidado, conservación y organización de las cosas y servicios comunes del condominio.

Ya el Tribunal Superior de Trabajo de San José, Sección III, res. 8:10 del 11-3-05 consideró que la norma del artículo 29 de LRPC se complementa con artículo 1255 del Código Civil sobre ubicada en el contrato de mandato, descalificando como relación jurídica laboral de tipo subordinada, el contrato de servicios nacido del acuerdo de asamblea de propietarios para nombrar un administrador.

### ¿Cuales funciones tiene un administrador en el condominio?

Existen funciones predeterminadas en la ley de marras y otras son incorporadas por los mismos condominios y son muy variadas. En la ley le corresponde conservar y administrar las zonas y servicios comunes, cuidar por su buen funcionamiento. La forma de nombramiento y revocatoria de las mismas y posibles mutaciones en el tiempo de la relación de servicios debe estar contenida en el reglamento del condominio, así lo indica la siguiente forma:

ARTÍCULO 33.- El reglamento de condominio y administración deberá contener, como mínimo, disposiciones sobre los siguientes puntos:

a) Las maneras de designar, contratar o sustituir al administrador, sus atribuciones y obligaciones, el período del nombramiento o la contratación y las causas para removerlo.

El administrador puede asumir diferentes funciones, en forma general se pueden mencionar la lista de funciones que establece Pepe González en su Curso de administración de condominios:

- Consultor experto
- Mediador
- Moderador
- Árbitro
- Funcionario que hace cumplir las normas: ARTICULO 15 LRPC
- Establecer los juicios necesarios por morosidad en el pago de cuotas de mantenimiento, según el artículo.20 de la ley.

### ● Chivo expiatorio

Más allá de las funciones establecidas en la ley, el administrador puede tener otras funciones mas, tal y como lo estableció el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en la sentencia n.465, de las 9:10 horas del 14 de diciembre del 2001, en la cual se indica que se pueden ampliar las facultades de administración de un condominio, pero, si estas son, en verdad, diferentes a las que establece el Código Civil o la Ley Reguladora de Propiedad en Condominio, se debe hacer siguiendo con todas las formalidades del Código Civil, como es otorgar el poder en escritura pública e inscribirla en el Registro Nacional, Registro Inmobiliario, Sección de Propiedad Horizontal.

La administración de un condominio puede ser ejercida por un condómino, caso común en los condominios residenciales. O bien, por un extraño al condominio, en este supuesto se dan dos hipótesis. En la primera se encuentra una persona física desarrollando las labores de administración. En la segunda, es una empresa que designa a uno de sus empleados para realizar tal función.

En la primera hipótesis, caso de un administrador surgido del seno mismo del condominio, la ventaja es la presencia diaria y constante del administrador. En la segunda hipótesis, una forma de contratación es por medio de tareas a cumplir mediante visitas semanales al condominio, o bien, con trabajo virtual, como en el caso de redacción de informes contables o contrataciones de servicios de seguridad, jardinería y otros afines a la actividad del condominio.

De importancia es dejar constancia de la posición de la Sala Segunda de Casación, en relación con las nuevas modalidades de contratación y la dificultad de diferenciar entre trabajo dependiente y autónomo, dentro de las cuales se puede incluir este tipo de contratación. Al respecto indica la Sala :” No obstante, dadas las dificultades que pueden presentarse al momento de determinar si en una relación concreta media o no subordinación, precisamente en los denominados “casos frontera”, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación. Así, la autora citada, enumera los siguientes: 1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación; pues, a todo

profesional, debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato, el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares –no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo. (MANGARELLI, *op.cit.*, pp. 273-275). Esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y un trabajador autónomo. Entre ellos, pueden enumerarse los siguientes: 1) Existencia o no de la prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02). 3) El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03). 4) La retribución es fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01). 5) Sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365-02, 515-02, 564-02, 583-03). 6) Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) Afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02). 8) Se proveen herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03). 9) Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01). 11) No se pagan vacaciones ni aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02). 12) La remuneración excede el pago normal de un trabajador (fallo 253-02). 13) El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios (sentencias 97-97, 381-00 y 715-01)."

Sometida a Casación una sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, la Sala Segunda considero que la naturaleza jurídica de la contratación efectuada entre las partes debe tenerse de naturaleza civil pues la figura del administrador de condominio según la indicada ley le confiere un alto grado de autonomía, tan es así que

inclusive le otorga la facultad de apoderado general... Además, de tales informes se evidencia que básicamente sus funciones se concretaban a atender cualquier asunto relacionado con la administración del edificio, sin que esto implicara de manera alguna, que se ejerciera un poder de dirección sobre las funciones que realizaba; por el contrario, entre sus facultades estaba el convocar a Asambleas ordinarias y extraordinarias de condóminos, tenía también la posibilidad de disponer el cobro de cuotas extraordinarias cuando se requería y efectuaba sugerencias en cuanto a cualquier asunto relacionado con la manutención, pago de salarios, mejoras de infraestructura, etc.

Sala Segunda de la Corte, Sentencia: 00008, 1/20/2006.

El administrador puede mantener un nombramiento indefinido, en el tanto que no hay norma legal que lo limite. Generalmente los administradores son nombrados por un año o dos. No cabe la prórroga automática en el Registro de Propiedad Horizontal y por ello cada vez que se realiza un nombramiento, se debe inscribir en forma rápida y no cabe ninguna similitud con el Código de Comercio en relación con ese tipo de prórroga.

### **MAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACION DEL CONDOMINIO:**

La administración del condominio puede cumplir una amplia gama de actividades que son ampliadas en el reglamento interno del condominio, o bien, en algo poco usual en condominios residenciales, en el contrato de servicios de administración. Entre las tareas más comunes sobresalen las siguientes:

- Mantener actualizado el archivo de documentos del condominio y a disposición de los copropietarios;
- En el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 36 de la ley, contratar por cuenta y cargo del propietario el seguro de incendio de la respectiva unidad en el caso que aquel no lo hiciere y velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 32 de éste reglamento;
- Ejecutar los actos de administración y conservación; como asimismo ejecutarlos de

carácter urgente sin recabar previamente acuerdo de la asamblea, sin perjuicio de su posterior ratificación;

- Velar por la observancia de las disposiciones del reglamento de copropiedad del condominio, de la ley y del presente reglamento y, en general, de las normas legales y reglamentarias sobre copropiedad inmobiliaria y poner en conocimiento de la asamblea de propietarios las transgresiones que detecte. El artículo 26 es un soporte para la administración en el tanto que establece las obligaciones de todos los propietarios de respetar las decisiones de las asambleas en el tanto que obligan a presentes y ausentes.
- Adoptar medidas tendientes a precaver la ocurrencia de accidentes y a resguardar la integridad personal de los copropietarios y sus familias, así como sus bienes, dentro del condominio, denunciando la ocurrencia de todo hecho ilícito a la policía o al juez competente.
- Velar por la debida iluminación de espacios de circulación interiores y perimetrales del condominio.
- Fiscalizar que se respeten las horas de descanso nocturno establecidas en el reglamento del condominio.

En el condominio residencial el ruido es una de las principales quejas en la convivencia diaria. Los efectos de escuchar música a todo volumen, el martilleo constante de metales, la sirena de un centro educativo o los incontrolables alaridos de un karaoke, empeoran la situación y se convierten en causa de denuncia y algunas agresiones dentro del condominio, y se es en el exterior del mismo, en problemas con terceros.

En un principio la normativa solo regulaba el ruido causado por la industria, el Reglamento para el Control de Contaminación por Ruido (N° 28718-S del Ministerio de Salud) aplica nuevos parámetros en materia de convivencia entre vecinos de áreas residenciales, comerciales, industriales y zonas mixtas.

El administrador debe conocer los límites establecidos en la normativa reglamentaria, como por ejemplo, las medidas máximas del ruido según el tipo de establecimiento o de condominio donde fue contratado, así en una zona residencial el ruido no podrá exceder los 65 decibelios (en el día) y los 45 decibelios (en la noche). En un área declara comercial, los parámetros serán

de 65 decibelios durante el día y 55 en la noche.

Por su parte, en una zona industrial los límites serán de 70 decibelios durante las horas del día y 60 en horario nocturno.

Conocer el entorno del Condominio será importante para la administración porque el reglamento citado ofrece respuestas variadas a las diferentes fuentes de ruidos que se pueden producir y esto de acuerdo a la actividad que se realiza dentro o fuera del mismo. La amplia gama de fuentes de ruido no puede ser cubierta por un reglamento, pero al menos saber que entre la lista incluida en el mismo se encuentra el producido por restaurantes, heladerías, pulperías, gasolineras, veterinarias, centros educativos y comerciales, cines, iglesias, salones comunales, fábricas, hospitales y hasta granjas avícolas o porcinas.

Cuando se trate de ruidos entre vecinos y cuya fuente emisora es una casa de habitación los afectados pueden recurrir al Ministerio de Salud. Si la molestia se origina en un local comercial o industrial –cualquiera que sea la actividad que realice– la encargada de inspeccionar la situación es la municipalidad de cada una de las localidades.

De importancia es anotar que en el Reglamento mencionado se encuentran varias excepciones en cuanto a ruidos molestos que pueden ser denunciados, entre otros, los producidos por animales domésticos, los producidos en periodos cortos como son alarmas, sirenas y otros por un tiempo de cinco minutos. La voz humana no amplificada está excluida del artículo 23 de ese reglamento.

Ante esas excepciones a la administración del condominio le queda como instrumento válido de control de ruidos molestos tanto el reglamento propio del mismo, como posibles normas de convivencia aprobadas por la asamblea de propietarios.

¿Cuales ilícitos penales aplicaríamos a un administrador? La respuesta va unida al tipo de actividad que realiza el administrador en un condominio. Una de las actividades mas importantes en que el administrador ocupa su tiempo, es la recolección de las cuotas de mantenimiento y hasta cuotas extraordinarias, las cuales podrían ser retenidas indebidamente o pasar a formar parte del peculio del administrador, configurándose los delitos de retención o apropiación indebida, o bien de administración fraudulenta.

En caso de un exceso de poder podría ser

que el administrador como persona física o en representación de una empresa administradora de condominios, realice acciones indebidas como sería ingresar al domicilio de algunos de los condóminos, sin el permiso correspondiente, y se configuraría el delito de violación de domicilio.

### **9.1.1 LA INEXISTENCIA LEGAL DE LA JUNTA DIRECTIVA EN EL CONDOMINIO.**

La figura jurídica de condominio realmente y desde mi punto de vista, no soporta el funcionamiento de una Junta Directiva como administradora, porque su misma naturaleza jurídica lleva a considerarlo como un conjunto de bienes muebles e inmuebles con un destino determinado, primero por la afectación al régimen de condominio y segundo porque voluntariamente se da un destino determinado a una finca que se divide en matriz y fincas filiales y sus correspondientes cosas comunes.

Dos son los órganos de un condominio y cada uno tiene competencias claramente definidas en la ley especial. Indudablemente que la forma más directa y simple de administrar un condominio, debería ser con una persona responsable de las acciones correspondientes a la administración.

Supuesto, que si es una sociedad mercantil la administradora del condominio, la organización interna de la misma, deberá designar la persona física que asumirá el control y organización de la administración del condominio, pero no será la Junta Directiva ni la asamblea de socios de la sociedad administradora los órganos que en cada ocasión que se deban tomar decisiones, tendrían que reunirse en forma válida-

Sin embargo, en la práctica se encuentran múltiples condominios que desde el momento de la afectación de la propiedad al régimen condoninial y la elaboración del reglamento respectivo, prevén el funcionamiento de una Junta Directiva como administradora del mismo.

Tal decisión necesariamente trae como consecuencia el nombramiento de los directivos, la determinación de su periodo de funcionamiento, cantidad de miembros, sus responsabilidades y la definición clara de todas sus actividades dirigidas a tomar acuerdos válidos y eficaces. Y en general, se da el nombramiento de un administrador tipo gerente, que seguirá sus órdenes en el día a día del condominio.

En otras ocasiones se nombra un administrador y se incluye una Junta Directiva dentro del Reglamento del condominio y se le delegan funciones de la administración, situación confusa a partir del esquema base del pensamiento del legislador, el cual busco el modelo de decisión y administración más simple, ubicando cada función en diferentes órganos y limitando su número a dos.

En algunos casos se delega en la Junta Directiva decisiones como la distribución de parques, y se deja de lado al administrador, también se le permite aprobar y ejecutar sanciones a los condóminos y hasta el punto de convocar asambleas de propietarios. En el caso de las sanciones establecidas en algunos artículos en concreto como el artículo 15 de la ley, solo el administrador puede aplicarlas mientras que la convocatoria a asamblea corresponde a los propietarios reunidos en el número correspondiente a la tercera parte representativa de un tercio del valor total del condominio, o bien por disposición legal, al administrador, según artículo 26 *ibidem*.

### **9.2. ADMINISTRACION FRENTE Y A FAVOR DE LOS PROPIETARIOS.**

Las facultades de la administración están definidas por sus deberes en cuanto a la administración, conservación y organización de las cosas comunes. Para ello, es importante saber cuál es la posición de los propietarios frente a las cosas comunes, lo cual deriva de los diferentes tipos de propiedad que coexisten en los condominios: propiedad privada y propiedad en las cosas comunes o copropiedad.

Las fincas filiales son las unidades privativas del condominio que constituyen una porción autónoma y se encuentran acondicionadas para el uso y goce independiente; asimismo deberán estar comunicadas a la vía pública o tener acceso a esta por medio de espacios comunes que conduzcan a ella.

El hecho de ser propietario de una unidad privativa, le otorga a su propietario el derecho de disfrutar de los bienes comunes, teniendo sobre ellos un derecho proporcional al área de su unidad privativa dentro de la totalidad de las áreas privativas. No obstante lo anterior, sin importar la proporción que tenga cada condómino respecto a las áreas comunes, su uso no se verá limitado de forma alguna, ya que este porcentaje ha sido establecido exclusivamente para el pago de

cuotas de gastos comunes y para la votación en la asamblea de condóminos.

Los bienes comunes se encuentran constituidos por cosas y bienes que se destinan al uso y aprovechamiento de todas o algunas de las filiales y pueden ser áreas construidas o no.

Según el tipo de desarrollo que se quiera llevar a cabo y tomando en cuenta la complejidad del tipo de condominio que se pretende crear, es posible establecer áreas comunes restringidas y áreas comunes de uso general, según se destinen al uso y aprovechamiento de algunas o de todas las filiales del condominio. Por ejemplo: en un desarrollo habitacional con distintos rangos de precios entre unas fincas filiales y otras, se podrían establecer áreas comunes restringidas como piscinas y canchas deportivas que sean utilizadas exclusivamente por ciertas fincas filiales, al igual que se podrían realizar estas construcciones y destinarlas al uso y disfrute de todas las fincas filiales.

A diferencia del régimen de copropiedad establecido en el Código Civil en donde el copropietario, renunciando a su derecho a los bienes comunes, puede eximirse del pago de los gastos comunes, en el régimen de propiedad en condominio, la renuncia hecha por el condómino de su derecho al uso de los bienes comunes, no lo exime de su obligación de contribuir al pago de cuotas por ese concepto. artículo 13 de la LRPC-

El artículo 10 de la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio enumera, de forma no taxativa, los bienes considerados comunes. La propiedad en cosas comunes se encuentra enmarcada en la figura jurídica del coeficiente de copropiedad. Cada propietario tiene derecho sobre las cosas comunes en proporción al coeficiente de copropiedad indicado en la escritura constitutiva del Condominio y en los planos constructivos del mismo. Ese derecho es inseparable del dominio y no puede ser objeto de enajenación o gravamen, separadamente del local. La responsabilidad de los propietarios en relación con las cosas comunes, también se determina en la misma proporción.

Asimismo y según lo establece taxativamente el artículo 27 de la Ley será atribución de la asamblea de condóminos la modificar del área total del condominio o el área de los bienes comunes.

Es en relación con el régimen de los bienes comunes la función del administrador cobra mayor importancia, porque le corresponde además

de su conservación y mantenimiento, el cobro de las sumas necesarias para lograrlo y que se conocen como cuotas de mantenimiento, que pueden generar intereses o multas.

### **9.3. ADMINISTRACION FRENTE A INQUILINOS, VISITANTES, TRANSEUNTES Y TERCEROS.**

Un aspecto interesante que incluye la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio es la posibilidad que tienen los condóminos, previo acuerdo de la asamblea de condóminos, de arrendar las cosas comunes, quedando a favor del condominio el producto de dicho arrendamiento. De esta forma, se podría pensar en un condominio más complejo, como por ejemplo los condominios dedicados a oficentros o grandes centros comerciales que incluyen centros de convenciones, en donde se cuenta con grandes centros de reunión que pueden ser alquilados para conferencias y convenciones, con lo cual se genera un ingreso para el condominio.

También un condominio puede arrendar su propiedad filial a un tercero. El inquilino debe respetar las obligaciones establecidas en el reglamento del condominio y administración y responderá individualmente sobre las acciones de responsabilidad que se establezcan en su contra, por las infracciones que cometa en contra de las disposiciones internas del condominio. Desde el inicio de la relación inquilinaria se deben establecer las obligaciones del inquilino de respetar la ley de marras, su reglamento, el reglamento del condominio y cualquier acuerdo vigente al momento de firmar el contrato.

El pago de los gastos comunes puede ser incluido dentro del monto de la renta mensual que le debe cancelar el inquilino al condómino. Sin embargo, el condómino no puede ejercer una acción de desahucio en contra de su inquilino por la falta de pago de la cuota de gastos comunes, situación que ha sido confirmada por los tribunales de justicia. En relación con este tema, la Ley ha establecido una responsabilidad solidaria entre el inquilino y el arrendante respecto al pago de las cuotas de gastos comunes, lo cual puede resultar severamente perjudicial para el arrendante si el inquilino incurre en morosidad prolongada del pago de sus cuotas de gastos comunes.

En el artículo 25 de la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos se establece

que el arrendatario o inquilino podrá asistir a las asambleas de condóminos con derecho a voz pero no a voto.

Es importante tener consciencia sobre la relación del inquilino y el administrador, la cual encuentra límites cuando existen perturbaciones constantes, pues el responsable directo es sin duda el propietario de la finca filial, el cual responde frente a la administración y la asamblea de condóminos (as).

La administración del condominio puede establecer reglas para ofrecer seguridad a sus habitantes o bien, esta obligada a hacer cumplir decisiones de la asamblea de condóminos, con el fin de controlar el ingreso y las actividades de personas externas al mismo. Lo cual logra a través del control de ingreso al condominio de visitantes o posibles vendedores, así como personas encargadas del mantenimiento de las condiciones estructurales o de estética de las fincas filiales o de las zonas comunes.

Para lograr lo anterior y dar seguridad en las actuaciones de los encargados de seguridad y a los mismos condóminos en sus derechos, es importante la existencia de reglas de convivencia acordadas por la asamblea de condóminos (as).

### 9.3.1 VIGILANCIA DENTRO DEL CONDOMINIO

Una de las tareas más importantes asignadas a la administración del condominio es la vigilancia del mismo para seguridad de la integridad humana de los condóminos o poseedores por algún título de una finca filial. Además del patrimonio de los habitantes o aquellas personas que disfrutaban del condominio.

En principio, el administrador debe contratar algunos vigilantes o bien, a una empresa dedicada a dar ese tipo de servicios privados de seguridad.

La Ley General de Policía 7410, en cuyo Título IV se regula lo concerniente al servicio privado de seguridad, con cuyo conocimiento el administrador toma consciencia de que su labor va más allá del mantenimiento y conservación de los bienes comunes y de lograr ofrecer u organizar servicios comunes de calidad.

En el Título IV, Capítulo I, artículo 92 se establecen las obligaciones físicas o jurídicas con interés en ejercer este tipo de actividad:

“...las condiciones para la prestación de este servicio son: contar con la respectiva licencia del MSP y cumplir con las exigencias que se establecen en esta Ley y sus Reglamentos”.

Como requisito para prestar el servicio en el Capítulo II, artículos 96,98 y 99, se dispone que la persona física o jurídica interesada en el mismo, deberá obtener la correspondiente licencia de operación otorgada por el Ministerio de Seguridad Pública. Esa licencia expira en tres años y el empresario debe informar al Ministerio, dentro del término de quince días, cualquier cambio de lugar y horario respecto de la prestación del servicio, contado a partir del momento en que se produjo.

Es obligación de las empresas de vigilancia privada inscribir a sus agentes de seguridad, en el registro correspondiente de la Dirección de Servicios Privados de Seguridad del MSP.

Las personas que laboran como guardas privados deben contar con los cursos y el permiso de portación de armas; superar un test psicológico y tener como mínimo tercer año de bachillerato aprobado.

Según la Ley 7410, estas personas son auxiliares de la fuerza pública y por tanto deben tener cierto perfil; adquirir el compromiso implica conocer sus obligaciones de proteger a la ciudadanía. Por ello la legislación contempla el uso de un uniforme único lo cual no se cumple.

El personal de vigilancia del condominio debe ser totalmente imparcial puesto que todos lo están pagando los condóminos a través de las cuotas de mantenimiento. De importancia es la responsabilidad de la administración frente al personal contratado directamente para la vigilancia del condominio, o por medio de una empresa dedicada a esa actividad, pues tanto la administración del condominio como esa empresa deben ser vigilantes del cumplimiento de todo tipo de derechos laborales de los vigilantes. A tal punto es tal deber que la legislación costarricense castiga duramente a quienes contratan sin vigilar que toda norma laboral sea cumplida, sobre todo en el campo de la salud, y dispone la responsabilidad solidaria, en el caso de los condóminos

con la empresa de seguridad, en el pago de cuotas de seguridad social.

Es por lo anterior que ninguna cláusula de exoneración de responsabilidad del Condominio puede operar, pues es **contra legem**, como es el caso de la siguiente cláusula encontramos redactada en un contrato firmado por la administración de un condominio con una empresa de seguridad:

"Cláusula numero...: la EMPRESA, que por la presente manifiesta estar al día en sus obligaciones fiscales, con la Seguridad Social, y con sus propios trabajadores, asume la RESPONSABILIDAD PLENA para el pago de cuentas obligatorias que deriven de las relaciones de trabajo que tenga establecidas con el personal que desempeñe los servicios contratados. Quedando claramente establecido que el CLIENTE no asume ni tendrá ninguna responsabilidad civil, penal, administrativa, ni laboral con los trabajadores de la EMPRESA, ni injerencia alguna con ellos, (incluyen daños a la propiedad de terceros o personales, a los oficiales y terceros, incluido el fallecimiento que ocurriese en ocasión de la prestación de los servicios aquí descritos), sin que se pueda interpretar la existencia de ningún tipo de relación laboral, tanto con la persona jurídica aquí contratada, ni con sus subalternos, de ahí, que todas las obligaciones obrero patronales, tales como el pago de planillas a la Caja Costarricense del Seguro Social, serán por cuenta y única responsabilidad de la EMPRESA; así como lo relativo a las Pólizas del Instituto Nacional de Seguros, las cuales deberá la EMPRESA mantener vigente durante el plazo de vigencia del presente contrato. El cliente queda con potestad de solicitar copia a la EMPRESA la documentación que respalde lo mencionado en esta cláusula en el momento que considere necesario."

En síntesis algunos consejos útiles pueden prevenir el pago de daños y perjuicios derivados de una errónea contratación de servicios de seguridad o vigilancia privada:

- constarsu inscripción en la Dirección de Servicios Privados de Seguridad del MSP, para lo cual requiere el nombre de la empresa y del propietario.
- constatar la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de la sociedad. La presentación de la cédula de persona jurídica no faculta para prestar este servicio.
- tener certeza de que los guardas tienen los

documentos de identidad y permanencia en el país- si fueren extranjeros- en regla y de su inscripción en la citada Dirección; deben portar el carné de oficial y el permiso de portación de arma.

- tener al momento de la contratación y revisar periódicamente la constancia del pago de los seguros, tanto de riesgos del trabajo como contra daños a terceros.
- Contratar los servicios de una empresa que no cuente con la debida autorización para funcionar, acarrea responsabilidades tanto civiles como penales, ya que en nuestra legislación la responsabilidad civil es solidaria entre contratante y contratado.

#### 9.4. ADMINISTRACION COMO PARTE DE LOS DESARROLLADORES DEL CONDOMINIO.

En los condominios en proceso de construcción pueden darse conflictos entre la administración del condominio, los condóminos que ya han construido y el desarrollador que sigue su actividad de edificación y venta de fincas filiales

Hay problemas que se encuentran, entonces, en las primeras etapas de la vida de un condominio, donde muchas veces los nuevos propietarios de fincas privativas quedan desprotegidos frente a los desarrolladores, en el tanto que estos se reservan la administración del condominio, a veces por periodos muy prolongados. Otras veces, se reservan fincas filiales con valores más altos que el resto de filiales ya vendidas y mantienen el control de las asambleas de propietarios, con su voto según el valor de la propiedad, según establece el artículo 24 de la ley especial.

#### 9.5. ADMINISTRACION ANTE LA ASAMBLEA DE PROPIETARIOS(AS) Y EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.

La administración tiene que apegarse a las disposiciones de la ley especial, al reglamento del condominio y a las decisiones de la asamblea.

En relación con las decisiones de la asamblea encontramos que si bien la administración tiene que conservar y mantener las cosas comunes, hay una normativa especial en la ley que establece un régimen especial para toda situación jurídica que implique la decisión sobre mejoras en las mismas.

El artículo 14 de la ley establece una tipología de mejoras en cosas comunes, así si fueren mejoras necesarias el administrador deberá actuar si la asamblea de propietarios le ordena su ejecución por un acuerdo que representen la mayoría de del valor del condominio, mientras que si fueren mejoras **útiles**, lo deberá ejecutar si cuenta con el voto de las dos terceras partes del total del valor del condominio.

### **9.6. ¿QUE CLASE DE PROCESOS JUDICIALES PREVE LA LEY DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO QUE PUEDE EJERCITAR LA ADMINISTRACION?**

Existen varias posibilidades en que los condóminos o el condominio pueden interponer procesos judiciales, indudablemente que la mejor solución es el diálogo, pero hay momentos en que por la escasa cultura en tema de condominios que se da en nuestro país, que no hay otra salida que entablar un proceso judicial para hacer valer los derechos.

El proceso judicial más común se da por la morosidad en el pago de cuotas de mantenimiento u obligaciones extraordinarias. La facilidad de la ejecución del cobro la encontramos en dos aspectos, uno que lo puede hacer directamente el administrador, sin contar con un acuerdo de Asamblea de propietarios(as) porque está dentro de su ámbito de administración. El otro es que constituye la prueba a través de una certificación de un Contador Público Autorizado como fedatario publico.

En caso de duda en el ejercicio de la fe publica del Contador Publico Autorizado, la vía penal es la idónea por falsedad de documentos (Art. 202 inc.) 2 del Código Procesal Civil), al respecto se puede revisar la sentencia del N° 501-1991 de las 16 horas del 05 de marzo de 1991.

La vía para el cobro de cuotas de mantenimiento es un juicio monitorio y como se indico el documento base es la certificación de un CPA y esto ha sido confirmado reiteradamente, en sede judicial, por ejemplo en sentencia del Tribunal superior civil 1383- F, 2005, se indico:

"Se pretende que el deudor tendría que haber firmado el documento obligacional. Se indica que hay obligaciones establecidas por el imperativo de la ley y su documentación no requiere la presencia del deudor. El artículo 20 de la ley de marras impone un gravamen hipotecario legal pero dado que no existe renuncia expresa de

trámites de ejecutivo del artículo 422 del CPC, la jurisprudencia remite a los trámites de juicio ejecutivo."

También se ha cuestionado la vigencia de la acción de cobro de las cuotas de mantenimiento y es importancia la consulta del voto 928- 2007 del Tribunal Superior Civil en el cual se aplica la normativa general del Código Civil, para todos los casos del derecho privado donde no existe una norma especial, articulo 868 que establece una prescripción decenal.

En cuanto al cobro de cuentas insolutas de la administración la vía indicada por el TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL N.170-2004 ha sido el juicio ordinario, dentro de la misma sentencia se estableció la imposibilidad de rechazar la demanda de plano por razón de cuestiones de fondo o de vía escogida.

En cuanto el pago de cuotas de mantenimiento y las acciones realizadas por el administrador para lograr su pago la Sala Constitucional en su voto 7197-06,analizo la suspensión de servicio público en condominio por falta de pago de cuotas de administración y considero:

"Alega la recurrente que la Junta Administradora del Condominio Centro Ejecutivo Ofimall le suspendió la prestación del servicio de electricidad, por encontrarse morosa en el pago de las cuotas de administración. Considera la Sala que las relaciones entre la Junta Administrativa y los condóminos es de carácter estatutaria, de manera que el incumplimiento del pago oportuno por parte del condómino faculta al administrador del condominio a exigir los gastos en que incurrió a través de los mecanismos que establecen los estatutos de la comunidad o la legislación civil, sin que resulte procedente compeler al pago por medio de la suspensión de un servicio público tan importante como lo es el servicio de electricidad."

Otros procesos judiciales se pueden encontrar en las relaciones que se desarrollan en un condominio, ya sea que surjan de un contrato de arrendamiento, donde el propietario dé un poder especial al administrador para desalojar su inquilino-articulo 22 de la ley especial. Otros procesos judiciales podrían surgir los efectos de una mala administración que podrían acarrear el pago de daños y perjuicios, por parte del administrador al condominio.

También, el condominio como particular forma de organización del goce del Derecho de Propiedad, que puede afectar a los condóminos o

a terceros, es centro de imputación de responsabilidades, - no sujeto porque no es persona jurídica-entre las cuales podría surgir el pago de daños y perjuicios, sobre todo en condominios dedicados a la atención de público, como centros comerciales, zonas francas, hoteles, entre otros. En este caso, la administración es el órgano que ostenta la representación del condominio y debe afrontar posibles demandas y defender los intereses del condominio.

Otra fuente de demandas judiciales es la violación de normas de convivencia, una situación muy común es la existencia de mascotas dentro del condominio, podemos indicar que en varios reglamentos internos de condominios hay normas expresas como es el deber del propietario de recoger los depósitos de las mascotas en zonas comunes, o bien, la prohibición de acercarlas a piscinas o lugares de recreo, sin embargo, muchas situaciones quedan fuera de esas previsiones reglamentarias. Exponemos dos casos que hemos encontrado en nuestra diaria asesoría en el campo de condominios:

#### PRIMER CASO:

En relación con la consulta sobre la molestia de las mascotas del vecino nos encontramos con dos situaciones:

- hay una construcción y los perritos se molestan o alteran por el ruido. Situación que por ser transitoria no se debería calificar de grave porque son las molestias aceptables que contempla el Código Civil, en cuanto las relaciones de vecindad y la tolerancia que exige la convivencia diaria en un conjunto habitacional como un condominio.
- las mascotas, en este caso, perritos se alteran por cualquier cambio en su ambiente, sea por el paso de otro perrito o una persona o porque oyen algún sonido no conocido.

Esta situación es grave porque la raza de los perritos los lleva a no tolerar perturbaciones y esto molesta el vecindario. Es por lo anterior, que se debe atender a la letra de la Ley reguladora de propiedad en condominio, artículo 15 que establece los derechos y deberes de los condóminos. Entre los deberes se encuentran las acciones dirigidas a abstenerse de alterar la comodidad, seguridad, higiene, tranquilidad de los otros propietarios.

Textualmente el artículo en el aparte que nos interesa dice: "...No podrán efectuar acto ni incurrir en omisión que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o comprometa la solidez, seguridad, salubridad o comodidad del condominio."En el último párrafo del artículo 15 mencionado, se establece el procedimiento judicial que ofrece una vía de solución con peso monetario, al vecino molesto y que tenga razones para considerar violado su derecho a la tranquilidad, establecido en el párrafo transcrito. Esa vía es establecer un juicio en los tribunales de justicia, con el fin de que obliguen al vecino que realiza actos perturbadores de su derecho.

El juez aplicará una multa equivalente a un salario de oficinista, según el monto establecido para el período laboral correspondiente, esa suma ingresará al patrimonio del condominio.

Las costas del proceso y de abogado(a) serán a cargo del propietario(a) condenado(a) a pagar la multa.

**SEGUNDO CASO:** existencia de espacios especiales para la recreación

En algunos condominios se ha dejado un espacio amplio para áreas de recreación, según el área del condominio puede o no presentar problemas, pues el caso de existencia de área de ranchitos puede perturbar o no, según si esta cerca de un grupo de fincas filiales o alejada del ámbito residencial, lo interesante de una norma reglamentaria que se encuentra en un reglamento interno del condominio consiste en la delegación a la administración del mismo de la calificación de molestia o no de las actividades, como se puede revisar de la transcripción del artículo correspondiente:

"Las actividades perturbadoras u ofensivas no serán permitidas ni dentro de las Fincas Filiales Primarias Individualizadas (FFPI) ni en las áreas comunes. Lo mismo aplica para aquellas actividades que molesten o irriten a los otros condóminos del Condominio. Ningún condómino podrá permitir actividades, ya sea dentro o fuera de las FFPI, que de cualquier manera aumenten las pólizas actuales de seguro, tanto para las FFPI como para las áreas comunes, o que interfieran o dificulten los derechos de los otros condóminos o que ocasionen disturbios debido a contaminación auditiva o cualquier otro tipo de contaminación, o que impliquen actividades ilegales dentro o fuera de las FFPI. La administra-

ción determinará cuales actividades o conductas son consideradas como perturbadoras u ofensivas dentro del Condominio así como los horarios en que se podrá hacer ruidos y horarios en que no se podrá”.

Tal decisión de la administración del condominio será de cumplimiento obligatorio de acuerdo con el artículo 31 de la LRPC, frente a su decisión únicamente cabe la decisión de la Asamblea que la revoque o modifique. Sin embargo, mientras se convoca la asamblea y se toma la decisión, la administración puede interponer el juicio establecido en el artículo 15 in fine, para el cobro de la multa antes mencionada.

#### **A MODO DE CONCLUSION:**

El ámbito legal y jurídico, en que se desarrolla la propiedad en condominio es amplísimo. Nos encontramos con muchas lagunas legales que deben ser llenadas a través de una reforma, donde se facilite la modificación del Reglamento, se aclaren los aspectos de toma de decisiones de acuerdos en las Asambleas y en algunos casos se flexibilice más la vida en condominio.

Sin embargo, la ley y su reglamento no pueden cubrir la multiplicidad de situaciones que surgen en los condominios, por esa razón es importante la existencia de normas abiertas dentro del reglamento que permitan la toma de decisiones a la asamblea de propietarios (as) para cubrir, interpretar, integrar la normativa general de condominios con las particularidades del desarrollo de la vida cotidiana de cada condominio. Esa es la razón que fundamenta las pocas citas de doctrina, legislación y jurisprudencia en este ensayo, el cual refleja la experiencia en la consultoría especializada y cuyas respuestas ha permitido a los condóminos(as) salir de los problemas que les agobian diariamente, ya sea en un condominio residencial o comercial, turístico, el tipo no interesa, lo importante es que la vida del condominio se realiza a través de las acciones y conductas de personas físicas y la gama de sus comportamientos y reacciones determina un abanico de posibilidades infinito de situaciones jurídicas a resolver.

#### **Bibliografía**

Código Civil  
Ley General de Policía 7410  
Ley de planificación urbana  
Código Municipal  
Ley reguladora de propiedad en condominio (LRPC) N. 7933 y su reglamento.

#### **NORMAS REGLAMENTARIAS**

Reglamento para el Control de Contaminación por Ruido (N° 28718-S del Ministerio de Salud

#### **JURISPRUDENCIA**

SALA CONSTITUCIONAL  
Voto 2000-06653.  
Voto 2006-7197.  
SALA SEGUNDA DE LA CORTE,  
Sentencia 97-97  
Sentencia 381-00  
Sentencia 715-01  
Sentencia 08 -2006.

#### **TRIBUNALES DE TRABAJO Y CIVILES**

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en la sentencia n.465, de las 9:10 horas del 14 de diciembre del 2001  
Tribunal superior civil 1383- F, 2005  
Tribunal Superior de Trabajo de San José, Sección III, res. 8:10 del 11-3-05

#### **LIBROS Y ENSAYOS**

Calvo, Diego Manual practico de propiedad horizontal, Ed Universidad, Buenos Aires, 1980  
Sánchez Boza, Roxana Afectación y constitución del régimen de propiedad horizontal en Ley reguladora de propiedad en condominio y la propiedad horizontal en Costa Rica, experiencias y problemas conexos, Instituto Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 4ta edición, 2008, San José Costa Rica.

Propiedad en condominio, Revista Azimut, publicación de Colegio de ingenieros topógrafos, año 1, 2008, San José

- Cursos de propiedad en condominio en Colegio de Abogados y Abogadas y Colegio de ingenieros topógrafos, de 2002 al presente.

## BANCOS DE MITIGACIÓN Y CONSERVACIÓN; UNA HERRAMIENTA MÁS PARA LA GOBERNANZA FORESTAL

*María Fernanda Esquivel Rodríguez, LL.M.<sup>1</sup>*

### Resumen

El marco legal nacional en materia ambiental, y específicamente el forestal, tiene vacíos importantes en cuanto a estrategias agresivas para contrarrestar los efectos del cambio climático, la segregación de bosques y la consecuente fragmentación de ecosistemas.

Dichos vacíos, aparejados de un papel perverso que en ocasiones asume la normativa al imponer limitaciones que conducen a la eliminación de coberturas boscosas o parches de bosque que no cumplen con la definición legal de "bosque", obligan a un necesario análisis de opciones para la conservación, mitigación y adecuada gestión de los bosques y terrenos de uso agropecuario sin bosque.

El presente artículo pretende poner en el tapete, la discusión en cuanto a la implementación de Bancos de Mitigación y/o Conservación como mecanismo para lograr el mejoramiento y protección del medio ambiente.

<sup>1</sup> Tiene experiencia en derecho ambiental y en el campo de la energía renovable. Ha sido asesora del Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, y ha liderado la práctica ambiental en importantes firmas de abogados en el país. Asimismo, se ha desempeñado como consultora para organizaciones no gubernamentales a nivel regional y nacional. Actualmente está a cargo de la División Ambiental de Pacheco Coto. La Señorita. Esquivel tiene un profundo conocimiento del campo de la energía renovable su marco legal, y colabora en la División de Energía de dicha firma de abogados. Obtuvo su licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, seguido por su grado de Maestría en Derecho, con un certificado de doble especialización en las áreas de Derecho Ambiental, Energía y Tecnologías Limpias de la Universidad de California en Berkeley. Adicionalmente, ha participado en programas académicos con la Universidad de California en Davis, School of Law (EE.UU. Programa de Derecho, 2010), Universidad de Costa Rica (Certificación como Gestor Ambiental, 2009), y la Universidad de Florida (Derecho Comparado y Derecho Ambiental Internacional, 2003). Ha publicado y ha sido co-autora de varios artículos e informes en el ámbito ambiental y las energías renovables. Es miembro de la Comisión Ambiental del Colegio de Abogados, del Subcomité de Energía de Amcham y consultora registrada ante SETENA. Por otra parte, en el 2010 se convirtió en becaria por parte del Programa Fulbright patrocinado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, y por parte de la Philanthropic Educational Organization (PEO) para el Programa de Maestría 2010-2011 en la Universidad de Berkeley.

Entre las ventajas de este tipo de Bancos destaca el que ante la inevitable destrucción de pequeños y aislados parches de hábitat, se permite la permanente protección de áreas más extensas y más aptas para las especies en peligro de extinción.

Su creación, implementación e integración a las políticas estatales podría enmarcarse en varios escenarios factibles. Podrían servir como solución aparejada al aprovechamiento del 10% del área autorizada por el artículo 19 de la Ley Forestal, como mecanismo para la compensación de daño ambiental, y/o para la compensación voluntario de emisiones de gases con efecto invernadero.

### Abstract

The applicable legal framework in terms of environmental protection, and dealing specifically with forestry matters has significant gaps in terms of aggressive strategies to counter the effects of climate change, segregation of forests and the consequent fragmentation of ecosystems.

These gaps and the unkind role sometimes assumed by the legislation imposing restrictions that lead to the removal of forest cover and forest patches, oblige to conduct a necessary analysis of options for preservation, mitigation and proper management of forests.

This article aims to call upon the attention of the necessary discussion of alternatives regarding the implementation of Mitigation and-or Conservation Banking, as mechanisms to achieve better results in terms of environmental protection.

The advantages of this type of Banks include the possibility before an inevitable destruction of small and isolated patches of habitat, to allow for permanent protection of larger and more suitable areas for endangered species.

Their creation, implementation and integration to domestic public policies could be framed into various feasible scenarios. For instance, they could work as a coupled solution to the use of the 10% of the area authorized by Article 19 of the Forest Act; as a mechanism for compen-

sation of environmental damages, as well as in the scheme for voluntary compensation of greenhouse gas emissions.

### Palabras Clave

Bosque, Bancos de Mitigación, Bancos de Conservación, aprovechamiento forestal, cambio climático

### Key words

Forests, Mitigation and Conservation Banks, forestry use, climate change.

## I. Introducción a uno de los retos para lograr una adecuada gobernanza

Las políticas en materia forestal, el marco legal aplicable y las herramientas para la gestión ambiental, incluidos los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, se deben nutrir de nuevas tendencias, prácticas ambientales sostenibles y otras propuestas que persigan una mejor gobernanza de los bosques y los recursos naturales en general. Actualmente, el marco legal nacional en materia ambiental, y específicamente el forestal, tiene vacíos importantes en cuanto a estrategias agresivas para contrarrestar los efectos del cambio climático, la segregación de bosques y la consecuente fragmentación de ecosistemas. Dichas carencias hacen más difícil la toma de decisiones y la formulación de una visión y política nacional tendiente a equilibrar la presión acelerada por el uso de los recursos naturales, así como el desarrollo en las costas, zonas boscosas, de pastos, y otros ecosistemas importantes.

Una pregunta relevante que salta a la vista a la hora de analizar las opciones que se le ofrecen, entre otros, a los desarrolladores de proyectos, agricultores, ganaderos, es si la estricta reglamentación en materia forestal está dando los resultados deseados respecto al nivel de cumplimiento y las razones que motivaron la adopción de dicho marco legal.

Una reflexión en este sentido debe considerar que muchos parches de bosque o terrenos de uso agropecuario sin bosque, tales como charrales, pastos y tacotales, se pierden debido al incumplimiento por parte del desarrollador respecto a sus compromisos ambientales --una vez otorgada la viabilidad ambiental y otros permisos--, porque ha sido autorizada la corta de

una cantidad limitada de especies, o porque fue parte de lo autorizado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental al no contravenir norma alguna del ordenamiento jurídico.

Independientemente de la causa que justifica la eliminación de cobertura vegetal o forestal, estamos ante una pérdida importante de recursos naturales y más importante aún, de sumideros de carbono.

De igual forma, en muchas ocasiones la ley juega un papel perverso, al imponer limitaciones que conducen a que el desarrollador vea en el crecimiento de la cobertura vegetal o de parches con características boscosas, una contingencia y por ende, prefiera eliminar dichos sitios.

## II. Los Bancos de Mitigación y/o Conservación como herramienta para la adecuada gestión de los bosques y terrenos de uso agropecuario sin bosque

Ante la problemática expuesta, en otros países y como parte de una corriente que comparte la filosofía de compensación para alcanzar las metas de país en términos de desarrollo sostenible, protección del ambiente y lucha contra el cambio climático, surge el concepto de "**Bancos de Mitigación**". Este concepto emergió rápidamente en la arena de la conservación a escala global, como una manera de atacar los impactos de consumo y desarrollo de los diferentes países. Estos enfoques también son vistos como potenciales fuentes significativas para el financiamiento de la conservación de la biodiversidad.

Las compensaciones en biodiversidad son definidas como resultados de conservación medibles, que resultan de acciones tendientes a compensar por impactos residuales en la biodiversidad derivados de proyectos de desarrollo, y que persisten a pesar de una adecuada implementación de medidas de prevención y mitigación (Business and Biodiversity Offset Program, 2009). La meta de las compensaciones en biodiversidad es asegurar que no haya ninguna pérdida neta sino, en su lugar, una ganancia neta en biodiversidad. Éstas ofrecen un mecanismo para balancear los impactos del desarrollo con la conservación de la biodiversidad, y una distribución equitativa de los beneficios.

Estados Unidos cuenta con un marco jurídico relativo a la compensación de biodiversidad y mitigación de humedales desde la promulga-

ción de su Ley de Aguas en 1972. Varias instituciones financieras y bancos han ido adicionando cláusulas de compensación en sus condiciones de préstamo, y cada vez es mayor el número de compañías que están invirtiendo en compensaciones voluntarias y actividades de mitigación como una manera de hacer negocios. Los Bancos de Mitigación a lo largo de ese país (y los Bancos de Conservación en el caso del Estado de California) han demostrado el potencial para incentivar el mercado y lograr el mejoramiento y protección del medio ambiente.<sup>2</sup>

Los Bancos de Mitigación generalmente cuentan con un fondo de conservación que vende créditos de mitigación a desarrolladores públicos y privados, a quienes se les requiere compensar aquellos impactos que no pueden prevenir, a los humedales o áreas importantes desde el punto de vista de biodiversidad. Los desarrolladores se convierten en elegibles para la compra de dichos créditos sólo si han recibido permisos de desarrollo por parte de las instancias gubernamentales respectivas. Las ganancias que se derivan de dichos créditos de mitigación se destinan a la restauración de más hectáreas, con las condiciones que ameritan su conservación o restauración. Estos esfuerzos incluyen, por ejemplo, la remoción de especies de plantas exóticas, replantación de árboles nativos y trabajo de restauración asociado. Adicionalmente, el Banco de Mitigación se compromete a mantener y mejorar las condiciones de los humedales y sitios emergentes a manera de ejemplo.<sup>3</sup>

Otra modalidad de este tipo de herramientas son los Bancos de Conservación que sirven para la venta de créditos a desarrolladores que no pueden prevenir el perjuicio al hábitat de especies en peligro de extinción dentro de un sitio específico. Entre las ventajas de este tipo de Bancos está aquella que permite la destrucción de pequeños y aislados parches de hábitat, a cambio de la permanente protección de áreas más extensas y más aptas para las especies en peligro de extinción.<sup>4</sup>

### III. La aplicación de los Bancos de Mitigación y/o Conservación al caso de Costa Rica

La realidad de Costa Rica no es ajena a esta misma dificultad de conservar áreas y sitios que inevitablemente serán sacrificados por desarrollos y diferentes actividades productivas. De ahí que, vale la pena reflexionar y analizar la conveniencia de crear el marco legal o las reformas al mismo, para dar cabida a estos conceptos de bancos de mitigación y-o conservación, no sin antes contar con el respaldo de la comunidad científica que determinará los casos en que un tipo de estrategia de esta naturaleza es la adecuada, y bajo qué supuestos.

Una de las premisas a la hora de idear un esquema similar aplicable al caso de Costa Rica, será procurar que este tipo de servicio se limite a restaurar, mitigar o crear, en el mejor de los casos, este tipo de ecosistemas, y no permitir la compensación a partir de la conservación de un área ya existente y en buenas condiciones a nivel de ecosistema, ya que lo anterior no estaría alineado al objetivo de no pérdida neta.

En cuanto a este tema, la política nacional y visión de desarrollo actual está limitada, como es natural, por el actual marco legal en materia forestal, en donde saltan a la vista algunos preceptos relevantes para enmarcar las opciones con que se cuenta y permitir que esa confluencia de usos y servicios básicos, derivados del derecho de propiedad y otros derechos difusos, permanezca en la línea de desarrollo sostenible conforme a la visión de país.

A continuación resumo aspectos importantes que recogen ciertas normas de utilidad para un eventual establecimiento de Bancos de Mitigación y-o Conservación:

#### A. Ley Forestal y su Reglamento:

En lo que interesa, subsiste de manera paralela una prohibición general para el cambio de uso de suelo en los terrenos cubiertos de bosque de propiedad privada —según lo estipula el artículo 19 de la Ley Forestal Nº 7575—, así como una facultad del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) para otorgar en dichas áreas, a manera de excepción, permisos de construcción de casas de habitación, oficinas, establos, corrales, viveros, caminos, puentes, instalaciones destinadas a la recreación, el eco-

2 Private Land bank finds saving nature is profitable, Enero 16, 2004, Sacramento Business Journal: [www.sacramento.bizjournals.com](http://www.sacramento.bizjournals.com)

3 Guía para el Financiamiento de la Conservación, WWF, Pg 21

4 Banking in Endangered Species, Setiembre 23, 2002, The Independent Institute: [www.independent.org](http://www.independent.org)

turismo y otras mejoras análogas.

En otras palabras, en un desarrollo inmobiliario, el área que corresponde a bosque puede ser objeto de corta o eliminación si resulta de un permiso de construcción otorgado por SINAC, y de una evaluación de impacto ambiental que determine su viabilidad. La propia Procuraduría General de la República, mediante Dictamen C-200-2009 del 21 de julio del 2009, concluyó que la aplicación del artículo 19 de la Ley Forestal no contradice el principio de irreductibilidad del bosque elaborado por el Tribunal de Casación Penal, según el cual el espacio ocupado por los bosques es irreducible por infracción a esta y otras normas que la complementan, tales como el inciso c) del artículo 61 de la misma ley. Por consiguiente, "conforme a los artículos 50 y 89 de la Constitución Política, el artículo 19 viene a hacer posible la autorización de construcciones en áreas de bosque donde sea procedente, sin afectación sensible de los recursos, resguardando los ecosistemas frágiles, adaptadas al paisaje, que no impliquen devastación de la cobertura boscosa y modificando lo menos posible el medio natural"<sup>5</sup>.

En el considerando 6º del Decreto Nº 35883 se estipula el precepto de que, siendo política del Estado asegurar y promover un desarrollo en armonía con el ambiente, es de suma importancia fomentar entre los propietarios privados de terrenos cubiertos de bosque, que mantengan una actitud de protección y permanencia de los mismos. Esto sin menoscabo de los intereses económicos de aquellos propietarios quienes podrían percibir que este uso del suelo limita y corta la posibilidad del disfrute de su propiedad en forma integral. Basado en lo anterior, el Decreto reglamenta el artículo 19 de la Ley forestal al estipular la posibilidad de que SINAC autorice la intervención o aprovechamiento del bosque.

Dicha prerrogativa considera el área efectiva de un bosque sometido a un plan de aprovechamiento, bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, dentro de una finca inscrita a nombre de persona física o jurídica. Dicha autorización por parte de la Administración del Estado debe acompañarse con requisitos tales como un permiso de intervención o aprovechamiento que no supere el diez por ciento del área de bosque que posee el inmueble, y que comprenda toda la infraestructura del proyecto, incluidos caminos,

senderos, miradores, edificaciones y similares.

De la anterior reglamentación al artículo 19 forestal resultó la habilitación de una herramienta adicional que facilita la eficacia de la ley: en este caso, la afectación registral inscrita al margen de la propiedad del área total del inmueble, prohibiendo futuras intervenciones o aprovechamientos.

## **B. Manual de Procedimientos para el Pago por Servicios Ambientales:**

Este Manual regula lo que actualmente es una de las únicas maneras reconocidas oficialmente para la protección de bosques que genera una relativa contraprestación al propietario, reconociendo el valor económico de dedicar un terreno a la captura de dióxido de carbono y a los demás servicios ambientales.

Los recientes foros en materia de cambio climático y la experiencia de los que han sujetado sus fincas al pago por servicios ambientales, que sin duda ha tenido un impacto positivo en el país, no dejan desapercibido el hecho de que dichos pagos no son representativos de lo que podría percibirse mediante otra actividad o el costo de oportunidad de tener sus fincas sometidas a este gravamen.

## **C. Metodología Clasificación de Uso del Suelo:**

Esta metodología oficial, recogida en el Decreto Ejecutivo Nº 23214, es una de las principales herramientas con las que se cuenta para promover un ordenamiento territorial adecuado a las expectativas del desarrollo nacional. Este sistema, al clasificar las tierras en grupos que reflejan el uso más intensivo y sostenible al que se puede someter un área de terreno, impone una restricción importante para el desarrollo inmobiliario y la realización de otras actividades en dichas áreas.

A manera de ejemplo, las clases IV, V, VI corresponden a un uso circunscrito al desarrollo de cultivos semipermanentes y permanentes, además de otras especificidades. En un caso más drástico, como los que abarca la clase VII, se establecen limitaciones tan severas que sólo permiten el manejo del bosque natural primario o secundario, disponiendo, por ejemplo, que en las tierras desnudas se procure el restablecimiento de vegetación natural. Finalmente, la cla-

<sup>5</sup> Decreto 35883.

se VIII corresponde a terrenos que no permiten ninguna actividad productiva agrícola, pecuaria o forestal, dejándose por ende a la protección de recursos.

Para lo que interesa en el presente artículo, dicha Metodología es de relevancia porque, a la hora de discutir políticas o regulaciones que eventualmente tiendan a disminuir la brecha entre el desarrollo y la satisfacción de valores ambientales, en el caso específico de las zonas con coberturas boscosas se parte de la premisa que, de por sí, ya existen limitaciones básicas para delinear el alcance de propuestas pertinentes.

Una vez aclarado el panorama normativo, es posible avanzar hacia la definición de un esquema general para tres escenarios en los cuales sería posible implementar una estrategia de Bancos de Mitigación y-o Conservación. Los siguientes escenarios se plantean como opciones viables tendientes a procurar una más adecuada gobernanza forestal.

#### **Escenario A: Bancos de Mitigación y-Conservación para acompañar al 10% de aprovechamiento autorizado por el artículo 19 de la Ley Forestal.**

Ante la posibilidad de aprovechamiento hasta de un 10% del área de bosque (bajo los lineamientos señalados por la normativa y con un estricto procedimiento de evaluación de impacto ambiental que así lo autorice), el Estado puede imponer una compra de créditos por parte del desarrollador del terreno, independientemente de la actividad productiva a la que vaya a dedicar el mismo.

Ello permitirá un beneficio para el ambiente y para el desarrollador, ya que le permite dar un valor agregado a su empresa y cumplir con una normativa que efectivamente persigue facilitar su actividad económica en un marco de desarrollo sostenible.

#### **Escenario B: Banco de Mitigación y-o Conservación para compensar por daño ambiental, un replanteamiento del principio de irreductibilidad del bosque.**

A pesar de las opciones de compensación del daño ambiental con que se cuenta a nivel legal según lo dispone la Ley Orgánica del Ambiente, el Tribunal Ambiental Administrativo, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, otras depen-

dencias del Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET), y los Tribunales de Justicia se ven muy limitados en cuanto a la adopción de decisiones relativas a esquemas que impacten el ambiente para lograr una efectiva compensación.

De ahí que la compra de créditos sea valorada por los que imponen sanciones, para que una parte de los esquemas de compensación viables consideren esta opción. De esta manera, las lógicas dificultades a nivel de monitoreo y seguimiento dejan de representar un problema, se disminuyen costos asociados a estas labores de monitoreo y seguimiento; y se reemplazan alternativas actuales como la compensación fuera del área de proyecto y en áreas ajenas a temas medio ambientales que en poco inciden para una mejoría de los ecosistemas y el ambiente en general.

#### **Escenario C: Bancos de Mitigación y-o Conservación para la compensación voluntaria de emisiones o impactos al ambiente, enmarcados o no en una estrategia dirigida a la Carbono Neutralidad.**

Los mercados voluntarios de carbono, así como cualquier otro mercado que pueda generarse compartiendo la misma visión, pueden disponer de estos Bancos para la compra de créditos que resulten de deforestaciones evitadas, protección voluntaria de bosques, proyectos de reforestación y aforestación, entre otros.

Asimismo, la coyuntura actual del país, principalmente en lo que respecta a los compromisos de carbono neutralidad para el año 2021 y el lanzamiento reciente de la Norma Nacional de Carbono Neutralidad, motivan aún más el desarrollo de este tipo de herramientas y la valoración de sus impactos positivos mediante la definición de parámetros serios y metodologías oficiales.

#### **IV. Un posible acercamiento a la estructuración de los Bancos de Mitigación y Conservación**

Los fideicomisos pueden resultar un vehículo adecuado para la estructuración de los Bancos de Mitigación y-o Conservación. En estos casos, se visualiza como potencial fideicomitente al propietario de áreas que cuenten con características idóneas para la regeneración y conserva-

ción de ecosistemas importantes. Este fideicomitente traspasaría la propiedad a un fiduciario encargado de la gestión adecuada de las áreas cuya conservación y protección generarán créditos oficialmente registrables ante una entidad que se defina a nivel nacional, para evitar la doble contabilidad.

Posteriormente, estos créditos serán vendidos a desarrolladores bajo cualquiera de los escenarios mencionados en el apartado anterior. El fideicomisario que se designe, y que muy probablemente corresponda al MINAET, será el beneficiario en representación de la colectividad, de los atributos que se deriven de dicha conservación —fijación de carbono, entre otros.

Muchos detalles de cómo funcionaría esta propuesta y las opciones legales para realizarla, incluyendo reformas de ley o decretos, deberán ser analizados. Sin embargo, lo más importante es quizás la reflexión y análisis de la comunidad científica, la academia y las instituciones como el MINAET, que permitirán valorar la conveniencia y conformidad de una propuesta de estas a nivel de visión de desarrollo del país.

## COSTA RICA ES EL PRIMER PAÍS DEL CONTINENTE AMERICANO EN RATIFICAR TODOS LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

**Enrique Castillo**

*Ministro de Relaciones Exteriores*

Costa Rica hizo hoy en Nueva York el depósito del instrumento de ratificación de la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, con lo cual se convirtió en el primer país del continente americano en ratificar todos los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Humanitario.

El depósito fue hecho hoy, 16 de febrero, en horas de la mañana, por el Representante Permanente de Costa Rica ante la Organización de Naciones Unidas (ONU), Embajador Eduardo Ulibarri.

“Con la ratificación de esta Convención, Costa Rica es Estado Parte de todos los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Humanitario (DIH) y todos aquellos relevantes para el DIH. Se convierte además, en el primer país del continente americano en cumplir con ese logro”, expresó el Ministro de Relaciones Exteriores, Enrique Castillo.

“Se trata de un compromiso histórico de Costa Rica con Derecho Internacional y de su vocación de respeto y promoción de los derechos humanos”, dijo el Canciller Castillo, quien resaltó que el país, al abolir el ejército, renunció unilateralmente al uso de la fuerza y centró su confianza en sistema internacional y al Derecho Internacional.

“La política exterior de Costa Rica ha sido de propugnar siempre a favor de la paz, el diálogo y la prevención de los conflictos”, expresó el Jefe de la diplomacia costarricense.

“Costa Rica ha apostado a hacer del Derecho Internacional y del sistema que lo sostiene un andamiaje sólido y legítimo que coadyuve a los

Estados y a sus sociedades a construir sistemas democráticos, a fortalecer el Estado de Derecho y a promover institucionalidades que rigen en torno a la persona y su dignidad”, destacó el Canciller Castillo.

**Nuevo instrumento.** La desaparición forzada de personas constituye un crimen y, según el Derecho Internacional, en algunas circunstancias puede llegar a ser un crimen contra la humanidad.

La *Convención para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, suscrito en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006, es un instrumento que busca disuadir la ocurrencia de la desaparición forzada de personas y establece claramente las responsabilidades correspondientes a los Estados en los casos en que existan estas desapariciones. Las personas tienen derecho, según la Convención, a conocer la verdad de las circunstancias de una desaparición forzada y el destino de la persona desaparecida, así como el derecho a la libertad de buscar, recibir e impartir información con este propósito.

Con la ratificación y depósito de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Costa Rica también cumple con una de sus principales promesas ante su elección como miembro actual del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

## “LA AMENAZA A LA PRIVACIDAD Y A LOS DATOS PERSONALES QUE RESULTA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS CONVENCIONES, LAS LEYES Y LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL LAVADO DE DINERO”

*Dr. Juan Carlos Esquivel Favareto<sup>1</sup>*

### Resumen

Nuestro mundo está viviendo momentos de fuertes cambios en la forma en que se manejan nuestros datos personales. Esas modificaciones en el sistema bancario y profesional, en pro de la lucha contra la corrupción y el lavado de dinero, ¿será una amenaza a nuestros derechos civiles y a nuestra privacidad?

### Abstract

In the struggle to control money laundering and corruption, society is suffering changes as to how our personal data is managed -- changes in the banking system, and in professional relationships. Might those changes become a threat to our civil rights and privacy?

### Palabras clave

Legitimación de capitales, O.E.A., Organización de Estados Americanos, Derechos Civiles, Mesissic, Corrupción.

### Key words

Money Laundering, A.E.O., Estates Organization American, Civil Rights, Mesicic, Corruption.

<sup>1</sup> Abogado y Notario con 24 años de experiencia profesional. Doctorado en Derecho Empresarial y Especialista en la Lucha contra el Lavado de dinero y Financiamiento al Terrorismo certificado en los Estados Unidos desde el año 2004. Ha dictado conferencias sobre el tema en Costa Rica, Ecuador, Panamá, Estados Unidos y otros. Ha publicado artículos en periódicos nacionales, revistas internacionales así como en Internet. Algunos de sus estudios los ha hecho en las Universidades de Yale, y Harvard University. Actualmente el Vicepresidente de la Comisión contra el Lavado de Dinero de la Federación Interamericana de Abogados y Coordinador de la Sub Comisión de la Federación Interamericana de Abogados en el Colegio de Abogados. Miembro de la Asociación Europea de Abogados, de la Federación Interamericana de Abogados, de la Asociación de Abogados de Sur América RUDEA y de la Asociación de Especialistas Anti Lavado de los Estados Unidos ACAMS.

A lo largo de la historia de la humanidad, siempre han existido actos que pueden ser considerados una violación a alguna disposición vigente o en contra de los deseos de los Gobiernos del momento.

Si nos remontamos a la época de los Emperadores Romanos, vemos como Alejandría en el antiguo Egipto, no se acopló a los deseos de Roma formando así parte de la caída del Imperio Romano.

Igualmente en años más recientes, tenemos los casos de la Alemania Nazi donde la diferencia de razas, credos y religiones fueron el detonante de toda una Guerra que costó la vida a millones de personas. Igualmente los conflictos Palestina - Israel, que nacieron posterior a la Segunda Guerra mundial y se mantienen al día de hoy, provienen de la creencia de una superioridad de uno sobre otro y la falta de respeto a los derechos individuales de los ciudadanos de cada Estado.

Estos antecedentes históricos nos obligan a analizar los derechos individuales de los ciudadanos, las Constituciones Políticas que rigen la vida de muchos países y los acontecimientos de corrupción y violación de normas que obligan a los Estados, a tomar medidas urgentes en busca de lograr controlar dichas violaciones.

Forzosamente, debemos preguntarnos si las medidas que los Estados deban tomar, deben o pueden sobrepasar los derechos civiles de los ciudadanos, entre ellos el derecho básico y constitucional a la privacidad de la información, o bien, si basándonos en la protección de un Estado de Derecho, eso nos obliga a poner los intereses Estatales por encima de los Derechos Individuales.

Nos comentaba el Dr. Joaquín García-Románillos, abogado de Madrid, España, cuando coincidimos en una mesa redonda organizada por el

Colegio de Abogados de Costa Rica, que la última vez que en su país los derechos individuales pasaron a un Segundo plano, fue durante la Inquisición Española, época en la cual muchas injusticias se llevaron a cabo y que motivó la creación de varios Decretos Reales para crear y proteger un Debido Proceso antes de que una persona fuera juzgada.

Fue así como nuestra Madre Patria, España, nos dio los elementos básicos para considerar como prioritarios, los derechos civiles de los ciudadanos, frente a las pretensiones económicas de un Estado, cuyos intereses pueden llegar a ser diametralmente opuestos cuando de dinero se trata, máxime cuando ocurre como hoy en día, que el Estado no es capaz de reducir sus gastos y solo busca ingresos a toda costa.

Por consiguiente, cuando la Organización de Estados Americanos, realiza sus diversas propuestas y recomendaciones para la implementación de los Mecanismos de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), surgen diversas medidas que sugieren lo siguiente:

1) Medidas para proteger a Funcionarios Públicos y ciudadanos particulares, que denuncien de "buena fe" actos de corrupción (Artículo III, párrafo 8 de la Convención).

A) Medida Sugerida. Protección para quienes denuncien actos de corrupción que puedan ser objeto de investigación en sede administrativa o judicial.

Ante la medida sugerida nos preguntamos ¿Qué sucede si la denuncia no es de "buena fe" y se le causa un daño al particular? Su expediente ha quedado manchado, su carrera arruinada y el denunciante tiene protegida su identidad.

Por otro lado, si la denuncia es en sede administrativa, los superiores son los llamados a establecer órganos de investigación del proceso. Entonces ¿ como se dará una protección efectiva del denunciante si sus superiores deben conocer de la denuncia para lograr la investigación?

Sobre este mismo aspecto, vale la pena recapitular en la función de los periodistas.

Ellos defienden su derecho a mantener informado al público, pero a su vez, son ellos los que "condenan" al sospechoso de previo a que éste llegue a tener un juicio justo, utilizando apelativos como "imputado" cuando la persona aún no ha sido indagada y no se han hecho cargos por presuntos delitos.

Son ellos los que publican documentos, confidenciales, para hacerlos públicos a la luz del supuesto derecho a informar, pero no se dan cuenta que éstos documentos pueden significar la vida o la muerte de una persona, tal y como sucedió en Costa Rica hace unos meses, cuando un periodista publica una nota, con nombre y firma de la persona que denuncia ante la Superintendencia, movimientos irregulares que ocurrían en la cuenta de un supuesto legitimador de capitales, con relación a otro acto delictivo que ocurría en Estados Unidos.

El derecho a informar, así reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha convertido en una licencia para comunicar al público, lo que el periodista considera es un acto ilegal, convirtiéndolo a él en Juez y condenando al individuo antes de que éste sea presentado a la justicia y mucho antes de que sea juzgado por un Tribunal de la República.

Aquí, surgen dos dudas:

A) ¿Qué sucede con el derecho a la privacidad de la información del sujeto que iba a ser investigado?

B) ¿Incurren los periodistas en actos de corrupción al llegar a tener acceso a documentos considerados por ley, de carácter confidencial y cuyo medio de obtención no revelan por ser confidenciales sus fuentes de información?

2) La Organización de Estados Americanos sugiere la medida 1.4.a) ii de "... acceder a las fuentes de información necesarias para llevar a cabo la verificación y constatación antes aludidas, incluyendo la petición de información financieras-", esto es, cuando se está llevando a cabo una investigación a nivel administrativo.

Aceptar ésta propuesta, implica no solo el levantamiento del secreto bancario, sino además, el limitar los derechos de privacidad que tiene el ciudadano a casos en los que en una etapa ne-

tamente administrativa, se este llevando a cabo una investigación. Este límite sería una violación a la Constitución Política de Costa Rica ya que no habría una autoridad judicial que lleve a cabo un análisis de la documentación previa, antes de abrir a las autoridades registros privados de información bancaria.

Más aún, hoy en día los bancos, como requisito para la apertura de una cuenta o la prestación de servicios, solicitan al cliente su autorización para "compartir" su información bancaria con las autoridades, lo cual nos parece absolutamente ridículo ya que si una autoridad judicial lo requiere, el sistema financiero está obligado a proporcionarlo y no se requiere de autorización del cliente, pero ésta nota ha servido para que entre entidades administrativas, se compartan información so pena de no brindar servicios financieros bancarios al particular que no otorgue la autorización.

3) La O.E.A., con la finalidad de prevenir el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (Art. III párrafo 10 de la Convención), ha recomendado que se adopten las medidas pertinentes para que el "secreto profesional" no sea un obstáculo para que los profesionales cuyas actividades estén reguladas por el Código de Ética del Colegio de Contadores, puedan poner en conocimiento de las autoridades competentes los actos de corrupción que detecten en desarrollo de su labor. (Sección 2.2. del Capítulo II del informe con las recomendaciones de Mesicic.)

Para el cumplimiento de la medida propuesta, no solo basta con que los Contadores se conviertan en delatores de sus propios clientes, sino que se corre el riesgo de que un Contador mal capacitado, interprete erróneamente un ingreso, para que con eso se inicie la investigación de su propio cliente y de los registros contables por él creados. Así las cosas, la privacidad de la información contable, quedaría eliminada y sería expuesta públicamente por un contador cuya función debe ser la de servir y dar asesoría a sus clientes y no la de funcionar como investigador para el aparato estatal.

¿Qué sucedería con un contador despedido por su cliente por prestar un mal servicio? ¿Qué sucedería si fue el contador el que registró en

forma indebida las partidas y su cliente no tiene los estudios necesarios para detectar la falla en el balance contable? ¿Será acaso que con ésta medida, los contadores en lugar de trabajar para el empleador, se convierten en los investigadores del Estado, pero pagados por el sujeto de derecho privado?

No olvidemos que en materia tributaria, la carga de la prueba le corresponde al Estado y no al particular. No podemos permitir que se revierta la carga de la prueba y se nos convierta de buenas a primeras, en sospechosos y culpables de todo lo que hacemos y que seamos nosotros, los sujetos privados, los que debemos probar nuestra inocencia, la que por el contrario, siempre debe ser la que prive en cualquier relación y que sea el aparato Estatal, el que compruebe la comisión del delito.

Por último, el levantamiento del Secreto Profesional, debe evitarse en todas las profesiones. Precisamente es en la privacidad de la información que se maneja, que se fundaron nuestros principios de libre empresa y libertad de comercio.

Levantar el Secreto Profesional, será el inicio de la pérdida de derechos consagrados constitucionalmente y el fin de un Estado de Derecho e inicio de un Sistema Totalitario de control de la información.

## LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA (COROLARIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO)

**Msc. Luis Fernando Fernández Hidalgo<sup>1</sup>**

### Resumen

Los Principios de Yogyakarta son los corolarios de los derechos humanos, aplicados a la orientación sexual y la identidad de género. Fueron redactados, desarrollados, discutidos, refinados y aprobados únicamente, del 6 al 9 de noviembre de 2006, en Indonesia. El panel estuvo integrado por personas de diversas disciplinas y experiencia relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Estos afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos, para la población lésbica, homosexual, bisexual, transexual y transgénero (LGTB), en igualdad de condiciones con el resto de la población. Remarcan la necesidad de aplicar los derechos humanos teniendo en consideración las particularidades de esta población. El artículo resume en lo esencial el texto de los principios y plantea algunas propuestas para implementarlos en Costa Rica.

### Abstract

The Yogyakarta Principles are the corollaries of human rights as applied to sexual orientation and gender identity. Were written, developed, discussed, refined and adopted a iMente, from 6 to 9 November 2006 in Indonesia. The panel was composed of people from various disciplines and relevant experience in the field of international human rights. They claim it is the primary obligation on States concerning the implementation of human rights for lesbian population, gay, bisexual, transsexual and transgender (LGBT) equal to the rest of the population. Emphasize the need for human rights taking into consideration the particularities of this population. The article essentially summarizes the text of the principles and presents proposals for implementation in Costa Rica.

<sup>1</sup> Coordinador de la Comisión de Diversidad Sexual del Colegio de Abogados; Máster en Administración de Justicia Civil por la Universidad Nacional; Juez Superior del Tribunal Segundo Civil de San José, Presidente de la Comisión de Relaciones Laborales del Poder Judicial y Tesorero de la Junta Directiva de la Asociación Costarricense de la Judicatura.

### Palabras Claves

Yogyakarta, sexual, género, homosexualidad, discriminación.

### Key Words

Yogyakarta, sexual, gender, homosexuality, discrimination,

Los titulares de los derechos humanos, como su nombre lo indica, son todas las personas que habitan este planeta. Hombres y mujeres, sin distinción de su orientación sexual o identidad de género. Esto significa que, además de las personas heterosexuales, las bisexuales, homosexuales, lesbianas, transexuales o transgénero (en adelante se mencionará con las siglas LGTB) deben gozar de estos derechos. Se trata de una conquista de la humanidad entera ante los atroces hechos ocurridos en situación de guerra y regímenes totalitarios. Su garante principal es la Organización de las Naciones Unidas y cada uno de los Estados que la conforman.

En la Carta de las Naciones Unidas se establece como base de su creación lo siguiente:

*"Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y*

*social de todos los pueblos, hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos desig- nios. Por lo tanto, nuestros respectivos Gobier- nos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de las Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denomi- nará las Naciones Unidas”* (resaltado en *itálica* es suplido por el redactor de este artículo).

Costa Rica suscribió esa Carta, en el marco de la Conferencia de San Francisco en 1945, re- presentada por su Ministro de Relaciones Exte- riores, de la época, don Julio Acosta García. En el cumplimiento de los deberes que se genera- ron por la creación de las Naciones Unidas, en el año 2006, se reunió un grupo de especialistas en derechos humanos, quien redactó, desarro- lló, discutió y refinó los Principios de Yogyakarta, aprobados en forma unánime. La Reunión se hizo en la Universidad de Gadjah Mada en Yo- gyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre, los participantes procedían de diversas disciplinas y experiencia relevante en el ámbito del dere- cho internacional de los derechos humanos. Los principios de Yogyakarta afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos.

La emisión de estos acuerdos se da ante la preocupación porque “en todas las regiones del mundo las personas sufren violencia, hostiga- miento, discriminación, exclusión, estigmatiza- ción y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género; porque estas experien- cias se ven agravadas por otras causales de dis- criminación, como género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición eco- nómica, y porque *dicha violencia, hostigamien- to, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios menoscaban la integridad y dignidad de las personas que son objeto de estos abusos, podrían debilitar su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad y conducen a muchas a ocultar o suprimir su identidad y a vi- vir en el temor y la invisibilidad”* (resaltado en *itálica* suplido por el autor de este artículo) (Co- misión Internacional de Juristas , 2007, p.8)

Se define la “orientación sexual” como “la capacidad de cada persona de sentir una pro- funda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como

a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” (Comisión Inter- nacional de Juristas , 2006, p.8).

Por su parte la “identidad de género” se la identifica como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente pro- fundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimien- to, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apa- riencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimen- ta, el modo de hablar y los modales” (Comisión Internacional de Juristas , 2007, p.8).

En el texto del documento se expone las de- más razones por las cuáles se torna necesario emitir estos principios y se remite a los lectores a su lectura y estudio, para proceder a resumir, en este artículo, el contenido de los veintinue- ve principios integrantes del texto. No sin antes afirmar el deber que tiene el Estado costarri- cense de hacer cumplir estas recomendaciones y siendo que los derechos fundamentales son prioridad de cualquier Estado integrante de las Naciones Unidas.

**Principio 1. El derecho al disfrute de los derechos humanos.** Por más que parezca inverosímil es necesario afirmar que las personas de todas las orientaciones sexuales e identida- des de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos. Para ese efecto los Estados deben incluir en su Constitución o legislación relevante los principios de universa- lidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos. Asimismo está en el deber de garantizar la rea- lización práctica del disfrute universal de todos los derechos humanos. Por ello, deben modificar la legislación que afecte el cumplimiento de los derechos humanos; emprender programas de educación y sensibilización, respecto a las po- blaciones aludidas. Finalmente, deben integrar en sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complemen- taria e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género. (Comisión In- ternacional de Juristas , 2007, p.10).

**Principio 2. Derecho a la Igualdad y No Discriminación.** Las personas no hetero-

sexuales tienen derecho a ser iguales ante la ley y gozar su protección. En la ley debe establecerse la prohibición de la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Este tipo de discriminación por lo común se ve agravada por la discriminación basada en otras causales, incluyendo género, raza, edad, religión, discapacidad, estado de salud y condición económica (Comisión Internacional de Juristas, 2007, p.10-11). En el sistema costarricense se incluye esta prohibición en el artículo 373 del Código Penal en cuanto castiga con veinte a sesenta días multa a cualquier persona y especialmente al gerente o director de una institución oficial o privada, administrador de un establecimiento industrial o comercial, que aplicare cualquier medida discriminatoria perjudicial, fundada en consideraciones de sexo. No obstante, debe incluirse las acepciones de identidad de género u orientación sexual para evitar interpretaciones que excluyan la protección. Al reincidente se le castigaría con la suspensión de cargos u oficios públicos por un tiempo no menor de quince ni mayor de sesenta días.

**Principio 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.** Cada persona tiene derecho a definir su orientación sexual o identidad de género, es esencial para su personalidad. Es uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Por ello, a ninguna persona se le debe obligar a "someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género." (Comisión Internacional de Juristas, 2007, p.12). Para hacer cumplir este derecho, los Estados deben adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí. Entre esas medidas debe adoptarse procedimientos para que todo documento de identidad emitido por el Estado (por ejemplo: cédula,

carne de funcionario, pasaporte, licencia) permita acreditar su identidad de género profunda, a quienes tengan interés en realizarlo. Además, es necesario que emprendan programas focalizados a apoyar socialmente a las personas que estén atravesando una transición o reasignación de género.

**Principio 4. Derecho a la Vida.** Las personas LGTB tienen derecho a la vida. Se proscribire la pérdida de la vida, como método de castigo, por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, como se prohíbe también respecto a las personas heterosexuales. Por ello, es necesario asegurar una vigorosa investigación de los ataques cometidos por funcionarios públicos o cualquier individuo o grupo y en los casos donde se cuente con prueba suficiente, se formulen cargos contra las personas responsables, se las lleve a juicio y se las castigue debidamente.

**Principio 5. Derecho a la Seguridad Personal.** Las personas con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o daño corporal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo. La policía debe ser vigilante del deber de brindar protección en estos supuestos. Asimismo, la legislación debe imponer castigos penales apropiados frente a la violencia, amenazas de violencia, incitación a la violencia y hostigamientos relacionados con ella, motivados por la orientación sexual o la identidad de género de cualquier persona o grupo de personas, en todas las esferas de la vida, incluyendo la familia. En Costa Rica debería incluirse la violencia por orientación sexual e identidad de género, en la Ley de Violencia Doméstica y reforzar la legislación que castiga a quien incite al odio contra las personas por esos motivos. Asimismo, regular en cada reglamento disciplinario de las instituciones públicas, especialmente las educativas, para reprimir este género de violencia. Como derivado de este principio, debe emitirse normas para que el prejuicio, relacionado con estos aspectos de la personalidad, no sea utilizado para justificar, disculpar o mitigar dicha violencia. Siendo necesario que a los responsables se les lleve a juicio,

se les castigue y a las víctimas se les brinden recursos y resarcimientos apropiados, incluyendo compensación. Sería valioso que la Defensa Pública de la Víctima llevara un programa especial para esta población.

**Principio 6. Derecho a la Privacidad.** Las personas LGTB también tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en el seno familiar, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. Este derecho incluye la opción de revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuada con otras personas. Para ello, entre otras medidas debe asegurarse el establecimiento de una misma edad de consentimiento a la actividad sexual entre personas tanto del mismo sexo como de sexos diferentes. Asimismo, que las demás disposiciones no sean utilizadas para discriminar por motivo de la edad entre las personas que tienen sexo.

**Principio 7. El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente.** El arresto contra la población LGTB por su condición es arbitrario. No se debe utilizar como criterio excusa para detener a alguien, incluso no debe detenerse a alguien por la forma de vestirse, de hablar o gesticular.

**Principio 8. Derecho a un juicio justo.** La judicatura está obligada a respetar el derecho de toda persona, con independencia de su orientación sexual e identidad de género, a obtener un juicio justo. Asimismo, el Estado en general debe garantizar este derecho. Es necesario emprender programas de capacitación y sensibilización dirigidos a jueces y juezas, personal de los tribunales, fiscales, abogados, abogadas y otras personas en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género.

**Principio 9. Derecho de toda persona a ser tratada humanamente.** Este principio obliga a los Estados a evitar toda medida que agrave las condiciones de detención de perso-

nas, motivadas por su orientación sexual e identidad de género. Asimismo, deberá concederse visitas conyugales e igualdad de condiciones con el resto de la población penitenciaria. Para supervisar el cumplimiento de este principio debe realizarse monitoreos independientes de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género.

**Principio 10. Derecho a no ser sometidas a torturas, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.** La orientación sexual e identidad de género no autoriza torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Debe emitirse regulaciones que permitan controlar este flagelo, asistir psicológicamente a las víctimas y sensibilizar a la población general de la necesidad de promover el respeto a este grupo de la población.

**Principio 11. Derecho a la protección contra la trata, venta y toda forma de explotación.** Con independencia de la orientación sexual e identidad de género, toda persona merece protección contra la trata, venta o explotación, incluyendo la sexual. Las medidas diseñadas para prevenir la trata deben tomar en cuenta factores que tornan más vulnerable a esta población, respetuosas del resto de sus derechos fundamentales. La criminalización de las personas explotadas agrava esa vulnerabilidad. Son necesarias medidas, servicios y programas legales, educativos y sociales para hacer frente a los factores causantes de la vulnerabilidad especial de esta población. Incluyendo, el rechazo por parte de las familias o comunidades culturales, la falta de independencia financiera, la falta de vivienda, las actitudes sociales discriminatorias que conducen una baja autoestima y la falta de protección contra la discriminación en el acceso a la vivienda, el alojamiento, el empleo y los servicios sociales.

**Principio 12. Derecho al trabajo.** A toda persona debe facilitarse el acceso a un trabajo digno y productivo, en condiciones equitativas, satisfactorias y la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 13. Derecho a la Seguridad Social y medidas de protección social.** Los beneficios laborales relacionados con la existencia de una pareja o cónyuge deben extenderse a la población sexualmente diversa. Entre ellos, la licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud, seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas.

**Principio 14. Derecho a un nivel de vida adecuado.** Es ilegítima la exclusión, por motivos de orientación sexual o identidad de género, en el acceso a una alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas. El grupo LGTB tiene derecho a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación.

**Principio 15. Derecho a la vivienda digna.** Es necesario adoptar normativa para prohibir la ejecución de desalojos incompatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y que aseguren la disponibilidad de recursos legales u otros apropiados que resulten efectivos para cualquier persona que afirme que le fue violado, o se encuentra bajo amenaza de serle violado, un derecho a la protección contra desalojos forzados, incluyendo el derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a tierra alternativa de mejor o igual calidad y a vivienda adecuada, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar. Los programas sociales deben propender a resolver la exclusión social, la violencia doméstica y de otra índole, la discriminación, la falta de independencia financiera y el rechazo por parte de familias o comunidades culturales, así como para promover esquemas de apoyo y seguridad vecinales.

**Principio 16. Derecho a la educación.** El acceso a la educación debe garantizarse desde el aspecto pasivo y activo del proceso, significa que debe excluir la discriminación por ser integrantes del grupo LGTB contra alumnos o docentes. La educación debe promover el respeto a esta población, el desarrollo de su propia personalidad. Los métodos, currículos y recursos educativos deben servir para aumentar el respeto a

este grupo. La protección a estas personas no puede implicar exclusión del sistema educativo.

**Principio 17. Derecho al disfrute del nivel más alto de salud posible.** La salud física y mental deben ser protegidas también para la población LGTB, considerando a ese efectos sus singularidades. Lo anterior, incluye el acceso a modificaciones corporales.

**Principio 18. Protección contra abusos médicos.** Es ilegítimo obligar a una persona a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas. Debe adoptarse medidas para evitar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior. En ese sentido, ante el nacimiento de personas transgénero, es decir, que presentan desde el nacimiento características físicas o fisiológicas de varios géneros, debe evitarse la mutilación irreversible de su cuerpo, práctica médica que ha sido común. Asimismo, debe protegerse a la población LGTB contra procedimientos o investigaciones médicas carentes de ética o no consentidas. Por ello debe revisarse, también, los programas de cooperación que faciliten esta injerencia indebida. Finalmente, *es indispensable garantizar la proscripción de tratamientos o consejería de índole médica o psicológica que considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos.*

**Principio 19. Libertad de opinión y expresión.** La pertenencia al grupo LGTB debe excluirse como causa para coartar la libertad de opinión o expresión. Esta libertad incluye la expresión de la identidad o la personalidad me-

se les castigue y a las víctimas se les brinden recursos y resarcimientos apropiados, incluyendo compensación. Sería valioso que la Defensa Pública de la Víctima llevara un programa especial para esta población.

**Principio 6. Derecho a la Privacidad.** Las personas LGTB también tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en el seno familiar, su domicilio o su correspondencia, así como derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. Este derecho incluye la opción de revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuada con otras personas. Para ello, entre otras medidas debe asegurarse el establecimiento de una misma edad de consentimiento a la actividad sexual entre personas tanto del mismo sexo como de sexos diferentes. Asimismo, que las demás disposiciones no sean utilizadas para discriminar por motivo de la edad entre las personas que tienen sexo.

**Principio 7. El derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente.** El arresto contra la población LGTB por su condición es arbitrario. No se debe utilizar como criterio excusa para detener a alguien, incluso no debe detenerse a alguien por la forma de vestirse, de hablar o gesticular.

**Principio 8. Derecho a un juicio justo.** La judicatura está obligada a respetar el derecho de toda persona, con independencia de su orientación sexual e identidad de género, a obtener un juicio justo. Asimismo, el Estado en general debe garantizar este derecho. Es necesario emprender programas de capacitación y sensibilización dirigidos a jueces y juezas, personal de los tribunales, fiscales, abogados, abogadas y otras personas en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los concernientes a la orientación sexual y la identidad de género.

**Principio 9. Derecho de toda persona a ser tratada humanamente.** Este principio obliga a los Estados a evitar toda medida que agrave las condiciones de detención de perso-

nas, motivadas por su orientación sexual e identidad de género. Asimismo, deberá concederse visitas conyugales e igualdad de condiciones con el resto de la población penitenciaria. Para supervisar el cumplimiento de este principio debe realizarse monitoreos independientes de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género.

**Principio 10. Derecho a no ser sometidas a torturas, penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.** La orientación sexual e identidad de género no autoriza torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Debe emitirse regulaciones que permitan controlar este flagelo, asistir psicológicamente a las víctimas y sensibilizar a la población general de la necesidad de promover el respeto a este grupo de la población.

**Principio 11. Derecho a la protección contra la trata, venta y toda forma de explotación.** Con independencia de la orientación sexual e identidad de género, toda persona merece protección contra la trata, venta o explotación, incluyendo la sexual. Las medidas diseñadas para prevenir la trata deben tomar en cuenta factores que tornan más vulnerable a esta población, respetuosas del resto de sus derechos fundamentales. La criminalización de las personas explotadas agrava esa vulnerabilidad. Son necesarias medidas, servicios y programas legales, educativos y sociales para hacer frente a los factores causantes de la vulnerabilidad especial de esta población. Incluyendo, el rechazo por parte de las familias o comunidades culturales, la falta de independencia financiera, la falta de vivienda, las actitudes sociales discriminatorias que conducen una baja autoestima y la falta de protección contra la discriminación en el acceso a la vivienda, el alojamiento, el empleo y los servicios sociales.

**Principio 12. Derecho al trabajo.** A toda persona debe facilitarse el acceso a un trabajo digno y productivo, en condiciones equitativas, satisfactorias y la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 13. Derecho a la Seguridad Social y medidas de protección social.** Los beneficios laborales relacionados con la existencia de una pareja o cónyuge deben extenderse a la población sexualmente diversa. Entre ellos, la licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, atención o beneficios ligados a la salud, seguros que cubran cuestiones sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios para paliar la pérdida de apoyo como resultado de enfermedad o muerte de cónyuges o parejas.

**Principio 14. Derecho a un nivel de vida adecuado.** Es ilegítima la exclusión, por motivos de orientación sexual o identidad de género, en el acceso a una alimentación adecuada, agua potable, servicios sanitarios y vestimenta adecuadas. El grupo LGTB tiene derecho a la mejora continua de sus condiciones de vida, sin discriminación.

**Principio 15. Derecho a la vivienda digna.** Es necesario adoptar normativa para prohibir la ejecución de desalojos incompatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y que aseguren la disponibilidad de recursos legales u otros apropiados que resulten efectivos para cualquier persona que afirme que le fue violado, o se encuentra bajo amenaza de serle violado, un derecho a la protección contra desalojos forzados, incluyendo el derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a tierra alternativa de mejor o igual calidad y a vivienda adecuada, sin discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género o estado marital o familiar. Los programas sociales deben propender a resolver la exclusión social, la violencia doméstica y de otra índole, la discriminación, la falta de independencia financiera y el rechazo por parte de familias o comunidades culturales, así como para promover esquemas de apoyo y seguridad vecinales.

**Principio 16. Derecho a la educación.** El acceso a la educación debe garantizarse desde el aspecto pasivo y activo del proceso, significa que debe excluir la discriminación por ser integrantes del grupo LGTB contra alumnos o docentes. La educación debe promover el respeto a esta población, el desarrollo de su propia personalidad. Los métodos, currículos y recursos educativos deben servir para aumentar el respeto a

este grupo. La protección a estas personas no puede implicar exclusión del sistema educativo.

**Principio 17. Derecho al disfrute del nivel más alto de salud posible.** La salud física y mental deben ser protegidas también para la población LGTB, considerando a ese efectos sus singularidades. Lo anterior, incluye el acceso a modificaciones corporales.

**Principio 18. Protección contra abusos médicos.** Es ilegítimo obligar a una persona a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas. Debe adoptarse medidas para evitar que el cuerpo de ninguna criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior. En ese sentido, ante el nacimiento de personas transgénero, es decir, que presentan desde el nacimiento características físicas o fisiológicas de varios géneros, debe evitarse la mutilación irreversible de su cuerpo, práctica médica que ha sido común. Asimismo, debe protegerse a la población LGTB contra procedimientos o investigaciones médicas carentes de ética o no consentidas. Por ello debe revisarse, también, los programas de cooperación que faciliten esta injerencia indebida. Finalmente, *es indispensable garantizar la prescripción de tratamientos o consejería de índole médica o psicológica que considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos.*

**Principio 19. Libertad de opinión y expresión.** La pertenencia al grupo LGTB debe excluirse como causa para coartar la libertad de opinión o expresión. Esta libertad incluye la expresión de la identidad o la personalidad me-

dante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso las concernientes a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin limitación por las fronteras. Asimismo, debe asegurarse que la producción y organización de los medios de comunicación regulados por el Estado sea pluralista y no discriminatoria en lo que respecta a asuntos relacionados con la población LGTB y en la contratación de personal y las políticas de promoción, dichas organizaciones no discriminen por ese motivo. La libertad de expresión de los medios de comunicación no les autoriza a promover la violación de derechos fundamentales. Las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no deben ser utilizadas para restringir, en una forma discriminatoria, ningún ejercicio de la libertad de opinión y de expresión que afirme las diversas orientaciones sexuales o identidades de género.

**Principio 20. Libertad de reunión y asociaciones pacíficas.** Toda persona es libre de manifestarse de manera pacífica, esto incluye a la población LGTB. Las personas pueden crear y reconocer, sin discriminación, asociaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género, así como asociaciones que distribuyan información a, o sobre personas de las diversas orientaciones sexuales e identidades de género, faciliten la comunicación entre estas personas y aboguen por sus derechos y hacer que dichas asociaciones les sean reconocidas. Las reglas sobre divulgación de información referidas a asociaciones y grupos voluntarios no deben tener, en la práctica, efectos discriminatorios para aquellas asociaciones o grupos que abordan asuntos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, ni para sus integrantes. Esto significa que ninguna organización tiene la libertad de emitir consignas discriminatorias contra la población LGTB.

**Principio 21. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.** En el aspecto activo, consiste en el derecho de la población LGTB a expresar su pensamiento, conciencia y religión que quiera. En su aspecto pasivo, impide al Es-

tado justificar leyes, políticas o prácticas que nieguen el derecho a igual protección de la ley o que discriminen por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 22. Libertad de tránsito. La población LGTB tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, por ello, cualquier restricción de particulares o funcionarios públicos a su tránsito o expresión constituye una violación a derechos fundamentales. Esto incluye el ingreso o salida de un Estado.**

**Principio 23. Derecho al Asilo.** La persecución a la población por su pertenencia al grupo LGTB es base suficiente para el otorgamiento del asilo. Por ello, no se puede remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes basados en la orientación sexual o identidad de género. Se refiere al derecho de asilo por ser perseguido en un estado debido a esa condición, la supresión de la discriminación en el Estado a quien se solicita el asilo y la protección contra la remisión de una persona a un Estado donde pueda ser perseguido, con base en su pertenencia de grupo.

**Principio 24. Derecho a formar una familia.** Debe tutelarse las diferentes conformaciones familiares. Para ello la normativa y decisiones generales deben asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida (incluyendo la inseminación por donante). Asimismo, excluir la discriminación por esa razón, por ello el bienestar social y beneficios relacionados con la familia, al empleo y a la inmigración deben ser garantizados a las poblaciones LGTB. Debe contemplarse el interés superior del niño o la niña, sin que se pueda considerar incompatible con este interés, la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona. Los derechos, privilegios, obligaciones o beneficios que se otorga a personas de sexo diferente que están casadas o han registrado su unión deben ser disponibles, en igualdad de condiciones, para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión. Lo mismo, debe ocurrir con

las parejas del mismo sexo no casadas, cuando se reconozca derechos o beneficios a las parejas de sexo diferentes no casadas.

**Principio 25. Derecho a participar en la vida pública.** Este derecho autoriza a: postularse a cargos electivos, participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y tener acceso, en igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, incluyendo la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 26. Derecho a participar en la vida cultural.** La vertiente activa de este derecho le autoriza a cualquier persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, a tomar parte libremente en la vida cultural. En aspecto pasivo se tiene derecho a expresar la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género a través de la participación cultural.

**Principio 27. Derecho a promover los derechos humanos.** Toda persona puede promover la protección y realización de los derechos humanos en los planos nacional e internacional, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Esto incluye las actividades encaminadas a promover y proteger los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, así como el derecho a desarrollar y debatir nuevas normas relacionadas con los derechos humanos y a trabajar por la aceptación de las mismas. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar condiciones favorables para las actividades antedichas. Así como, proteger a los defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajen en asuntos relacionados a la población LGTB, facilitando acceso a organizaciones y órganos de derechos humanos nacionales e internacionales, de participación en estos y de comunicación con ellos, sin discriminación ni trabas. Debe apoyarse el reconocimiento y la acreditación de organizaciones que promueven y protegen los derechos humanos de personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género a los niveles nacional e internacional. También debe protegerlos contra toda violencia, amenaza, represalia, discriminación de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción ar-

bitraria perpetrada por el Estado o por agentes no estatales en respuesta a sus actividades en materia de derechos humanos.

**Principio 28. Derecho a recursos y resarcimientos efectivos.** Toda víctima de una violación de los derechos humanos, incluso de una violación basada en la orientación sexual o la identidad de género, tiene el derecho a recursos eficaces, adecuados y apropiados. Las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas del grupo LGTB o de asegurar su adecuado desarrollo, son esenciales para consolidar este derecho. La reparación incluye la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantía de no repetición y/o cualquier otro medio que resulte apropiado. Debe ser ejecutadas en forma expedita, como dotar de recursos a quienes no los tienen, con el fin de lograr esa reparación. Lo anterior, incluye los programas de capacitación y sensibilización, también a los docentes y estudiantes en todos los niveles de la educación pública, a colegios profesionales y a potenciales violadores o violadoras de los derechos humanos, para promover el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y el cumplimiento de las mismas, de conformidad con estos Principios, como también para contrarrestar las actitudes discriminatorias por motivos de orientación sexual o identidad de género.

**Principio 29. Responsabilidad.** Las personas LGTB cuyos derechos humanos sean violados, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, tienen derecho a que a las personas directa o indirectamente responsables de dicha violación, sean funcionarios o funcionarias públicas o no, sean responsabilizadas por sus actos de manera proporcional a la gravedad de la violación. Debe reducirse el nivel de impunidad para quienes cometan violaciones a los derechos humanos relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género.

Para ello, es fundamental implementar procedimientos penales, civiles, administrativos y de otra índole, mecanismos de vigilancia, apropiados, accesibles y eficaces.

Que todas las denuncias por delitos cometidos con base en la orientación sexual o identidad de género real o percibida de la víctima, incluidos aquellos descritos en estos Principios, sean investigadas rápida y minuciosamente y que, en aquellos casos que se encuentren pruebas apro-

piadas, se presenten cargos formales contra las personas. Es necesaria la creación de instituciones y procedimientos independientes y eficaces que vigilen la redacción y aplicación de leyes y políticas para asegurar que se elimine la discriminación por motivo de pertenencia al grupo LGTB. Debe suprimirse los obstáculos que impidan iniciar procesos contra personas responsables de violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género.

El grupo de principios expuesto es la adaptación de los derechos fundamentales de toda persona a las necesidades particulares de la población LGTB, provocadas por los actos de discriminación que enfrentan en la actualidad. Es una labor que asume la Comisión de Diversidad Sexual para lograr la alfabetización del colectivo de los abogados y abogadas sobre los temas planteados en Yogyakarta, pero que indudablemente constituyen un punto de partida importante en la promoción de los derechos humanos y la realización del principio de una sociedad democrática y pacífica.

#### **BIBLIOGRAFIA.**

Comisión Internacional de Juristas. (2007) Principios de Yogyakarta.

[http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf) HYPERLINK "http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\_sp.pdf" [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf), obtenida el 27 de mayo de 2012.

## ¿QUÉ ESTADO NO VIOLA DERECHOS HUMANOS? EL CASO DE SOFISTICADAS VIOLACIONES (SISTEMÁTICAS) POR PARTE DE INSTITUCIONES DEL ESTADO

**Comisión de Derechos Humanos<sup>1</sup>**  
**Lic. Gunnar Nuñez Svanholm<sup>2</sup>**  
**Lic. Maikel Hinrichs Quirós<sup>3</sup>**

### Resumen

Derechos Humanos y violencia son procesos de autoproducción abiertos. La humanidad y sus expresiones sociales serían "procesos de autoconstitución sin naturaleza y que se dan su propio sentido (y pueden comunicarlo)" (Gallardo, 2008, p.1). La constitución de Derechos Humanos, su denominación y verificación en cuanto que capacidades de posible reclamación en los tribunales (nacionales e internacionales) se encuentran sujetas a los "situados diversos", los directamente involucrados, en la **producción**, para su circunstancia, de Derechos Humanos y la actualización de los ya existentes. Es responsabilidad de los "situados diversos" y del propio Estado atender las violaciones realizadas con la participación (acción u omisión) de instituciones del Estado. Especialmente aquellas en que se encuentren involucrados superiores jerárquicos.

### Abstract

Human rights and processes of self-violence are open. Humanity and its social expressions would be "self-constitution processes of nature and not given their own sense (and can communicate)" (Gallardo, 2008, p.1). The constitution of Human Rights, and check your name in that capacity may claim in court (domestic and international) are subject to the "located several" those directly involved in production, for his circumstances, Human Rights and updating existing ones. It is the responsibility of "located

several" and the State itself address the violations carried out with the participation (action or inaction) of state institutions. Especially those who are involved superiors.

### Palabras clave

Derechos Humanos, Procesos abiertos, Violencia, Instituciones del Estado, Violencia sistemática.

### Key Words

Human Rights, open processes, Violence, State Institutions, systematic violence.

*Dimidium facti, qui coepit, habet: sapere aude, / incipe*

### **Epístola II de Horacio, Epistularum liber primus, 40**

*La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor*

*para servirse por sí mismo de ella sin tutela de otro.*

*¡Sapere aude! ¡Ten valor de experimentar de tu propia razón!:*

*he aquí el lema de la ilustración.*

### **Immanuel Kant, ¿Qué es la Ilustración?**

*El sentido de la **otredad positiva** se abre así a la **legítima pluralidad de la experiencia humana, a su diversidad, al diálogo entre culturas desemejantes, entre racionalidades diferentes** (la científica operativa y la cotidiana existencial, por ejemplo) y entre **sectores y grupos sociales** desagregados por la edad/generación, la etnia/cultura, el sexo-género, la propiedad monopóli-*

1 Integrantes de la Comisión: MSc. Jeannette Arias Meza, Lic. Álvaro Sánchez González, Lic. Gunnar Nuñez Svanholm, Lic. Maikel Hinrichs Quirós, Lic. Tomás Poblador Ramírez, Dra. Dennia Fernández Morales, Lic. Rodolfo Golfín Leandro.

2 Abogado litigante.

3 Licenciado en Derecho, Abogado litigante, Consultor de Naciones Unidas (PNUD) Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

*ca excluyente, los hábitos de existencia, la relación salarial, la oposición campo/ciudad, el colonialismo y la dependencia, etc.*

### **Ellio Gallardo, El alcance político de las diversas concepciones de Derechos Humanos**

#### **Violencia, poder y derecho**

En 1932, cerca de Postdam, A. Einstein escribe a S. Freud, en Viena. El científico natural, si se quiere la clasificación, pregunta de manera retórica "¿existe algún medio de librar a la humanidad de la amenaza de la guerra?" En este punto de vista centra "la" guerra como algo, en principio, inhumano; y la agresión y la violencia como elementos de los cuales, si queremos ser humanos, debemos deshacernos. Einstein, alemán de ascendencia judía, escribe una carta a Freud, vienés de ascendencia judía. En ella pretende involucrarle en la solución de los conflictos "por consenso internacional", a partir de las proposiciones de la Liga de las Naciones y de su *international Institute of Intellectual Cooperation*. Sostiene, así, un discurso en términos de valores puestos en juego en dicha forma de solución. Continúa con la negación del odio y la destrucción como elementos "normales" de la vida humana y tiende a centrar estas emociones como "rescaldos" de una humanidad "bárbara" que siguen existiendo dentro del "hombre" como algo no apetecible, y que solo tienen su expresión en situaciones excepcionales.

Freud, en primer término pone claridad en cuanto al carácter "no científico" de la cuestión planteada, y reafirma la ubicación de la misma como parte de la "política práctica, propia del estudio de un político". Él, quien a este momento ya había renegado de su ascendencia judía según cuentan algunos historiadores, se señala como un incompetente, no creo que alguien se esperara esta respuesta de un austriaco, lo que no obstante es una excelente estrategia para no meterse en el asunto por donde lo quería Einstein. Así las cosas, deja en claro que se le pide tomar partido por uno de los lados que ejerce violencia pero que no califica a esta como tal sino como "derecho", "poder válido" y esto supondría por su parte que los otros serían una "pandilla".

La principal diferencia hasta este momento entre Einstein y Freud es que el último, en 1932, no siente inclinación y no tiene razón que le obligue a estar en contra de una guerra que en ese momento no observa que esté perdiendo. Otra cosa pudo haber sido en 1938 cuando sale rápidamente de Viena hacia Londres. Es decir, Freud tiene claro que el problema no es "LA" guerra, sino aquella guerra que se pierde y en la que ejercen violencia contra "uno" (nosotros), en la cual "uno" es violentado. Tan claro es esto que le asesta fuertemente a la posición de Einstein, personalmente, y también como padre de uno de los mayores instrumentos de destrucción masiva: "Empieza con las relaciones entre el Poder y el Derecho, y esto es con toda seguridad el punto de partida de nuestra investigación. Pero en cuanto a la palabra "poder", la sustituiré por otra más dura y que mejor lo expresa: "violencia". En derecho y violencia, tenemos hoy una evidente antinomia. Es fácil probar que uno se deriva del otro, y cuando retrocedemos a los orígenes y examinamos las condiciones primitivas, la solución del problema se sigue fácilmente. (...) Por qué nosotros, usted y yo y muchos más, protestan de modo tan vehemente contra la guerra, en lugar de aceptarla como otra forma más de las odiosas presiones de la vida? Parece una cosa bastante natural, profundamente biológica y prácticamente inevitable. Confío en que no le chocará que le haya planteado este problema. Pues cuanto mejor se lleva una investigación, tanto más se cala en la máscara de una pretendida indiferencia. La respuesta a mi pregunta puede ser la siguiente: Porque cada hombre tiene el derecho sobre su vida y la guerra destruye las vidas que estaban llenas de promesas y fuerzan al individuo a situaciones que avergüenzan a la juventud, obligándoles a asesinar a otros jóvenes contra su voluntad; acaba con las amenidades materiales, frutos del trabajo humano, y con mucho más que eso. Además, las guerras, según y como están dirigidas, no permiten ya los actos de heroísmo según los viejos ideales; dada la gran perfección de las armas modernas, la guerra significa la total exterminación de uno de los combatientes, si no de los dos. (...) Con mis más cariñosos saludos, y si este exposé es para usted una decepción, mi sincero sentimiento." (Einstein, 1932, p.1047) Ya para este momento Einstein había tenido que salir prontamente de Alemania y era reconocido como el padre de la primera arma de destrucción

nunca antes imaginada como posible.

## I. Derechos Humanos como procesos abiertos

Zapatero a tu zapato. Esta comunicación entre Einstein y Freud permite acercarnos al tema Derechos Humanos y a las sofisticaciones de la violencia, "poder" (Ebeinstein, 1932, p.1047), desde un punto de observación estructural, o sea, reparando en la organización que concretamente actúa en la vida de los seres humanos involucrados en los procesos de autoproducción de conocimiento y de existencia. Así el concepto Derechos Humanos participa de las características de procesos abiertos que **visibilizan** tanto los conflictos que pueden darse al interior de estas listas de Derechos Humanos, y entre derechos de una misma lista, como las condiciones sociohistóricas en que ellos fueron demandados, judicializados y asumidos por la cultura ciudadana y social. No los aísla (al no ponerlos al frente, como un **producto acabado**) de las tensiones y conflictos que los gestaron y que llevaron a su institucionalización. (Gallardo, 2008, p.1) Y, por otra parte, ubica la cuestión "Derechos Humanos" como tema oferta de diálogo entre situaciones diversos (sectores sociales, personalidades, etc.) y que deseen escucharse y participar en emprendimientos colectivos o llegar a acuerdos. (Gallardo, 2008, p.1) Lo mismo valdrá para el concepto de violencia, más claramente identificado con violencias como un asunto de grados.

Estas conceptualizaciones, de hecho, dan un papel preponderante a estos "situados diversos", los directamente involucrados, en la **producción**, para su circunstancia, de Derechos Humanos y actualización de los ya existentes; especialmente aquellos "situados", si así se les puede llamar, menos posicionados. El tema se las trae, no obstante, su reconocimiento es real. Al referirse al área de estudio del concepto Derechos Humanos Haba considera que: "Una sociedad que sea, por los menos tendencialmente, del tipo que ETZIONI llama activa, constituye el terreno más propicio tanto para dar lugar al respeto efectivo de derechos humanos como para impulsar la receptividad de conocimientos científicos capaces de beneficiar la puesta en práctica de tales derechos: ¡la asociación de miembros que se tratan recíprocamente como fines, y a los no miembros como si fuesen miembros ... una sociedad que se conoce a sí misma, está com-

prometida en el avance hacia una realización más plena de sus valores, domina las palancas que tal transformación requiere y es capaz de fijar límites a su capacidad de autoalteración, para que no llegue a ser automutilación. Esta sería una sociedad activa." (p.20 y 23)./ Nuestra concepción de los derechos humanos se orienta hacia modelos de sociedad semejantes. Puede decirse que, en tal sentido, la idea de "sociedad activa" significa el criterio crítico básico de esta Investigación, en cuanto al nivel axiológico de sus análisis. También nosotros, pues, encaramos: / "el estudio de una sociedad entregada a la realización de sus valores, y un examen de las barreras que impiden a las sociedades realizar esos valores e investigar métodos para acelerar su cumplimiento" (ibid., p.19)" (Haba Müller, 1986, p.25)

## II. Instituciones del Estado y violencia sistemática

Limitemos la violencia a aquella sistémica. El carácter sistemático o generalizado de un ataque se verifica con la **comisión múltiple de actos** (Kai Ambos, 2006, p. 299) contra "una gran cantidad de víctimas que, como se señaló anteriormente, pueden ser bien el resultado de múltiples actos, bien un acto único 'de extraordinaria magnitud'. El común denominador de un ataque sistemático es que 'se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido', destacando la naturaleza organizada del ataque." (Kai Ambos, 2006, p. 300) El concepto es aplicable, en la más restrictiva de las interpretaciones, a cualquier violación de Derechos Humanos.

Ahora bien, al diferenciar las responsabilidades por violaciones a Derechos Humanos es dable considerar al menos dos tipos: la responsabilidad individual y la responsabilidad de entidades abstractas. (Kai Ambos, 2006, p. 123) Dentro de estas nos interesan, para el caso de Costa Rica, la Institucional existente dentro del Estado que realiza u omite velar por la no realización de actos contra los Derechos Humanos. Y más cercanamente la del superior jerárquico que se encuentra involucrado en la comisión (acción u omisión) de tales transgresiones a Derechos Humanos.

El espacio, como siempre, no es suficiente. Sin embargo el tema se encuentra planteado, que era el punto de nuestro interés. La discusión

puede continuar. Cabe citar, eso sí, al menos una lista simple de Derechos Humanos o sus posibles actualizaciones para la realidad de Costa Rica, más aún cuando se sostiene que:

*“Costa Rica, la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es generalmente dada como ejemplo de democracia y compromiso a los derechos humanos. En general, lo es; la promoción de los derechos civiles y políticos, como los económicos y sociales han sido preocupaciones fundamentales de sus distintos gobiernos. Sin embargo, es un país que tiene problemas graves, incluyendo un sistema judicial muy lento y largos términos de detención sin juicio, trabajo infantil, desigualdad, y violencia contra las mujeres y los niños.”* [http://www.derechos.org/nizkor/costa\\_rica/](http://www.derechos.org/nizkor/costa_rica/)

La lista puede contener inicialmente:

### **El derecho de libertad de reunión y asociación pacíficas**

#### **Libertad de opinión y de expresión**

La reflexión colectiva sobre la función de la institución y el ejercicio de sus competencias

Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Dignificación de los garantes de los derechos humanos de todos y a la vez de la legalidad de los poderes públicos

#### **Bibliografía**

**Ambos**, K. (2006), Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Madrid: Marcial Pons.

**Ebenstein**, W. (1975). Los grandes pensadores políticos, De Platón hasta hoy. Barcelona: Ariel.

**Gallardo**, H. (2008). [http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com\\_content&task=view&id=102&Itemid=9](http://heliogallardo-americalatina.info/index.php?option=com_content&task=view&id=102&Itemid=9)

**Haba Müller**, P. (1986). Tratado Básico de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro.  
[http://www.derechos.org/nizkor/costa\\_rica/](http://www.derechos.org/nizkor/costa_rica/)

## LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE COSTA RICA, UNA VISIÓN SIEMPRE OPTIMISTA

**Dyalá Jiménez Figueres<sup>1</sup>**

### Resumen

La ley N°8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley 8937") entró en vigor el 25 de mayo de 2011. Esta ley solo se aplica a los arbitrajes comerciales internacionales, con lo cual Costa Rica optó por un sistema dualista<sup>2</sup>, tal como lo han hecho por ejemplo Chile y Colombia en la región.

Al adoptar la versión de 2006 - y no aquella de 1985 - de la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Ley Modelo 2006»), Costa Rica ha incluido en su ley aspectos modernos la doctrina internacional y de la práctica del arbitraje comercial internacional<sup>3</sup>. En el presente artículo se analizarán algunas de las disposiciones de la nueva ley (A), seguido de un panorama general de la jurisprudencia y la práctica relacionada a la mencionada ley (B).

### Abstract

Law No. 8937 on International Commercial Arbitration («8937 Act») came into force on May 25, 2011. This law only applies to international commercial arbitration, which Costa Rica opted for a dual system, as they have for example, Chile and Colombia in the region.

In adopting the 2006 version - and not that of 1985 - Model Law proposed by the United Nations Commission on International Trade Law («Model Law 2006»), Costa Rica has included in its modern aspects law international doctrine and

practice of international commercial arbitration. This article will explore some of the provisions of the new law (A), followed by an overview of case law and practice relating to the Act (B).

### Palabras clave

Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, medidas cautelares en el arbitraje internacional, ejecución de laudos, confidencialidad del procedimiento, publicación de los laudos.

### Key words

Costa Rican International Commercial Arbitration Law, provisional measures in international arbitration, enforcement of arbitral awards, confidentiality of arbitral proceedings, publication of awards.

### A. El texto de la Ley 8937

Como lo ha señalado Eduardo Silva Romero, la Ley 8937 no adoptó en su totalidad el texto de la Ley Modelo 2006<sup>4</sup>. El análisis se centrará entonces en ciertas disposiciones de la nueva ley que fueron tomadas de la Ley Modelo, ya sea porque fueron modificadas parcialmente en la Ley 8937, ya sea porque resultan de interés desde un punto de vista académico (1). De igual manera, se analizarán ciertos artículos que fueron agregados por el legislador costarricense (2).

#### i. Los artículos 2, 6, 7, 17 y 35

El artículo 2A establece en primer término que debe tenerse en cuenta el origen internacional de la Ley 8937 en su interpretación. La autoridad judicial designada para determinados procedimientos en aplicación del artículo 6 de la Ley 8937 es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ("Sala Primera"). Este hecho merece ser destacado, por cuanto una especialización judicial es lo ideal a los efectos de lograr un de-

1 Especialista en arbitraje internacional. Ha sido nombrada en calidad de árbitro único y de presidente de tribunal en arbitrajes ICC y ad hoc. También ha ejercido como secretaria administrativa de un tribunal en un caso complejo con sede en París. Página web: [www.djarbitraje.com](http://www.djarbitraje.com). Traducción y adaptación del artículo original publicado en francés en *Cahiers de l'arbitrage*, 01/2012. Agradezco a mi asociada Karina Cherro por la traducción. También agradezco a María del Mar Herrera por su contribución relativa a la ejecución de las medidas cautelares, en los párrafos 9 y siguientes infra.

2 La Ley 7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, del 4 de diciembre de 1997 ("Ley 7727"), regula el arbitraje doméstico.

3 Párrafo 2 de la Nota Explicativa de la CNUDMI sobre la Ley Modelo 2006.

4 Como lo ha mencionado Eduardo Silva Romero en su artículo «La nouvelle loi costarienne sur l'arbitrage commercial international du 25 mai 2011,» *Rev. arb.* 2011(3), p. 843

sarrollo uniforme del arbitraje comercial internacional y, sobre todo, aportar un respaldo jurídico eficaz en este ámbito. Pocos países cuentan con este lujo, ya sea porque son países federales o porque esta potestad no se concede a la máxima autoridad judicial<sup>5</sup>.

Aunque la Sala Primera ya cuenta con una importante experiencia en el ámbito del arbitraje gracias a la Ley 7727, esta disposición debiera dar a los jueces de la mencionada sala un nuevo aire, más aun desde que el arbitraje se ha consolidado como el mecanismo habitual para la solución de controversias en el comercio internacional.

En lo que respecta a la definición del acuerdo de arbitraje, el legislador costarricense ha adoptado la versión I (clásica) del artículo 7, exigiendo la escrituración como condición de validez del acuerdo de arbitraje. Es posible que esta elección obedezca a la concepción jurídica de Costa Rica de acuerdo con la cual el arbitraje es una excepción a la regla del "juez natural", y por lo tanto un acuerdo para sustraer ciertos litigios de la órbita de la justicia estatal debe constar por escrito<sup>6</sup>. En cualquier caso, dado el vínculo tan estrecho entre el aspecto probatorio del acuerdo de arbitraje y su validez, el haber elegido esta versión y no la versión II tiene en la práctica poca relevancia.

Por otro lado, el artículo 10 de la Ley 8937 incluye dos modificaciones al artículo originalmente propuesto por la Ley Modelo 2006. La primera es que el número de árbitros a falta de acuerdo entre las partes en Costa Rica es uno y no tres. Costa Rica ha seguido en este aspecto a Chile, lo que no tiene mucho sentido ya que, a diferencia de Chile, en general en Costa Rica

los arbitrajes locales cuentan con tres árbitros<sup>7</sup>. Sin lugar a duda los gastos vinculados al número de árbitros fueron considerados como un factor determinante para tal elección<sup>8</sup>. La segunda modificación es que el legislador costarricense ha creído necesario precisar que la cantidad de árbitros debiera estar dada por una cifra impar, siguiendo lo ya establecido en la Ley 7727. Por nuestra parte apoyamos esta disposición, que garantiza la imparcialidad de los árbitros designados por las partes y permite a los árbitros desempatar de forma más simple.

Pasando al tema de las medidas cautelares, dos asuntos son de nuestro interés especial: la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales y, las órdenes preliminares, que fueron objeto de polémica durante la reforma de la Ley Modelo en 2006. A modo de contexto, cabe mencionar que Costa Rica adoptó la totalidad de las disposiciones del texto de la Ley Modelo 2006<sup>9</sup>.

En relación con la ejecución de medidas cautelares provisionales ante tribunales costarricenses, se han surgido discrepancias en la comunidad jurídica costarricense sobre si, al momento de ejecutar una medida cautelar ante un tribunal, éste debe o no emplazar a la parte sobre la que va a pesar dicho gravamen previo a su ejecución. Este es un aspecto que no está expresamente regulado pero sobre el cual convendría fijar una posición.

Quienes defienden que se debe notificar a la parte afectada por la medida previamente a su ejecución se basan en el hecho de que el artículo 17(I) establece una serie de motivos bajo los cuales deberá denegarse la ejecución de las medidas. Indican que si la parte afectada no es notificada de previo a su ejecución, entonces no podrá alegar la existencia de estos motivos y, por lo tanto, quedaría indefensa frente a la petición de su contraparte. A pesar de que a primera vista ello pareciera lo razonable, discrepamos de esta posición.

5 Eduardo Silva Romero opina que esta disposición "[...] otorga a la vez a [la Sala Primera] la facultad de delegar todas estas funciones a otra autoridad judicial. Por lo tanto, el deseo de que los mejores jueces estén involucrados en el arbitraje internacional y garanticen una cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de la nueva ley corre el riesgo de que termine resultando letra muerta."(Párrafo 25). En Costa Rica, los tribunales pueden delegar en tribunales inferiores ciertas funciones de la administración judicial, tales como las notificaciones (artículo 36 del CPC), lo cual no significa que "todas [las] funciones" de la Sala Primera se puedan delegar. Esto quizá haya estado implícito en mi artículo, "Costa Rica: Passage of Model Law marks a milestone", *Global Arbitration Review*, 16 de junio de 2011, al cual Eduardo Silva Romero hace referencia.

6 Sin embargo, no existen antecedentes en los debates legislativos que permitan explicar esta elección. La historia legislativa se encuentra disponible, a pedido, en la Asamblea Nacional. Agradezco a Andrés López, María del Mar Herrera y Nathalie Miranda (BLP Abogados, Costa Rica) por la colaboración brindada en la investigación de este tema.

7 En efecto, el artículo 24 de la Ley 7727 establece que a falta de acuerdo entre las partes sobre el número de árbitros, la opción será la de tres árbitros.

8 Esta discusión podría explicarse por el hecho de que el informe, en el marco de las discusiones legislativas, indicó por error que la Ley Modelo 2006 prevé un árbitro como regla general. Ver p. 83 del documento "Discusión en comisión".

9 A excepción del artículo 17(2), en el cual el legislador costarricense no estimó necesario mantener la forma de la decisión: "sentencia" u "otra" y precisa únicamente que ella debe estar "motivada".

Quienes abogan por la posición opuesta, es decir, por la falta de necesidad de emplazamiento previo al momento de tramitar la ejecución de la decisión arbitral, se basan en las siguientes razones: (a) la medida cautelar ya ha sido adoptada por el tribunal arbitral, en el marco de un arbitraje en el que la contraparte fue enterada sobre el dictado de dicha medida; (b) es práctica común de los tribunales costarricenses que éstos dicten medidas cautelares previo a notificar a la parte afectada por la mismas, con el fin de evitar que se entorpezca su ejecución, (c) si la parte afectada por la medida considera que existe algún motivo por el que debe denegarse la ejecución, puede hacerlo saber al tribunal una vez que se haya ordenado la ejecución, puesto que nada impide que el tribunal pueda revocar la orden de ejecución; (d) la parte afectada puede solicitar el levantamiento de dicha medida al tribunal arbitral (artículo 17B de la Ley 8937); y (e) el mismo artículo 9 de la Ley 8935 prevé la posibilidad de que un tribunal ordinario dicte una medida cautelar incluso antes del inicio del arbitraje<sup>10</sup>.

Tomando en cuenta, sin embargo, que existe cierto paralelismo entre el régimen de ejecución de medidas cautelares y el de ejecución de laudos bajo el artículo 36 de la Ley Modelo y que bajo este último la práctica extendida es dar traslado previo a la parte afectada, una posición intermedia podría sugerir que la regla general debiese ser la notificación previa, a menos que la parte requirente solicite el emplazamiento posterior por peligro de frustración de la medida. Lo anterior porque se debe tener en cuenta siempre el propósito final de estas medidas, cual es de garantizar el resultado del arbitraje.

En este contexto, uno de los aspectos más relevantes y positivos es el que las demandas *ex parte* al tribunal arbitral de órdenes preliminares sean autorizadas en virtud de los artículos 17B y 17C. Sin estas disposiciones, no sería posible solicitar estas medidas al tribunal arbitral sin ponerlas en conocimiento de la otra parte en forma simultánea, lo que debilitaría estas solicitudes en las cuales el efecto sorpresa es esencial. En este punto discrepamos con la teoría dominante, que como lo indica Eduardo Silva Romero, "(...no ve) cómo el fundamento consensual del arbitraje y

el respeto por un proceso equitativo, incluido el principio contradictorio, pueden conciliarse con la potestad otorgada a los árbitros de adoptar medidas provisionales *ex parte*"<sup>11</sup>.

Estos artículos prevén un régimen específico por el cual las partes pueden asegurarse, en el mismo procedimiento arbitral –sin necesidad de dispersar sus esfuerzos y recursos–, un mecanismo rápido y eficaz. No vemos de qué manera el "fundamento consensual" pueda verse amenazado, ya que siendo el consenso la base de la jurisdicción arbitral y de otros aspectos del procedimiento, este consenso no afecta la potestad de los árbitros. Además, este régimen respeta la equidad y el principio contradictorio a los que hace referencia la doctrina, al prever una vida limitada para estas medidas (art. 17C(4)), así como la posibilidad para la parte involucrada de oponerse (art. 17C(2)).

Cabe mencionar, en último lugar, que para conceder estas medidas los árbitros deben seguir los criterios exigidos por el artículo 17A(1) (a), admitiéndolo cual impide que estas decisiones sean dejadas al "libre arbitrio" de los árbitros<sup>12</sup>. El objetivo es encontrar un equilibrio entre el interés legítimo del eventual beneficiario de la decisión y el principio del contradictorio. Finalmente, en lo que concierne la ejecución de los laudos arbitrales –dictados en Costa Rica o en el extranjero, de acuerdo al artículo 35(1)– la Ley 8937 no designa una autoridad competente específica. El texto de este artículo es el siguiente:

"Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36".

Se puede concluir a partir de este texto que la homologación de laudos ya no es necesaria, desde el momento en que el laudo "será reconocido como vinculante". A diferencia de lo que prevé la Convención de Nueva York, la Ley Modelo no hace referencia al "reconocimiento y ejecución" en una locución unitaria, sino que di-

10 El análisis relativo a la ejecución de medidas cautelares fue contribuido por María del Mar Herrera, cuyas reflexiones y contribuciones durante el V Congreso de Arbitraje Internacional en Costa Rica (2012) dieron nacimiento a este apartado.

11 Eduardo Silva Romero, obra citada, párrafo 21.

12 Ver artículo 17B.3. El tribunal arbitral debe además evaluar el daño como "el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden".

ferencia ambos conceptos. Siendo este el caso, la autoridad competente para la ejecución de los laudos arbitrales debiera ser entonces el juez designado de acuerdo a las normas del derecho común<sup>13</sup>. Esto significaría que el juez de la ejecución es el llamado a interpretar y aplicar el artículo 36 de la Ley 8937.

Una interpretación como esta no causaría ningún inconveniente en términos de política judicial tratándose de laudos arbitrales emitidos en Costa Rica, porque el recurso de anulación (artículo 34) de la Ley 8937 garantiza en principio una protección suficiente y eficaz. De igual manera, se trataría de una interpretación razonable y coherente con el sentido del texto. Además, exigir la homologación de un laudo que hubiera sido objeto de una petición de nulidad iría en contradicción con todo el sistema y la lógica del arbitraje internacional.

Sin embargo, cabe plantearse la interrogante de si la competencia de la Sala Primera se ve restringida en el caso de laudos emitidos en el extranjero, en virtud de este "régimen especial de *exequátur*" planteado por los artículos 35 y 36. Una interpretación orgánica de la Ley 8937 otorgaría una respuesta afirmativa, ya que el artículo 6 de esta ley no incluye los artículos 35 y 36 dentro de las funciones judiciales atribuidas a la Sala Primera<sup>14</sup>.

No existiría, a la luz de la Convención de Nueva York, ningún inconveniente para adoptar esta interpretación; es más, adoptar tal interpretación sería más favorable que la interpretación clásica sugerida por la propia Convención en su artículo VII. Pero si todos los laudos emitidos fuera de Costa Rica resultaran automáticamente reconocidos, esto plantearía otro tipo de interrogantes. ¿Sería posible otorgar a los jueces de primera instancia el control de los laudos de la justicia costarricense? Junto con esto, ¿cómo lograr asegurar la uniformidad y especialización buscadas en esta materia? Estas interrogantes de política judicial se originan en una importante laguna o imprecisión de la Ley Modelo (original y 2006) y llaman a la reflexión no solo en Costa Rica sino en todos aquellos países que han adoptado la Ley Modelo sin introducir ninguna modificación a los artículos mencionados.

## ii. Los artículos 1(5), 37 y 38

Eduardo Silva Romero ha identificado las disposiciones que el legislador costarricense ha incorporado al texto y que a continuación comentaremos.

En primer lugar, encontramos el artículo 1(5), en el cual se ha incorporado una frase que hace referencia a que "las disputas entre inversionista-Estado reguladas en los acuerdos internacionales" se encuentran excluidas de la aplicación de la Ley 8937. El texto del artículo es el siguiente:

«La presente ley no afectará a ninguna otra ley de Costa Rica en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley. Tampoco será de aplicación en las disputas entre inversionista-Estado reguladas en los acuerdos internacionales» (el subrayado corresponde al texto agregado).

Compartimos la opinión de Eduardo Silva Romero en cuanto a que esta disposición puede resultar problemática. Una interpretación literal de esta disposición podría impedir a un inversionista extranjero y al Estado de Costa Rica involucrados en un arbitraje derivado de un tratado bilateral de inversión, por ejemplo, elegir Costa Rica como sede del arbitraje. De esta manera, el artículo 1.5 limitaría el campo de aplicación de la cláusula de solución de controversias acordada entre Costa Rica y otro Estado en un tratado internacional. Esta limitación sería contraria al principio de *pacta sunt servanda*, al tratado internacional pertinente<sup>15</sup> y al espíritu de la Ley 8937, en particular, al artículo 2(a). Adicionalmente, y como fuera mencionado por Eduardo Silva Romero, el artículo 1(5) contradice directamente la definición de "comercial" del artículo 2(g) del mismo texto<sup>16</sup>.

15 Los tratados internacionales en Costa Rica ocupan un lugar jerárquico superior a los textos legales. Una contradicción entre la Ley 8937 y un tratado deberá siempre resolverse a favor de este último.

16 Como ha sido mencionado por Eduardo Silva Romero, obra citada. El artículo 2.g de la Ley 8937 comprende una definición amplia del concepto de "comercial" que incluye las inversiones. El texto de este artículo corresponde al de la nota del artículo 1.1 de la Ley Modelo.

13 El juez del domicilio del deudor o de la propiedad, según el caso. Ver artículos 24 y 25 del Código Procesal Civil de Costa Rica ("CPC")

14 La propia Ley Modelo no incluye estos artículos.

Además, la limitación alcanzaría solamente a los arbitrajes institucionales (salvo CIADI) o *ad hoc* basados en tratados internacionales, y no los arbitrajes puramente contractuales. Esto tampoco tendría ningún sentido desde un punto de vista político<sup>17</sup>.

Por las razones antes esgrimidas, una interpretación literal no puede ser aceptada. La única interpretación admisible para la nueva frase incorporada al artículo 1.5, tomada en el contexto del mismo artículo así como de la Ley 8937 en su totalidad, es aquella según la cual esta ley no pretende remplazar las normas procesales previstas por los instrumentos internacionales y que resulten incompatibles con las disposiciones de dicha ley, como por ejemplo un procedimiento CIADI. En consecuencia, se trataría más bien de la prolongación de la frase "únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley", que refiere al derecho local.

En segundo lugar, el legislador costarricense decidió agregar el artículo 37, que define la arbitrabilidad por referencia a las normas de derecho civil y comercial<sup>18</sup>. Es cierto que esta remisión legal no es ideal para un régimen que está diseñado para ser utilizado por abogados extranjeros<sup>19</sup>; no obstante, nuestra opinión es la de que en principio no hay nada que temer ya que la ley costarricense reconoce como arbitrable aquello comprendido en el artículo 18 de la Ley 7727:

"(...) controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes"<sup>20</sup>.

En todo caso nos preguntamos por qué el legislador creyó necesario incluir esta disposición o, dado el caso, por qué no haberla integrado al

17 En la página 3 del texto del proyecto legislativo, en la sección "Exposición de Motivos", el gobierno de Costa Rica señaló que uno de los objetivos de la ley era atraer las inversiones extranjeras y reforzar la imagen del país como sede neutral y apropiada para solución de controversias internacionales.

18 "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición y transacción, conforme a las disposiciones civiles y comerciales aplicables".

19 Eduardo Silva Romero, obra citada, párrafo 28.

20 En la discusión legislativa (p. 91 del documento "Discusión en comisión"), se menciona que el artículo 37 será completado por el artículo 18 de la Ley 7727.

artículo 2<sup>21</sup>.

Finalmente, en el artículo 38 se incorporó la confidencialidad como regla del procedimiento arbitral y la publicidad para los laudos que de este procedimiento resulten<sup>22</sup>, salvo que las partes dispongan lo contrario<sup>23</sup>. Esta última disposición se origina en la Ley 7727 y tiende a garantizar, por una parte, la transparencia en la relación entre árbitros y abogados en una comunidad jurídica acotada y, por otra, la debida motivación de las decisiones.

## B. La práctica y la jurisprudencia

La Ley 8937 debe también ser analizada a la luz de la práctica y la jurisprudencia existentes. En lo relativo a la práctica, Eduardo Silva Romero explica:

«[...] en América Latina, y en Costa Rica en particular, el arbitraje doméstico y el procedimiento judicial se regulan por normas muy similares e impregnadas de un gran formalismo. Los tribunales y los practicantes del arbitraje en estos países, en consecuencia, acostumbran a que en el arbitraje, tanto doméstico como internacional, se apliquen las formas procesales, algunas veces en extremo rígidas, del proceso judicial...resulta de temer entonces que los tribunales insistan en aplicar rigurosamente las reglas que conocen y utilizan en el arbitraje internacional»<sup>24</sup>.

Si bien es cierto que existen abogados y árbitros costarricenses que acostumbran seguir las normas de los procesos judiciales locales, esta no es la regla general. Por el contrario, en ciertas ocasiones en los arbitrajes domésticos los árbitros demuestran bastante imaginación<sup>25</sup>. La

21 El artículo 18 de la Ley 7727 es una combinación de los artículos 2 y 37 de la Ley 8937.

22 Los nombres de los árbitros y de los consejeros deben incluirse dentro de la publicación, pero las partes deberán ser identificadas únicamente por sus iniciales.

23 Se sugiere de esta manera que, cuando la intención sea prohibir la publicación del laudo, esta previsión se incluya en la cláusula de arbitraje.

24 Eduardo Silva Romero, obra citada, párrafo 18.

25 La Ley 7727 permitía una gran flexibilidad. Sin embargo, no estaba pensada para arbitrajes internacionales, básicamente porque no facultaba el desarrollo de un arbitraje en otro idioma que no fuera el español y además preveía que el derecho aplicable al fondo del asunto, a falta de acuerdo de las partes, fuera el derecho costarricense (incluidas las normas de conflicto

coexistencia de estas dos prácticas puede explicarse por el hecho de que el arbitraje internacional se ha desarrollado lentamente en Costa Rica y por ende la adopción de las prácticas *standards* en el ámbito internacional que aseguran un equilibrio entre el formalismo y la flexibilidad aún no se ha generalizado.

El análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera<sup>26</sup> permite descartar la aprensión de Eduardo Silva Romero. Cabe recordar que la Sala Primera ya ha adquirido una cierta especialización en este tema, y, como regla general, respeta y reconoce los principios rectores del arbitraje, como el principio de *kompetenz-kompetenz* y el de la autonomía de la cláusula arbitral. Tiene de igual manera una visión moderna de los conceptos de orden público y de respeto del contradictorio.

Dicho esto, hay que reconocer que la Sala Primera no está exenta de críticas. Puede citarse, por ejemplo, el caso aludido por Eduardo Silva Romero en el cual la Sala Primera anuló, en virtud de la nacionalidad extranjera (no costarricense) de dos árbitros<sup>27</sup>, un laudo dictado por un tribunal arbitral constituido al amparo de la *American Arbitration Association* y con sede en Costa Rica. Esto solo puede explicarse por el desconocimiento en esa época, tanto de los abogados de las partes como de la propia Sala, del artículo 2 de la denominada Convención de Panamá, que Costa Rica ratificó. En efecto, esta Convención prevé expresamente que los árbitros pueden ser extranjeros. A la fecha del laudo (junio de 2000), el arbitraje internacional era relativamente desconocido entre los abogados. No obstante lo anterior, ha sido duramente criticada y puede haber constituido un obstáculo en el desarrollo del arbitraje internacional en este país.

El segundo laudo citado por el mencionado autor involucraba una cláusula patológica<sup>28</sup>. La cláusula arbitral en cuestión, inserta en un

contrato entre una empresa privada y una entidad estatal, indicaba:

“Las controversias planteadas por el adjudicatario, para las cuales la vía administrativa haya sido agotada, podrán ser sometidas al arbitraje conforme al párrafo 3 del artículo 27 de la Ley General de Administración Pública”<sup>29</sup>.

El conflicto se originó en la rescisión unilateral, por parte del Estado, de un contrato para la exploración y explotación de petróleo, firmado con una empresa privada extranjera. La empresa persiguió al Estado en vía administrativa buscando la anulación de la rescisión, y luego a través de un arbitraje ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. El Estado presentó una excepción de competencia del tribunal arbitral invocando *inter alia* que no existía una cláusula arbitral y que la demandante había renunciado al arbitraje al recurrir a la vía administrativa. El tribunal arbitral se declaró competente, y acto seguido el Estado solicitó la anulación de esta decisión ante la Sala Primera basándose en el artículo 38 de la Ley 7727, que prevé un recurso ante esta Sala contra los laudos arbitrales impugnados por temas de competencia<sup>30</sup>.

La Sala Primera anuló la decisión del tribunal arbitral basándose en el hecho que la cláusula era facultativa y no obligatoria y, a falta de aceptación de la parte demandada, no era posible recurrir al arbitraje. También se hizo referencia a que la vía administrativa estaba abierta desde el momento en que el procedimiento seguía su curso, de manera que aun en el caso de que la cláusula fuese obligatoria, el arbitraje no habría podido prosperar por la propia cláusula.

Habiendo leído solo la decisión, es nuestra opinión *prima facie* que la Sala Primera disponía de antecedentes para tomar tal decisión. ¿De qué manera puede un procedimiento arbitral desarrollarse sobre la base de una cláusula facultativa sin mediar la aceptación de la parte demandada? Sin embargo, ¿no podría haber inter-

de leyes).

26 Todas las decisiones de la Sala Primera se encuentran disponibles en <https://pjenlinea.poder-judicial.go.cr/SistemaGestionEnLinea/Publica/wfpConsultaTesauro.aspx>. Desde el 4 de diciembre de 1997, fecha de la Ley 7727 (ley que precedió a la Ley 8937), 258 sentencias fueron dictadas por este tribunal en materia de arbitrajes.

27 Constructora SHE Internacional S.A. v. Hidroeléctrica Río Lajas S.A., Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 177-A- BIS, 21 de junio de 2000. Este caso es mencionado por Eduardo Silva Romero, obra citada.

28 Harken de Costa Rica Holdings LLC v. El Estado, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto Nº 000744-C-06, 5 de octubre de 2006.

29 Artículo 36.1 del contrato, como fuera citado por la Sala Primera. El artículo 27.3 de la ley orgánica referida otorga conjuntamente al Presidente de la República y al Ministro del sector respectivo la facultad de someter controversias al arbitraje.

30 El artículo 16.3 de la Ley Modelo prevé igualmente la presentación de un recurso, pero no especifica el tipo de recurso: el tribunal podrá “emitir una decisión sobre este tema”.

pretado el acuerdo arbitral –que confirmaba una disposición legal que permitía al Estado someter sus controversias al arbitraje- otorgándole un efecto útil? ¿Qué hay del principio de interpretación según el cual un texto contractual ambiguo debe interpretarse en contra de su autor? De la manera que fuese, estando el caso pendiente en vía administrativa, ello ciertamente podría haber derivado a lo menos, en nuestra opinión, en la inadmisibilidad de la demanda<sup>31</sup>.

En conclusión, la nueva ley resulta una contribución esencial en el desarrollo del arbitraje internacional en Costa Rica. Se debe hoy apostar a la formación de los abogados, quienes son los que redactan las cláusulas arbitrales y defienden los casos ante la Sala Primera, así como a que esta sala se muestre un poco más tolerante frente a las cláusulas patológicas.

Por otro lado, esperamos que el artículo 2A de la Ley 8937 guíe a la Sala Primera en la interpretación del nuevo texto en pro de la solución de controversias a través de la vía arbitral a nivel internacional.

31 Otra cláusula patológica (facultativa) dio lugar a la confirmación por la Sala Primera de un laudo arbitral que denegaba la competencia del tribunal arbitral. Ver voto 901-C-07 del 18 de diciembre de 2007.

## A DIGNIDADE HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR<sup>1</sup>

### Resumen

La dignidad humana es el principio que guió a los grandes sistemas constitucionales modernos. El Estado debe fomentar y respetar la existencia digna de seres humanos, la valoración tanto en su dimensión individual y en un contexto de justicia social. Sobre el motivo guía a una pluralidad de elementos básicos, que, aunque heterogéneo, mantienen una concatenación entre sí, lo que justifica la existencia de los estados democráticos. La dignidad de la persona concreta que se establece un nuevo orden constitucional, convirtiéndose en la base para la aplicación de los Derechos Fundamentales que, a su vez, han tenido como eje principal de la existencia y la justificación de la entidad estatal, la razón principal. La parte del artículo tiene como objetivo analizar la dignidad humana contra el régimen constitucional de los Derechos Fundamentales.

### Abstract

Human dignity is the principle that guides our grand modern constitutional systems. The right to a dignified existence for all human beings is a right that the state should respect and encourage, the value in an individual dimension as well as in the context of social justice. The plea guides to a plurality of basic elements, although diverse, maintain a concatenation that justifies the existence of a democratic state. The dignity of the individual person establishes a new constitutional order, becoming the basis for the application of Fundamental Rights, and at the same time, the principle focus for the existence and justification of the state entity. The objective of this part of the article is to analyze human dignity against the constitutional system of Fundamental Rights.

### Resumo

A dignidade da pessoa humana é o princípio no qual se pautam os principais sistemas cons-

titucionais modernos. O Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano, valorizando-o tanto em sua dimensão individual quanto num contexto de justiça social. O referido fundamento orienta uma pluralidade de elementos essenciais, que, embora heterogêneos, mantêm uma concatenação entre si, justificando a existência de Estados Democráticos. A dignidade da pessoa humana institui uma nova ordem constitucional concreta, tornando-se a base de aplicação dos Direitos Fundamentais que, por sua vez, revestem-se como o núcleo primordial da existência e justificação do organismo estatal, sua razão maior. O vertente artigo tem o propósito de analisar a dignidade da pessoa humana frente ao sistema constitucional dos Direitos Fundamentais.

### Palabras clave

Dignidad; justicia social; Derechos Fundamentales; Estado; valoración.

### Key words

Dignity, social justice, Fundamental Rights, State, assessment

### Palavras-chave

Dignidade; justiça social; Direitos Fundamentais; Estado; valoração.

Sem incorrer em impropérios de qualquer natureza, é de se notar que se encontra arraigado no bojo da Carta Política de 1988, o plexo de onde se emite um feixe de princípios orientadores da aplicabilidade das regras constantes do ordenamento jurídico nacional visando à harmonia do Estado Democrático de Direito, que por sua distinção e natureza jurídica, o legislador teve o denodo de cancelar como "*dos direitos e garantias fundamentais*", inaugurador do sistema cancelado como garantista<sup>(1)</sup>.

A harmonização de todo o ordenamento jurídico ao núcleo desse sistema de garantias<sup>(2)</sup> representa, na prática, a efetivação dos princípios constitucionais em todos os níveis em que se travam as relações entre Estado e indivíduo, propiciando os contornos garantistas às mesmas. Destarte, cumpre-se a tão badalada

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Professor Titular do Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP, Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, Advogado inscrito na OAB/SP

adequação das regras constantes da legislação ordinária aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição Republicana em vigor<sup>(3)</sup>.

Essa Carta Política, desde outubro de 1988, reconhece que tais direitos e garantias envergaram-se por dimensões muito amplas, disseminando-se no cerne de todo ordenamento jurídico como padrões mínimos voltados à interpretação e aplicação das normas constantes, sob o risco de, na sua negação, ver-se anulada a prestação jurisdicional que não observar a mínima ordem garantista, núcleo do Estado Democrático de Direito<sup>(4)</sup>.

Antes, contudo, a Constituição de outubro de 1988 em seu frontispício consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*, preceito inerente ao ser humano, presente desde sua concepção e que deve ser observado em todos os níveis nas relações sociais<sup>(5)</sup>.

Esse postulado é substancialmente o fundamento da sociedade, sem o qual não seria possível sua existência, perfazendo, sem margem para dúvidas, o elemento justificador das razões inerentes em seu âmbito de configuração. Ao encampá-lo no âmbito do direito positivado o legislador constituinte disponibilizou ao operador jurídico uma sistemática apta a garantir a harmonia do ordenamento jurídico pátrio, impedindo interpretações que levassem à subversão dos propósitos maiores do texto constitucional<sup>(6)</sup>.

Invocar o fundamento constitucional da dignidade humana pressupõe reconhecer a pessoa como ser humano diferenciado dos demais seres devido sua racionalidade e sociabilidade, devendo se desenvolver em meio apropriado para atender as suas necessidades. É reconhecer-se na pessoa sua autodeterminação em relação ao Estado e a todos os outros seres, vez que tal primado é valor extremo que traz para si o núcleo de todos os direitos fundamentais do homem.

Por sobre essa plêiade de ideias e, ademais, por ser apresentada a dignidade humana como um valor supremo e um parâmetro em que devem ser valoradas todas as demais normas de conduta estatal, vislumbra-se o horizonte de ser tal princípio o pavimento pelo qual se estribam os direitos e as garantias fundamentais na ordem constitucional hodierna, congregando-se nele o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o núcleo existencial.

Configura um escarpado desafio vasculhar na densa seara da existência dos valores universais

um conceito que possa, em toda sua extensão, albergar um parâmetro definitivo e conglobante para inferir a precisa noção do princípio da *dignidade da pessoa humana*. Trata-se, portanto, de missão tormentosa na qual se incorre no risco de fomentá-la com expressões de conteúdo subjetivamente indeterminado.

É cediço que a nota etimológica da palavra "*dignidade*" arrima-se na remota origem da raiz latina "*dignus*", verbete até então utilizado para referir-se a todo e qualquer indivíduo que era merecedor de honraria e que, portanto, fazia jus à estima e era detentor de um importante valor no meio no qual se inseria<sup>(7)</sup>. Nesse contexto, é possível notar um sopro inicial de existência para a delimitação dos quadrantes de vida do termo, o qual galgou um dos primeiros contornos conceituais com os Estóicos, no século III a.C.

Bem mais tarde, com o advento e a consolidação do Cristianismo, a dignidade humana alterna seu *status* e passa a ser vislumbrada também no patamar de uma categoria espiritual, fazendo com que o vocábulo "*pessoa*", definitivamente, assumisse o contorno de núcleo central de importância não só para os governantes como para todos os seres humanos governados<sup>(8)</sup>.

Em decorrência dos intransponíveis mandamentos de JESUS CRISTO, o verbete logrou, desde então, ser empregado como forma de representar a síntese da unidade do ser humano, este que, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, restou compreendido como detentor de uma esfera de direitos fundamentais. Como corolário direto dessa atribuição, mereceu tratamento diferenciado dos demais seres vivos, devidamente por possuir dignidade<sup>(9)</sup>.

Esse momento histórico marcou uma nova concepção no âmbito da existência do ser humano. Em decorrência, emergiu o necessário reconhecimento de sua individualidade, contrastada pelas necessidades sociais apresentadas pelos núcleos gerenciadores presentes nas civilizações de então e, mais tarde, pelas formas embrionárias conhecidas dos entes estatais<sup>(10)</sup>.

Nessa transição que vai das civilizações primitivamente constituídas ao Estado organizado institucionalmente, a dignidade da pessoa humana, antes assente numa base de ordem moral, é inserida na base legislativa estatal, no seio das variadas ordens constitucionais e nas históricas Declarações que marcaram as fases decisivas de reflexão acerca dos direitos fundamentais<sup>(11)</sup>.

Tal inserção em patamar constitucional fez com que a dignidade humana fosse albergada não somente como um valor a ser observado nas relações sociais<sup>(12)</sup> mas, primordialmente, como uma sólida base construída numa dimensão jurídica com feição de norma positivada. Por outro lado, tal realidade fez com que se edificasse uma resistência em aceitá-la em sua dimensão jurídica como preceito e compromisso do Estado, vislumbrando-se que não competia ao Estado, até então, intrometer-se na vida do seu governado, indivíduo este fincado em seu território<sup>(13)</sup>. O alto valor expresso pela dignidade humana e as decorrências do desrespeito em sua aplicação nas relações entre o agente estatal opressor e os cidadãos, além de outros fatores oriundos do Absolutismo, fizeram eclodir a Revolução Francesa, ao lume dos ideais contratualistas de JEAN-JACQUES ROUSSEAU<sup>(14)</sup>. Com ela advém a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em agosto de 1789, na cidade de Versalhes.

Tal Declaração enunciou uma série de direitos fundamentais investindo-se numa missão quase que libertadora da opressão amargada pelo cidadão que via os valores atinentes à dignidade serem vilipendiados nas relações levadas a cabo pelo Absolutismo<sup>(15)</sup>. Contudo, não previa instrumentos garantidores desses direitos. Esse importante marco histórico da civilização, além das convulsões sociais havidas, impeliu um extremado momento de reflexões e refazimento da ordem institucional, fato esse que gerou a redação de novas Cartas Políticas com esteio na dignidade humana.

Realizando um corte epistemológico no trato da temática, o filósofo prussiano IMMANUEL KANT aquilatou a dignidade como um princípio assente num imperativo categórico cujo valor, no seio das civilizações, tange a noção do *absoluto*. Defensor árduo da premissa de que o ser humano sustenta um valor peculiar, intrínseco e existente por si só, alcança a conclusão de que somente pelo fato de apresentar existência o indivíduo ostenta a dignidade<sup>(16)</sup>.

A premissa inicial da fixação da concepção da dignidade humana para KANT fincava bases na autonomia ética do ser humano<sup>(17)</sup>, vislumbrando-a como a razão de ser daquela. Muito embora não restando uniforme a aceitação dessa proposta Kantiana<sup>(18)</sup>, adveio desse entendimento a separação, em lados diametralmente opostos, do homem – ser racional possuidor exclusivo da dignidade – das demais coisas, estas com o las-

tro de serem objetos e, portanto, apresentarem um valor diferente daquele<sup>(19)</sup>.

A par desse entendimento alertava, no entanto, no sentido de que qualquer tentativa de excepcionar ou relativizar esse princípio restaria frustrada pela própria razão de ser deste, a qual se confundia com a existência humana. Construiu-se, a partir de então, a noção de que a pessoa é um fim em si mesmo e não meio para os demais seres. Consecutivamente, é dotada de dignidade por sua racionalidade<sup>(20)</sup>.

A consolidação da dignidade humana como princípio inserto nos textos constitucionais alcançou degrau de destaque após o advento da Segunda Grande Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem surge como um verdadeiro código de postura entre as nações, sendo assinada em 1948<sup>(21)</sup>. Tal declaração contempla, em seu preâmbulo, a consagração da dignidade da pessoa humana como uma cláusula de observação obrigatória na ordem estatal positiva dos seus signatários, universalizando-se como a premissa maior da relação entre Estado e indivíduo. Decorre daí uma vinculação estatal a esse preceito maior<sup>(22)</sup>.

A partir desse documento o preceito da dignidade passou a fazer parte dos textos constitucionais de boa parte dos ordenamentos jurídicos mundiais<sup>(23)</sup>. E a Declaração de 1948 assentou-se como um sólido lastro de reconhecimento dos direitos fundamentais, promovendo-os e protegendo-os, tanto na órbita do direito positivo interno quanto nas relações externas entre as mais diversas nações.

Como valor intrínseco a todo ordenamento, a dignidade é algo real, irrenunciável e inalienável, uma situação material que deve ser diuturnamente observada sob o risco de ver-se anulada toda atividade estatal pautada no arbítrio e nos excessos intoleráveis dos seus agentes. O desrespeito à dignidade da pessoa humana constitui-se uma ferida aberta contra a própria existência do ser<sup>(24)</sup>.

Os reflexos do sentido da dignidade humana pululam, na órbita judicial, na obrigatoriedade do magistrado ter em mente, antes de desenvolver sua atividade, aplicando seu convencimento, a real dimensão da necessidade de enxergar no jurisdicionado uma pessoa detentora de direitos minimamente assegurados. Destarte, esse superprincípio revela ao julgador as diretrizes nas quais opera a atividade estatal para que não se suprima a liberdade individual sem regra ou con-

dição autorizadora, respeitando-o em sua integridade física e psíquica.

Deve-se compreender na dignidade humana sempre o paradigma em que se estribar a decisão judicial, afastando as formas discriminatórias nesta. Ao decidir sobre a aplicação da norma, decide também o julgador por parâmetros da vida do jurisdicionado. Nisso reside a afirmação de que o tratamento digno é um mandamento ético<sup>(25)</sup> acobertado pelo senso maior de justiça<sup>(26)</sup>.

Em derradeiro, a par das árduas tentativas de se atingir com amplo grau de segurança um mínimo conceito para a dignidade humana, nota-se que a aplicabilidade dos ditames oriundos deste fundamento reserva ao Poder Judiciário a árdua, porém nobre, missão de servir como o atracadouro das garantias que devem ser ofertadas ao combate a qualquer espécie de violação dos direitos decorrentes daquele preceito maior.

Não se olvidando da discussão no entorno da imperatividade ou não da positivação dos direitos fundamentais, necessária se faz uma breve abordagem acerca de alguns pontos distintivos entre regras e princípios, tendo em vista a normatização daqueles. Para tanto, alude-se ao fato de que o direito assenta-se sobre um sistema de regras e princípios que proporciona a possibilidade de convivência entre os indivíduos restabelecendo a harmonia quando da existência de um conflito<sup>(27)</sup>. As regras desse sistema são estudadas em dois grandes grupos.

As denominadas regras *primárias* são aquelas que determinam às pessoas fazerem ou deixarem de fazer algo. As *secundárias*, por seu turno, garantem a possibilidade de conceber, modificar, julgar ou derogar as regras primárias, exercendo um controle sobre aquelas<sup>(28)</sup>.

Nessa esteira, as normas jurídicas, como previsão de tipos ideais de condutas ou condutas idealizadas, estão sempre vinculadas a um modelo concebido como o dever-ser, uma otimização das condutas previsíveis. Sob outra angulação, há normas instrumentalizadoras – de natureza conceitual ou processual – que definem qualificadoras comportamentais, como as circunstâncias atenuantes e agravantes, ou disciplinam as demandas ajuizadas.

Os princípios, talqualmente impera a natureza jurídica da dignidade humana, são considerados como valores morais que indicam a justiça e a equidade, que incidem sobre todos os parâmetros sociais e que servem de sustentação

para todos os mais variados preceitos estatuídos num ordenamento, inspirando no ato de conhecimento. Devem ser conciliados quando postos em conflito, uma vez que não existe gradação jurídica entre eles, cabendo ao intérprete deles extrair o sentido harmônico<sup>(29)</sup>.

A principal distinção aventada entre os princípios e as normas é que nestas, além da gradação que possa existir, constam os efeitos jurídicos que devem ser observados quando da ocorrência de determinada situação nelas prevista. Os princípios, em outra via, indicam um fundamento ao intérprete da norma, não uma condição de aplicabilidade<sup>(30)</sup>. As normas jurídicas conflitantes obrigam a que uma ceda em detrimento da outra porque somente uma pode ser reconhecidamente válida.

Do exposto deduz-se que os princípios são inspiradores das normas, estas que se compõem de expressões que indicam uma proibição, uma permissão ou um mandamento, percebendo-se uma cristalina tendência atual em normatizar os princípios no ordenamento jurídico<sup>(31)</sup>. Destarte, dos princípios, e aí se inserem tanto a dignidade da pessoa humana quanto os demais direitos fundamentais, emanam comandos universais – peculiaridade inexistente nas normas jurídicas<sup>(32)</sup> – determinantes não só da formação destas como, ademais, de sua interpretação e aplicação no mundo dos fatos.

Desde a afirmação do Estado, como institucionalmente se concebe hodiernamente, apregoa-se o compromisso que deve ser firmado frente ao pacto social estabelecido<sup>(33)</sup>, sendo este comumente escrito num texto solene a representar uma declaração de direitos, base solidificada na expressa e declarada vontade do povo, geralmente no âmbito de uma Carta Constitucional.

A Constituição da República vigente no Brasil, desde outubro de 1988, consolidou o regime democrático, este que congrega as expectativas de que os direitos fundamentais sejam consagrados. A locução ofertada ao artigo 1.º da supracitada Carta Maior aduz aos fundamentos da República Federativa do Brasil. No rol apresentado encarta-se a dignidade da pessoa humana, inscrita nos quadrantes do inciso III.

Dessa sistemática decorre necessariamente a análise dos direitos fundamentais sob dois aspectos: formal e material<sup>(34)</sup>. No âmbito do primeiro, o direito para ser fundamental deve ser positivado de modo expresso na Constituição.

À luz do contexto material, não se pode prever com margem segura todos os direitos que sejam fundamentais hodiernamente, devido às constantes mutações ocorridas pelo dinamismo social, sendo razoável, no entanto, reservar uma possibilidade de agasalhá-los na ordem constitucional por conta desse fenômeno.

Um dos pontos consequenciais havido é o de que a Declaração de Direitos na Carta Constitucional de 1988 pode ser vislumbrada em duas vias, quais sejam, os direitos explícitos e a previsão da existência de direitos implícitos. Aos primeiros ficou reservado o âmbito do artigo 5.º, contando atualmente com uma sequência de setenta e oito incisos. Os últimos encontram guarida na dicção do § 2.º do referido artigo, o qual exprime a possibilidade da inclusão de outros direitos de mesma envergadura, quando decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, além dos tratados internacionais nos quais o Brasil seja signatário.

Pelas mesmas razões expostas quando do trato do tema inerente à dignidade humana, os direitos fundamentais também padecem de conceituação definitiva e completa. Tem-se, inicialmente, que constituem apanágios e bastiões positivados que proporcionam uma convivência possível entre os indivíduos detentores de liberdade e de igualdade<sup>(35)</sup>. Daí a se inferir que no organismo social, considerando a questão espaço-temporal, os direitos fundamentais revestem-se de padrões esperados de comportamento generalizado.

É sabido acerca da variedade dos direitos que permeiam o ordenamento jurídico. Todavia, a elevação de um direito ao *status* de "fundamental" carece de requisitos pontuais que, costumeiramente, podem ser resumidos nos seguintes traços: ser o direito inerente a todo e qualquer ser humano (*universalidade*); o direito deve estar calcado numa norma moralmente hábil (*direito moral*); deve estar protegido no âmbito do direito positivado (*direito preferencial*); necessita apresentar um nível de importância (*de fundamental importância*), além de ser possível sua restrição (*direito abstrato*)<sup>(36)</sup>. Tal metodologia orientou a inserção de direitos fundamentais na Carta Política de 1988.

Há que se destacar ainda que é possível contemplar, na estrutura da Carta Política vigente, as dimensões tradicionais atribuídas aos direitos fundamentais, que são: os direitos fundamentais de primeira geração – *liberdades clássicas*

(artigo 5.º da CR/1988); os direitos fundamentais de segunda geração – *direitos econômicos e sociais* (artigos 6.º ao 11 da CR/1988) e os direitos fundamentais de terceira geração – *direitos de solidariedade ou fraternidade* (artigos 220 e 225, ambos da CR/1988).

Os ideais Iluministas desembocaram na formação de diversas teorias e sistemas de ordem constitucional, irrigando as noções referentes tanto ao núcleo existencial humano, este expresso pela acepção do termo dignidade humana, quanto aos direitos fundamentais circunscritos a ele, reconhecendo-se na pessoa sua auto-determinação frente à atividade Estado<sup>(37)</sup>.

Esses modelos influenciaram, sobretudo, a formação do sistema constitucional brasileiro. Em sua gênese a concepção inaugural de que o ser humano nasce com o atributo da dignidade, uma vez que esta é parte essencial da personalidade e isso traduz, na prática, a obrigação genérica de respeito às liberdades individuais, gerando reflexos na aceitação da igualdade entre todos os integrantes da raça humana<sup>(38)</sup>.

Com fulcro nesse binômio – *pessoa x direitos fundamentais* – remonta a ordem constitucional garantidora na Constituição da República de 1988, ditando preceitos de como deve ser processada a conduta estatal nas relações com os indivíduos por ele tutelado, impondo nítidos parâmetros de atuação. Tal importa trazer a lume que o ente estatal é uma ficção criada para servir à sociedade, sendo, portanto, fruto da existência desta e não o contrário como se observa em alguns regimes despóticos.

O postulado teórico assegurado nessa ordem garantista assume que, hodiernamente, o ordenamento jurídico dos Estados democráticos funda-se na justiça, na legitimidade e na racionalidade. Mesmo assim, quando de sua aplicação pelo Estado, é observado o descumprimento daqueles fundamentos fazendo com que exista uma antinomia: de um lado um sistema garantista de envergadura constitucional e, de outro, uma prática jurídica sem efetivação dos desideratos desse sistema<sup>(39)</sup>.

Ora, ao instituir o Estado Democrático de Direito, a Constituição da República de 1988 desencadeou uma necessária adequação do ordenamento jurídico nacional ao novo modelo político-social que nela finca raízes. Para que essa dinâmica ocorra com êxito é necessário apreender o direito como promovedor de medidas práticas que assegurem essa transformação, vislumbran-

do na lei um instrumento de ação concreta do Estado<sup>(40)</sup>.

Desse modo, para que efetivamente se operem as necessárias adaptações, os direitos fundamentais não podem ser minimizados ao patamar de meras formalidades ou de simples instrumento de aplicação da lei. Ao contrário, devem espelhar um padrão inspirador na conformação de todo o ordenamento jurídico que, ao passo de prevê-los, proporciona, ainda, um eficiente sistema de garantias a ser acionado quando de sua violação pelo agente estatal.

Anota o sistema garantidor o desafio de impedir que o Estado descumpra a aplicação dos direitos fundamentais, que se desvie dos objetivos pelos quais justifica sua existência. Em sua proposta central, tal sistema postula preceitos que obrigatoriamente devem estar vinculados aos fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, tendo na dignidade da pessoa humana o princípio norteador da citada dinâmica.

O desprendimento dessa postura é notado quando se impõe aos operadores do direito uma ruptura com o modelo que prega a aplicação da lei enleada nos formalismos cujos resultados se afastam do verdadeiro espírito constitucional. No mesmo toque em que se prega a ruptura, se proclama a necessidade de que os mesmos operadores adotem medidas práticas visando à materialização dos direitos fundamentais. A pensar de outra forma estaria dispensando-se o devido respeito à ordem constitucional instituída

Ademais, a ordem constitucional vigente, albergando um sistema garantista alicerçado no fundamento da dignidade da pessoa humana, não tolera o direito posto dentro de uma roupagem simplesmente formal, ou seja, servindo apenas como instrumento apto a elaborar normas de procedimento.

Em nível mais elevado e útil, o direito estabelece um arco de conteúdos materiais encadeados pela norma jurídica aos princípios e fundamentos constitucionais. Isso proporciona um indicativo de que a legislação infraconstitucional seja aplicada mirando nessa modelagem estabelecida na Carta Cidadã de 1988.

Tendo como premissa inicial o imperativo Kantiano<sup>(41)</sup> – que cada homem é um fim em si mesmo – atinge-se o patamar, incontestável, que a dignidade da pessoa humana assume uma feição única, uma valoração incomum, incomparável<sup>(42)</sup>, gerando, a partir daí, a irretocável inferência de que tal estrutura conceitual seja um

feixe que irradia luzes para todo a elaboração e aplicação das normas constantes em todo ordenamento jurídico; um manancial inspirador.

Tal situação conforma um quadrante de objetos da mais alta aspiração utilizado pelo legislador constituinte em 1988 que, ao fincar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, edificou uma sólida base de direitos fundamentais com ampla inspiração nos desideratos advindos desse fundamento, preconizando à sociedade a mais sublime lição indicativa do perímetro delimitador para a atuação estatal junto ao indivíduo, este como fim daquela<sup>(43)</sup>.

A inserção da dignidade da pessoa humana no âmbito dos princípios fundamentais também fez com que ela, além de servir como fundamento da República Federativa do Brasil, assumisse uma importante missão de tornar-se o centro de convergência de todos os direitos individuais, impondo ao intérprete da norma jurídica, quando da escolha da direção a ser seguida, aprumar-se nos exatos contornos entalhados por aquela<sup>(44)</sup>.

Na esteira desse entendimento forçoso é observar que esse mandamento verte na direção de explicar-se a razão e os fins do Estado, como núcleo gerencial e agregador da sociedade, no ser humano, o indivíduo em toda a sua completude. Tal se constata ainda quando se alude à temática referente aos direitos e garantias fundamentais na Carta Política de 1988, percebendo-se sua posição topográfica, neste diploma, antecedente à organização do Estado, uma questão valorativa, portanto.

É de bom alvitre atentar que o legislador constituinte de 1988, ao adentrar na seara da temática proposta no presente artigo, fez vazar nas hastes do Título II da Carta Magna, dois arquétipos distintos, quais sejam: *direitos fundamentais* e *garantias fundamentais*, repisando o pronto entendimento de que os direitos possuem o caráter declaratório, ao passo que as garantias instrumentalizam tais direitos<sup>(45)</sup>.

Especificamente no que concerne aos direitos fundamentais, é imperioso também registrar que o texto constitucional de 1988, ao consagrar a positivação da dignidade da pessoa humana inserida na amplitude dos fundamentos republicanos, elevou tal preceito à categoria de princípio maior do Estado brasileiro, não sendo distorcido o entendimento de que todos os demais direitos fundamentais perfazem uma categoria jurídica inclinada a carrear a aplicabilidade da dignidade

em todas as suas dimensões<sup>(46)</sup>.

Essa categoria jurídica de ênfase constitucional na qual se enquadram os direitos fundamentais vigora com plena força para assegurar que o núcleo energizante da dignidade da pessoa humana atinja todas as esferas da administração pública e também do judiciário brasileiro, impondo um escudo eficiente a garantir que a violação de um direito inserido nesse contexto possa ser restabelecido em sua magnitude.

Isso porque os direitos fundamentais, como cediço está, incluem-se em patamar distinto do que aquele que agasalha os outros direitos. Apresentam traços peculiares em relação aos demais, são aquilatados num nível de exigência social que impele no sentido de serem poderosos instrumentos representativos das liberdades que derivam da racionalidade do gênero humano. Daí a se concordar com o quadrante das limitações do poder de agir estatal em face do indivíduo<sup>(47)</sup>.

A realização do fundamento da dignidade da pessoa humana em todo o sistema jurídico nacional é garantida a partir do adequado emprego dos direitos fundamentais. Esse é o móvel que deve orientar a atividade estatal tendo em vista esse imperativo que assegura o ser humano como um sujeito de direitos, expondo e obstaculizando os riscos de que seja considerado como objeto da atividade estatal e não como sujeito de direitos.

A mola propulsora dos direitos fundamentais, portanto, não se reduz a um fenômeno limitado a uma atuação reservada ou contida do agente estatal. Isso é por deveras muito restrito. Na via oblíqua, deve rumar no sentido de buscar-se atingir a consecução dos horizontes que suplantam a mera consideração do indivíduo como simplesmente jurisdicionado para atingir a real valoração do ser humano em sua inteira dignidade, rompendo de vez com a ordem que vislumbra o Estado como um mero detentor de diretrizes genéricas.

Ao Poder Judiciário é reservado o nobre quinhão de agir para restabelecer os direitos fundamentais violados. E o faz tendo no centro do raciocínio jurídico a dignidade humana. Dessa forma e para que sejam devidamente efetivados, os direitos fundamentais carecem da atuação segura e responsável do supracitado Poder, sem o qual fracassada estaria a guarida constitucional daqueles pela retirada das características que os asseguram em uma posição de destaque

no texto constitucional vigente.

Não padece de vícios ou dúvidas o entendimento de ser a dignidade da pessoa humana, por sua inserção constitucional, um apanágio do momento histórico de nossa civilização, um modelo inspirador da criação e aplicação das normas jurídicas que regulam as relações sociais, impondo ao Poder Público uma atuação sempre abalizada no respeito ao indivíduo, sob o risco, em caso contrário, de fazê-la aviltada.

É cediço que o ser humano é o caro valor da democracia, o núcleo das atenções do Estado, o qual deve agir comprometido em sustentar, sob quaisquer penas, a integridade e inteireza do indivíduo, em todas as suas dimensões. A afirmação dos direitos específicos do homem é a decorrência lógica do preceito da dignidade da pessoa humana, esta que é o coração dos direitos fundamentais.

Situado no interior da Carta Política hodierna, esse princípio/fundamento assume a função de fonte inspiradora positivada dos direitos basilares, atestando uma unidade de observância obrigatória no interior do sistema jurídico brasileiro. De outro modo, quando ocorre sua violação torna-se visível, assim como também o são a amplitude e gravidade das consequências advindas desse ato<sup>(48)</sup>.

Estruturalmente e por ser um valor complementado *a priori*, como aqui referendado, além de garantir a integração das normas jurídicas, o princípio da dignidade da pessoa humana assume duas importantes missões no ordenamento jurídico, quais sejam: orientar a interpretação constitucional na aplicabilidade das normas jurídicas e servir de fundamento para a sustentação do próprio ordenamento nacional<sup>(49)</sup>.

É certo também o é que as inferências aos direitos fundamentais, por sua alta posição na ordem jurídica, são concebidas como balizas que vinculam a atuação do poder estatal e não podem ser modificadas através de processos legislativos comuns. Disso a razão de que a interpretação e a aplicação das normas constantes do ordenamento jurídico devem ser realizadas à luz do que estatui o núcleo mandamental dos direitos fundamentais, tendo como parâmetro central o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Em linhas finais, cediço está que de uma proposta resumida, porém quase que absoluta, o termo "*dignidade*" ganha refino ao longo dos anos da civilização e atinge um dos momentos

mais marcantes com a envergadura proporcionada pelo Cristianismo, ao associar a dignidade a um contexto justificador da existência humana, logo, de observância obrigatória e necessária a fim de resguardar a própria humanidade.

Fica demonstrado que, da escola do pensamento Kantiano, a dignidade é brindada como um dos imperativos categóricos no qual, do raciocínio existencialista atinge-se a autonomia de seus valores, assentes na premissa da ética do ser humano, fazendo compreendê-lo como um ser distinto dos demais viventes pela razão de possuir uma dignidade atrelada à racionalidade.

Esse valor postado é, enfim, objeto de inserção e reconhecimento nas Declarações mundiais que nasceram com a missão de declarar o pronto respeito que deve o Estado prestar ao indivíduo, este detentor de direitos e garantias fundamentais. Esse é, sem dúvida, um dos primeiros e mais relevantes marcos decorrentes da inclusão da dignidade da pessoa humana como um princípio geral a ser incluído no âmbito das diversas culturas existentes.

A sua positivação e trato da matéria nos quadrantes do Direito Constitucional operou-se de modo a destinar a ela um tratamento diferenciado, tendo-se em vista as implicâncias decorrentes de sua observância e aplicabilidade. Isso fez com que os ordenamentos jurídicos fossem profundamente afetados de modo a inserir-se um modelo de interpretação e integração das normas jurídicas de tal modo que houvesse uma unidade de pensamentos em torno da dignidade humana.

O reconhecimento e a estruturação dos direitos fundamentais na seara constitucional ocorreram como decorrência do reconhecimento do valor da dignidade humana. Ao postá-la como hodiernamente está, no prelúdio do texto da Carta Política vigente, o legislador içou o indivíduo ao grau maior de razão existencial do Estado brasileiro. E o fez também com o intuito de fixar a dignidade como ponto de partida para a aplicação dos demais direitos fundamentais.

Tais direitos delimitam o perímetro do que é lícito ou não para a atividade estatal. Não é de hoje a lição de que somente poderá haver intervenção legítima do Estado onde não se afrontarem os direitos individuais. Para tanto, como forma de restaurar o equilíbrio, uma vez perdido, estipulam-se também nas bases constitucionais as denominadas garantias fundamentais, medidas que caminham na mesma capitulação com

os direitos fundamentais.

A Constituição Federal do Brasil, vigente desde 1988, trouxe em seu bojo um amplo arco de garantias que se conectam à atividade jurisdicional. E tal ocorreu por conta da necessidade de garantir-se a possibilidade da interferência do Poder Judiciário em todas as vezes que for chamado para tutelar os direitos fundamentais vilipendiados. Como consequência, impôs-se uma necessária adaptação da interpretação e aplicação da legislação ordinária, material e processual, aos preceitos maiores do texto constitucional. Descortina-se com a referida Carta uma nova ordem pautada num sistema garantista.

Em vista desse quadro não há como negar a necessidade da imposição de limites à atuação estatal, visando à proteção dos direitos fundamentais em todos os níveis e segmentos. Debruçando os olhares na metodologia adotada pela vigente Carta Magna, infere-se que os direitos fundamentais textualmente previstos não são exclusivos, permitindo-se, ainda a inclusão de outros implicitamente considerados e passíveis de serem reconhecidos pela ordem constitucional havida. Com isso se concebe a capacidade de adequação da estrutura jurídica à realidade social, esta mutante.

Não pairam dúvidas que o núcleo estruturante dessa ordem processual garantista reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Estando abrigado no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, esse princípio implica que toda atuação do Poder Público tem que ser avaliada tendo em vista o respeito ao indivíduo, sob o risco de ser transgredida a dignidade da pessoa humana.

Uma vez assente no texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana submete o Estado a uma ordem de valores, positivando determinado sistema axiológico. Nesse diapasão é que se infere que a pessoa é o mais nobre valor da democracia, o feixe das atenções do Estado, o qual deve agir comprometido em sustentar, sob quaisquer penas, a integridade do indivíduo.

A afirmação dos direitos específicos do homem é a consequência do preceito da dignidade da pessoa humana, esta que é o coração e o alicerce dos direitos fundamentais. A dignidade humana atua, portanto, como o preceito orientador da interpretação constitucional, promovendo a integração do ordenamento jurídico. Torna-se, todavia, incontestável para a ordem constitucio-

nal a observância à preservação e aplicação dos direitos fundamentais em todas as dimensões.

Nos prolegômenos do presente artigo cumpre-se uma entusiástica missão de trazer à baila alguns dos principais aspectos que permeiam a dignidade da pessoa humana, defendendo o emérito ideal de que a positivação dos direitos fundamentais em sede de Direito Constitucional descortina a imprescindível segurança para que, na relação entre o Estado e o indivíduo, a justiça social seja elevada à sua completude.

### Notas bibliográficas

- (1) É de se notar que "a Constituição de 1988 caracteriza-se, no âmbito das garantias processuais do cidadão, por assegurar direitos individuais e coletivos por meio de normas que dignificam o homem em toda a extensão dos seus anseios" (DELGADO, José Augusto. *A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, ano 17, p. 90-91, jan./mar. 1992).
- (2) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683-687.
- (3) MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 579-580.
- (4) Nesse sentido a se dizer que "os direitos humanos, por seu lado, estendem-se na sua conceituação e amplitude (direitos individuais, sociais, coletivos, difusos) e, principalmente, se universalizam: sua natureza e projeção transcendem fronteiras geográficas e sistemas de governo, ideologias e teorias econômicas. Situam-se acima de tudo" (GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140).
- (5) ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 6. ed. São Paulo: Ícone, 1995, p. 41-42.
- (6) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 145-148.
- (7) NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.
- (8) MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-79.
- (9) ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60-61.
- (10) Pensamento de FERDINAND TÖNNIES (1855-1936) no sentido de que THOMAS HOBBS (1588-1679) anuncia o advento estatal calcado na necessidade da valoração do homem, respeitando-se valores como vida e a paz, enaltecendo os fracos para que não sejam exterminados pelos fortes (BOBBIO, Norberto. *As teorias das formas de governo*. 6. ed. Brasília: EdUnb, 1976, p. 56).
- (11) TOBEÑAS, Jose Castán. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992, p. 9.
- (12) JAFFRO, Laurent; LABRUNE, Monique. *A construção da filosofia ocidental – Gradus Philosophicus*. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Mandarim, 1996, p. 67-70.
- (13) JOHN LOCKE (1632-1704), em momento decisivo para a formação da moderna concepção do Estado, assevera como imperiosa a necessidade de estabelecerem-se regras para um tratado social que fosse voltado aos anseios dos indivíduos submetidos a um rígido controle de normas coletivas, sob risco, caso contrário, de afastar-se o Estado do indivíduo (LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros Escritos*. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 38).
- (14) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social – Princípios de Direito Político*. Trad.: Antônio de P. Machado e Afonso Bertagnoli. 13. ed. Rio de Janeiro: Ediuuro, 1993, p. 15-20.
- (15) RIVERO, Jean. *Les libertes publiques – Les droits de l’homme*. França: Presses Universitaires de France, 1974, p. 48-50.
- (16) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa*

- humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-47.
- (17) SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-33.
- (18) O contraponto estabelecido no entorno da magnitude do termo *dignidade* encontra-se na teoria de JOHN RAWLS (1921-2002), para o qual a indagação não reside na proposta Kantiana acerca do que precisa ser feito para que uma pessoa respeite a si própria, mas determinar como se pode conceber uma sociedade fundamentalmente estruturada de modo a afirmar e a favorecer adequadamente o respeito de si entre seus cidadãos (*DICIONÁRIO DE ÉTICA E FILOSOFIA MORAL*. Monique Canto-Sperber (Org.). Trad.: Ana Maria Ribeiro-Althoff et al. São Leopoldo: UNISINOS, 2003, v. 1, p. 443-444).
- (19) Cf. TOBEÑAS, 1992, p. 38-41.
- (20) SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 90-91.
- (21) Delineando os direitos humanos fundamentais a todos os povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948 (A/RES/217). Com esboço principal do advogado e jurista canadense JOHN PETERS HUMPHREY (1905 – 1995), a redação final da Declaração contou com a colaboração de signatários de vários países (HUMPHREY, John P. *Human Rights and the United Nations: a great adventure*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 1984, p. 6-15).
- (22) PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 162-163.
- (23) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 209-210.
- (24) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.
- (25) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livra-
- ria do Advogado, 1998, p. 103.
- (26) LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1995, p. 47-49.
- (27) RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 43.
- (28) HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbelkian, 1986, p. 91-92.
- (29) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990, p. 290-296.
- (30) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 118.
- (31) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 231.
- (32) Os princípios "são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam-se os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo" (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6-8).
- (33) WOLLMANN, Sérgio. "O conceito de liberdade no *Leviatã* de Hobbes". Coleção Filosofia – 4. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994, p. 25-31.
- (34) DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 54-56.
- (35) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.
- (36) Citando importante classificação ministrada por ROBERT ALEXYS cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87-88.
- (37) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1990, p. 165-171.
- (38) QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais – Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 18.
- (39) O núcleo da teoria garantista impõe ao Estado e ao ordenamento jurídico "um discurso normativo e uma prática coerente

- te com a tutela e garantias dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser do direito" (CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 155).
- (40) MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67-70.
- (41) A máxima do imperativo kantiano "determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de modo a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito" (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 3. ed., 2003, p. 49).
- (42) No caso da dignidade da pessoa humana "diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana [...], mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal" (Cf. SARLET, 2001, p. 38-39).
- (43) TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 508.
- (44) NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 421.
- (45) Historicamente na esfera jurídica nacional a distinção entre *direitos* e *garantias* recai aos ensinamentos de RUY BARBOSA DE OLIVEIRA (1849-1923), o qual, ao alinhar as disposições meramente declaratórias e as assecuratórias, associou aquelas aos direitos e, estas, às garantias (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 61).
- (46) Cf. SARLET, 2001, p. 39.
- (47) ARNAU, Juan Andrés Muñoz. *Los límites do los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998, p. 49-50.
- (48) Cf. PEREZ LUÑO, 1990, p. 317-320.
- (49) MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996, p. 64-67.